

A limitação da institucionalidade na efetivação dos direitos humanos¹

- La limitación de la institucionalidad en la efectivización de los derechos humanos
- The limitation of institutionality in the effectiveness of human rights

Gabriela Emanuele de Resende²

Klelia Canabrava Aleixo³

Resumo: A política sacrificial está enraizada no discurso pertinente aos direitos humanos. Neste, a partir de uma lógica de mercado, cuja base é patrimonialista e excludente, há a seleção de quais direitos devem ser preservados e quais deverão ser sacrificados para que se mantenha o *status quo*. A fim de combater o sacrificialismo e a inversão dos direitos humanos, Hinkelammert, autor do marco teórico da presente pesquisa, destaca a necessidade de afirmação dos direitos humanos e da recuperação do sujeito como centro das instituições. Disto, surge o seguinte problema de pesquisa: como limi-

1 O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES)

2 Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharela em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do grupo de pesquisa “Direito Penal Contemporâneo: em busca da maior proteção com o menor sacrifício à liberdade”, CNPq. gabrielaeresende@yahoo.com.br

3 Doutora em Políticas Públicas e Formação Humana pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Bacharel em Filosofia pela UFMG e em Direito pela da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora adjunta nos cursos de graduação e pós-graduação da PUC-MG. kleliaaleixo@gmail.com

tar a institucionalidade na efetivação dos direitos humanos? Como atrelar o discurso à prática? Adotou-se, como hipótese, a maior flexibilização da regra do esgotamento dos recursos internos, conforme desenvolvido por Cançado Trindade. Partindo de uma metodologia de cunho bibliográfico e raciocínio problematizante, a hipótese foi comprovada, com a ressalva de que outros passos deverão, ainda, ser adotados com o intuito de limitar a institucionalidade na efetivação dos direitos humanos.

Palavras-chave: Direitos humanos. Hinkelammert. Política sacrificial. Regra do esgotamento.

Resumen: La política sacrificial está enraizada en el discurso de los derechos humanos. En esto, con una lógica de mercado, cuya base es patrimonialista y excluyente, se selecciona cuáles derechos se deben preservar y cuáles se deben sacrificar para mantener el *statu quo*. Para combatir el sacrificialismo y la inversión de los derechos humanos, Hinkelammert, autor del marco teórico de esta investigación, destaca la necesidad de hacer valer los derechos humanos y recuperar el sujeto como centro de las instituciones. A partir de ello, surge el siguiente problema de investigación: ¿cómo limitar la institucionalidad en la efectivización de los derechos humanos? ¿Cómo vincular el discurso a la práctica? Se adoptó, como hipótesis, la mayor flexibilización de la regla del agotamiento de los recursos internos, de acuerdo con Cançado Trindade. Con base en una metodología bibliográfica y un razonamiento problematizador, se comprobó la hipótesis, con la excepción de que aún deben adoptarse otros pasos para limitar la institucionalidad en la efectivización de los derechos humanos.

Palabras clave: Derechos humanos. Hinkelammert. Política sacrificial. Regla del agotamiento.

Abstract: The sacrificial policy is rooted in the human rights discourse. From a market logic, whose basis is patrimonialist and exclusionary, there is the selection of which rights must be preserved and which must be sacrificed to maintain the *status quo*. In order to combat sacrificialism and the inversion of human rights, Hinkelammert, author of the theoretical framework of this research, emphasise the need to assert human rights and recover the subject as the center of institutions. From this, the following research problem arises: how to limit institutionality in the effectiveness of human rights? How to link

speech to practice? It was adopted, as a hypothesis, the greater flexibility of the rule of exhaustion of internal resources, as developed by Cançado Trindade. Based on a bibliographic methodology and problematizing reasoning, the hypothesis was proven, with the exception that other steps must still be adopted in order to limit institutionality in the effectiveness of human rights.

Keywords: Human rights. Hinkelammert. Sacrificial Policy. Exhaustion Rule.

1. Introdução

A política sacrificial está enraizada no discurso pertinente aos direitos humanos. De certa forma, toda crença dispõe de um legado sacrificial. Desde o mito de Ifigênia, dada em sacrifício por seu pai, até a morte de Cristo em benefício da humanidade. Nesses casos, prevalece a concepção de que o sacrifício, além de necessário, é virtuoso.

As sociedades tardo-capitalistas apropriaram-se do discurso sacrificial a fim de, a partir de uma lógica de mercado, cuja base é patrimonialista e excludente, selecionar quais direitos deverão ser preservados e quais deverão ser sacrificados para que se mantenha o *status quo*. Aos que residem à margem, cabe a inversão dos direitos humanos, na mais evidente manifestação de sacrifício (HINKELAMMERT, 1999).

Na concepção do autor, a inversão dos direitos humanos é aquela em que, sob a escusa de proteção dos direitos humanos, há a violação dos direitos daqueles que os ameaçam. A título exemplificativo, podemos citar as chamadas intervenções humanitárias, como a que ocorreu no Afeganistão no início do século XXI. É neste contexto que os monstros são formados.

A criação de um inimigo a ser aniquilado favorece que se ponha termo ao excedente do próprio capitalismo, isto é, indivíduos que não conferem benefícios ao sistema capitalista. Logo, àqueles que violam direitos legalmente previstos, sob a lógica de monstros, resta a violação de seus próprios direitos. Trata-se de afirmação que impregna até mesmo os setores sociais ditos mais racionais e progressistas.

De um lado, deve ser duramente imposta a violência penal aos que praticam violência doméstica; de outro, – sob a justificativa de um conservadorismo excessivo – o desejo da aplicação da pena, desprovida de direitos humanos, àqueles que fazem parte do tráfico de entorpecentes ou aos que praticam aborto. Tratam-se, senão, de dois lados de uma mesma moeda, cujo

discurso, sólido e sedento por mais violência, forma-se a partir de um punitivismo radical.

Do cenário de política sacrificial em somatória à inversão dos direitos humanos, surge, na visão de Hinkelammert, a necessidade de afirmação dos direitos humanos e de recuperação do sujeito como centro das instituições. Todavia, a partir deste objetivo, depreende-se o seguinte problema de pesquisa: como limitar a institucionalidade na efetivação dos direitos humanos? Como atrelar o discurso à prática?

A fim de elucidar o problema proposto, adotar-se-á, como marco teórico, o exposto por Hinkelammert acerca do combate à inversão dos direitos humanos a partir da afirmação destes. Haverá, no entanto, um recorte de análise que partirá da Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua institucionalidade latente. Como hipótese, destaca-se a necessidade da flexibilização, ainda maior, da regra do esgotamento dos recursos internos, na tentativa de limitar a institucionalidade na efetivação dos direitos humanos.

A regra do esgotamento, disposta no artigo 46 da Convenção Americana de Direitos Humanos⁴, prevê que a admissibilidade da petição proposta em caso de violação dos direitos humanos, no âmbito de competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, dependerá da existência prévia na jurisdição interna de recursos interpostos e esgotados (BRASIL, 1992). Logo, para que se recorra à salvaguarda internacional de direitos humanos, ao menos no cenário latino-americano, é necessário que, outrora, tenha-se recorrido à jurisdição interna do país de origem das violações.

Existem, no próprio artigo supramencionado, exceções à regra, as quais, no entanto, não se mostram suficientes para proporcionar a maior efetivação dos direitos humanos. A regra, portanto, carece de uma maior flexibilização para que ocorra a limitação da institucionalidade na efetivação dos direitos humanos.

No segundo capítulo da presente pesquisa, será abordado o tema política sacrificial. No capítulo subsequente, ocorrerá a análise da inversão dos direitos humanos e as propostas de sua minimização. No quarto capítulo, será trabalhada a limitação da institucionalidade na efetivação dos direitos humanos, à luz do que traz Hinkelammert. Em sequência, será analisada a possibilidade de maior flexibilização da regra do esgotamento dos recursos internos em somatória às propostas do capítulo anterior.

Por fim, o último capítulo se dedica às considerações finais da pesquisa, com retomada do tema-problema e da hipótese inicialmente elencada.

4 Cf documento *in*: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 10 fev. 2023.

No que concerne à metodologia de pesquisa, será jurídico-sociológica de cunho bibliográfico. Ademais, a pesquisa pertence à grande área crítico-metodológica, conforme trazido por Gustin e Nicácio (2020).

2. Política sacrificial

Considerando o proeminente contato entre Hinkelammert e a teologia da libertação, mostra-se recorrente em suas obras a reflexão acerca da temática dos direitos humanos atrelada à evolução do cristianismo. O autor busca compreender qual o impacto das religiões cristãs na concepção existente de direitos humanos.

Na obra *Yo vivo si tú vives*, o autor perpassa temas como a globalização, o sujeito como origem dos direitos humanos e o papel desempenhado pelas instituições (HINKELAMMERT, 2010). Neste tópico, o ponto principal da obra abordado será o dos sacrifícios nos direitos humanos enquanto legado do cristianismo.

O processo de globalização trouxe consigo a imposição de leis universais, as quais se pautam na ideologia do mercado:

Todo o processo de globalização consiste na imposição cega de uma lei, que desta vez é a lei do mercado. Trata-se de uma lei que desencadeou a guerra econômica, a eliminação dos direitos humanos e a sua substituição pela competitividade como valor supremo. Hoje podemos voltar a esta convicção primitiva no cristianismo, segundo o qual pesa uma maldição sobre aqueles que buscam sua salvação pelo cumprimento da lei, e de que a lei, tratada como lei de cumprimento, dá frutos de morte. Lá aparece novamente essa convicção, de que o verdadeiro pecado se comete cumprindo a lei (tradução nossa).⁵

Calcado no que prega o cristianismo primitivo, os sacrifícios humanos posteriores também se pautam em uma lei: a lei do mercado (HINKELAMMERT, 2010). Trata-se daquela que escolhe quais direitos e de quais pessoas deverão ser sacrificados, de acordo com as normas mercadológicas.

5 [Texto original] Todo el proceso de globalización consiste en la imposición ciega de una ley, que esta vez es la ley del mercado. Se trata de una ley que desató la guerra económica, la eliminación de los derechos humanos y su sustitución por la competitividad como valor supremo. Hoy podemos volver a esta convicción temprana en el cristianismo, según la cual pesa una maldición sobre aquellos que buscan su salvación por el cumplimiento de la ley, y de que la ley, tratada como ley de cumplimiento, da frutos de muerte. Allí aparece de nuevo esta convicción, de que el verdadero pecado se comete cumpliendo la ley (HINKELAMMERT, 2010, p. 26).

Em que pese se manifestem também em religiões de outras matrizes⁶, a dor e o sacrifício são fortemente presentes na doutrina cristã. O sacrifício de Abraão que renuncia a seu único filho e o sacrifício de Cristo para que os pecados do mundo fossem perdoados consistem na mais absoluta manifestação de que o sacrifício não é apenas necessário, como também virtuoso. A lógica utilitarista que permanece é a de que, em prol de um bem comum, alguém deve ser sacrificado. A cruz, enquanto simbologia cristã, persiste em lembrar a todos da importância sacrificial:

Sobre esta base se levanta o mito do poder, que é um mito sacrificial. Podemos resumir o mito do poder assim: “é preciso matar para que haja vida”. O critério ao qual se recorre para este “matar” é a ordem. Todos os mitos do poder podem ser resumidos nestes termos, embora cada um seja especificamente diferente dos outros. Mas todos exigem este grande circuito sacrificial: matar para assegurar a vida! (Tradução nossa).⁷

O mito do poder, como bem traz o autor, exige o sacrifício para a manutenção da vida. Cabe, contudo, questionar: na lógica de mercado, quem deve ser sacrificado? Ao contrário dos antigos mitos do poder, nos quais, arbitrariamente, eram sacrificados, por exemplo, filhos primogênitos, o sacrifício na sociedade globalizada é racional, calculado e útil. Isso porque “nossa sociedade tem que desenvolver suas obras e suas tecnologias para mostrar que o sacrifício humano que ela comete não é assassinato, mas garante o progresso, que já é ilusório por si” (tradução nossa)⁸.

A política criminal pautada em sacrifícios, conforme menciona Salo de Carvalho (2020), é institucionalizada e aparelhada com a concepção mercadológica. A violência policial que mata arbitrariamente atua sob a ilusória escusa de combate à criminalidade. No Brasil, destaca-se como forte exemplo a tentativa de combate às drogas; tentativa, pois sequer houve o combate efetivo, tão somente a letalidade policial em face das classes mais pobres. Mas, para que não seja configurado como assassinato, basta a justificativa camuflada

6 A título exemplificativo, Hinkelammert (2010, p. 146) traz o mito grego de Ifigênia, cuja história diz respeito ao sacrifício de Ifigênia, sob ordens de seu pai, em prol de que a deusa Artemis abrisse novamente os ventos que favoreceriam o exército grego na conquista de Troia.

7 [Texto original] Sobre esta base se levanta el mito del poder, que es un mito sacrificial. El mito del poder lo podemos resumir así: “hay que dar muerte para que haya vida”. El criterio al que se recurre para este “dar muerte” es el orden. Todos los mitos del poder se pueden resumir en estos términos, aunque cada uno de ellos es específicamente diferente de los otros. Pero todos exigen este gran circuito sacrificial: ¡Dar muerte para asegurar la vida! (HINKELAMMERT, 2010, p. 191).

8 [Texto original] Y nuestra sociedad tiene que desarrollar sus obras y sus tecnologías para hacer ver que el sacrificio humano que comete no es asesinato, sino que asegura el progreso, que ya es ilusorio de por sí (HINKELAMMERT, 2010, p. 193).

de legalidade de combate ao tráfico de entorpecentes para que os direitos humanos sejam constantemente violados.

A despeito do discurso operante pautado no movimento de Lei e Ordem, a guerra às drogas é também mercadológica. A criminalização da venda gera escassez do produto, o que, por sua vez, aumenta a demanda e o valor agregado. Dessa forma, “a imagem do traficante de drogas é seletivamente produzida como sendo uma alteridade monstruosa, encarnação do mal, figura demoníaca contra a qual se deve lutar e através do qual o sacrifício é operado em prol do mercado” (ALEIXO, 2021, p. 179).

Nessa toada, “a partir da dissimulação de critérios que, na verdade, buscam garantir estritamente os valores capitalistas, o neoliberalismo opera sacrificando as vidas consideradas excedentes, que não atendem a este “cálculo de vidas”” (ALEIXO, 2021, p. 163). O mercado ocupa, doravante, o lugar que anteriormente seria ocupado por Deus. Ao mercado é destinado todo sacrifício. Retomando o questionamento antes feito sobre quem, na sociedade atual, deve ser sacrificado, temos como resposta: toda vida inútil ao mercado. Elimina-se todo o excedente produzido pela lógica capitalista (ALEIXO, 2021).

Ao mercado convém a manutenção de uma política sacrificial proveniente, em grande parte, do cristianismo primitivo. Só assim poderá ocupar o lugar de Deus e sacrificar quantas vidas lhe forem necessárias. No entanto, essa violência, conforme será visto no tópico subsequente, carece de ser velada. O mundo atual não tem espaço para o sacrifício direto e aparente, é necessário que esteja disfarçado de uma falsa legalidade e, até mesmo, de garantia dos direitos humanos. Disto, surge a necessidade de abordar a temática da inversão dos direitos humanos, de acordo com o trazido por Hinkelammert (1999).

3. Inversão dos direitos humanos

Ao discorrer em seus textos acerca da inversão dos direitos humanos, Hinkelammert pretendeu, inicialmente, esclarecer a violação velada dos direitos humanos, isso porque, para o autor, “com a modernidade, aparece uma violação dos direitos humanos que opera em nome destes direitos humanos. Tem hoje um novo nome: a intervenção humanitária” (tradução nossa)⁹. Nessa diretiva, a violação clara e exposta se transforma em exceção, enquanto a violação oculta, que opera em nome dos próprios direitos humanos, transforma-se em regra:

9 [Texto original] Con la modernidad, aparece una violación de los derechos humanos que opera em nombre de estos derechos humanos. Tiene hoy un nombre nuevo: la intervención humanitaria (HINKELAMMERT, 1999, p. 140).

As guerras ferozes, sem nenhum limite sério, levam este nome: intervenções humanitárias. Destroem-se países e se extermina, como no Afeganistão, a todo adversário, real ou aparente, e se reclama os direitos humanos como a razão para fazê-lo. Os direitos humanos se transformam na razão para eliminá-los (tradução nossa).¹⁰

É neste contexto, o qual o autor chamou de intervenção humanitária, que impende fazer uma importante observação acerca da hipótese da presente pesquisa. Não se pretende, a partir da defesa da flexibilização da regra do esgotamento dos recursos internos, propor a flexibilização também da soberania estatal e a violação dos direitos dos povos. Ao contrário, objetiva-se preservá-los por meio da afirmação internacional dos direitos humanos.

Reputa-se inadmissível qualquer tentativa de extermínio de pessoas sob o falso pretexto de proteção dos direitos humanos, no que o autor destaca como intervenção humanitária na modernidade tardia – como exemplo do que ocorreu no Afeganistão. Por meio do reforço à internacionalização dos direitos humanos, conforme menciona Eugenio Raúl Zaffaroni (2021) na obra *Direito penal humano e poder no século XXI*¹¹, objetiva-se construir um Direito Penal cujo foco seja o ser humano. Nesse diapasão, a instrumentalização humana é desconstruída em favor de homens e mulheres figurarem como centro da norma penal.

Retomando o tema deste capítulo, a primeira inversão reside em John Locke. Em que pese temática similar tenha surgido na Idade Média, – momento em que, sob a escusa de amor ao próximo, fazia-se do outro um indivíduo a ser aniquilado – a proposta de direitos humanos, como hoje é, surge do que preconizou Locke. No intuito de proteger os ideais burgueses, como o direito à propriedade, os direitos humanos foram traduzidos como universais, mas resta àquele que não respeita tais direitos, como animal selvagem que é, a morte (HINKELAMMERT, 1999, p. 140).

Cria-se, então, uma atmosfera de matabilidade, conforme destaca Giorgio Agamben (2004) na construção do *homo sacer*¹². Os direitos humanos existem e, com o objetivo de protegê-los daqueles que o ameaçam – ainda que a ameaça não seja real –, cabe a aniquilação do outro.

10 [Texto original] Las guerras feroces, sin ningún límite serio, llevan este nombre: intervenciones humanitarias. Se destruyen países y se extermina, como en Afganistán, a todo adversario, real o aparente, y se reclama los derechos humanos como la razón para hacerlo. Los derechos humanos se transforman en razón para eliminarlos (HINKELAMMERT, 1999, p. 140).

11 Zaffaroni trabalha, na obra *Direito penal humano e poder no século XXI*, uma proposta de Direito Penal que tenha os direitos humanos como centro: “[...] por meio do aprofundamento da constitucionalização e internacionalização do direito penal” (ZAFFARONI, 2021, p. 84).

12 Em linhas gerais, Giorgio Agamben trabalha os conceitos de estado de exceção e do *homo sacer* enquanto indivíduo matável (AGAMBEN, 2004).

Surge, de forma umbilicalmente ligada à inversão dos direitos humanos, a criação dos monstros. Não obstante seja datada de tempos anteriores, foi a partir do século XX que adquiriu proporção mundial. Isso porque “cada intervenção humanitária tem um monstro que necessita ser eliminado para que os direitos humanos, por fim, possam ser respeitados” (tradução nossa).¹³

Nessa toada, de tempos em tempos, cria-se um inimigo a ser aniquilado. Não coincidentemente, correspondem a este papel aqueles que residem à margem da sociedade tardo-capitalista, os quais necessitam de serem eliminados para que se mantenha o *status quo*. A situação ainda persiste, seja com a nova guerra entre Ucrânia e Rússia, ou com o contexto caótico que assola o Afeganistão. Aos monstros não permanecem direitos humanos a serem protegidos.

O cenário nacional, no entanto, não escapa da criação de monstros. O discurso do inimigo é inflado pela mídia. A partir da repercussão massiva de crimes violentos, de tragédias como o que ocorreu na Boate *Kiss*¹⁴, a população clama por justiça – e justiça, neste caso, é mais dor e violência. Destaca-se, mais uma vez, o pressuposto de que àquele que viola os direitos humanos não cabe a proteção dos direitos humanos, na clarividente manifestação de sua inversão.

Embora existam inúmeras formas de violências ilegais que atuam em benefício da inversão aqui trabalhada, há aquela que surge de forma institucionalizada. Criam-se mecanismos para que, com aparência legal, direitos sejam constantemente violados. Ressalvadas as polêmicas envoltas no caso, discute-se a possibilidade de aplicação da teoria do dolo eventual aos denunciados pelo ocorrido na Boate *Kiss*, ainda que um dos denunciados atuasse somente como *freelancer* na compra dos fogos de artifício.

A discussão jurídica entre culpa consciente e dolo eventual é válida, todavia, é evidente a presença do discurso de criação dos monstros. Alguém deve responder severamente pelo ocorrido. A história se repete, haja vista que ainda hoje, com a repercussão do caso *Richthofen*, há quem clame por violações aos direitos humanos daquela que cumpre pena pelo crime praticado. Ora, os direitos humanos existem, mas não para os ditos “animais selvagens” que o ameaçam, conforme trazido por Locke.

Atualmente, a inversão dos direitos humanos é reforçada por uma realidade distópica criada pela cultura de mercado. A fim de elucidar este problema, Hinkelammert propõe que seja recuperada “a realidade perdida pelo

13 Cada intervención humanitária tiene un monstruo que hay que eliminar para que los derechos humanos por fin puedan ser respetados. (HINKELAMMERT, 1999, p. 141)

14 O caso diz respeito a um incêndio que ocorreu na Boate *Kiss*, localizada no município de Santa Maria, Rio Grande do Sul. A partir do ocorrido, discute-se a possibilidade de responsabilização penal dos sócios proprietários da boate, de um membro da banda e do auxiliar da banda, o qual atuava como *freelancer*.

fundamentalismo do mercado, seja na ação política e econômica como no pensamento” (tradução nossa).¹⁵ Em suma, “nos falta descobrir de novo que a raiz de toda realidade é o ser humano como sujeito vivo e necessitado” (tradução nossa).¹⁶

Persiste, no entanto, o seguinte questionamento: como atrelar a teoria à prática? Como dissolver a realidade distópica do mercado em prol de ouvir o ser humano? Como executar a verdadeira afirmação dos direitos humanos? Como limitar a institucionalidade na efetivação dos direitos humanos? Em que pese a grandiosidade da obra do autor do marco teórico da pesquisa aqui disposta, objetiva-se, nos tópicos seguintes, trazer uma tentativa de elucidação dos questionamentos feitos. Como uma das possibilidades de atrelar teoria à prática, destaca-se a hipótese da maior flexibilização da regra do esgotamento dos recursos internos, conforme será visto em sequência.

4. A limitação da institucionalidade na efetivação dos direitos humanos

Para além de sua inversão, uma das maiores problemáticas envolvidas no tema de direitos humanos é a sua permanência no âmbito do *dever-ser*. Os direitos humanos continuam inalcançáveis e abstratos, carecendo de uma seleção arbitrária de quais necessitam de maior proteção, e, portanto, devem ser convertidos em direitos fundamentais.

Há uma disparidade entre o âmbito internacional e o ordenamento jurídico interno. Aos pactuantes de convenções internacionais, cabe a obrigatoriedade formal de garantia dos direitos humanos, ainda que efetivamente não o façam. Há, também, as exceções à obrigatoriedade formal, mesmo que signatários. Como exemplo, os Estados Unidos da América mantêm a pena de morte, embora façam parte da Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁷, cuja proposta sumária é a de preservação do direito à vida.

15 [Texto original] “[...] la realidad perdida por el fundamentalismo del mercado, sea en la acción política y económica como en el pensamiento” (HINKELAMMERT, 1999, p. 151).

16 [Texto original] “[...] nos hace falta descubrir de nuevo que la raíz de toda realidad es el ser humano como sujeto vivo y necesitado” (HINKELAMMERT, 1999, p. 151).

17 A ressalva encontra êxito a partir do previsto no artigo 4º, item 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos (BRASIL, 1992). Ademais, cabe mencionar que os Estados Unidos não reconheceram a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em suma,

A concepção dos direitos humanos como luta implica no rompimento com a metafísica e no reconhecimento de tais direitos como sendo decorrentes de um processo que ocorre na construção social da realidade e não como direitos ideais, abstratos, formalmente previstos. (ALEIXO, 2021, p. 170)

Com a finalidade de romper, paulatinamente, com o ideal metafísico de direitos humanos, as instituições desempenham importante papel. No entanto, o que se vê é o aumento desmedido de institucionalidade que prejudica a sua real efetivação.

Pensamento similar apresenta Hinkelammert ao trazer que:

Toda cultura tem que se institucionalizar como civilização com suas leis, rituais, etc. Só que instituição é necessariamente administração da morte. A infinitude do sujeito é submetida à finitude da cultura determinada e institucionalizada, a qual por força o nega. Ainda assim, toda cultura tem que recuperar este sujeito negado frente a sua própria institucionalização (uma espécie de negação da negação). Por isso a cultura se desenvolve e tem história. E podemos descobrir em cada cultura este processo circular que parte do sujeito em sua infinitude, passa a sua negação institucionalizada, para chegar continuamente à recuperação do sujeito. Isso move a cultura e sua história (tradução nossa).¹⁸

Nesse diapasão, as instituições configuram o processo natural da história. Todavia, neste mesmo processo há a constante negação do sujeito, a qual, em um processo de negação da negação, deve ser desconstruída com a retomada do sujeito como centro. A afirmação dos direitos humanos, como traz o autor, depende da retomada do sujeito em sua infinitude e da compreensão de que “só vivo, se tu vives” (HINKELAMMERT, 2010).

No processo circular de negação institucionalizada, a recuperação do sujeito depende do trabalho contínuo junto às instituições de reconhecimento do ser humano enquanto centro dos direitos humanos. Isso porque “os direitos humanos têm que ser direitos que o ser humano tem independente das

18 [Texto original] Toda cultura tiene que institucionalizarse como civilización con sus leyes, rituales, etc. Solo que institución es necesariamente administración de la muerte. La infinitud del sujeto es sometida a la finitud de la cultura determinada e institucionalizada, la cual por fuerza lo niega. Aun así, toda cultura tiene que recuperar este sujeto negado frente a su propia institucionalización (una especie de negación de la negación). Por eso la cultura se desarrolla y tiene historia. Y podemos descubrir en cada cultura este proceso circular que parte del sujeto en su infinitud, pasa a su negación institucionalizada, para llegar continuamente a la recuperación del sujeto. Esto mueve a la cultura y su historia (HINKELAMMERT, 2010, p. 105).

instituições nas quais vive” (tradução nossa)¹⁹. Para o alcance desse objetivo, a afirmação internacional dos direitos humanos, conforme preconizado por Zaffaroni (2021), faz-se necessária.

A intervenção internacional de afirmação dos direitos humanos²⁰ apenas ocorre, ao menos no âmbito interamericano, quando esgotados os recursos internos do país, isso em nome da soberania estatal. Ocorre, no entanto, que, por muitas vezes, o não reconhecimento internacional da violação de direitos humanos, até que os recursos internos sejam esgotados, proporciona a perpetuação da violência, conforme será visto no tópico subsequente.

5. A regra do esgotamento dos recursos internos

A salvaguarda internacional dos direitos humanos possui especificidades quando comparada ao contencioso interestatal (TRINDADE, 1998). Isso porque os direitos humanos exigem aplicabilidade imediata, sem a possibilidade de espera para a sua efetivação. Trata-se de tema ao qual se dedica a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que surgiu a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos que ocorreu em 22 de novembro de 1969, em São José da Costa Rica.

Aos países pactuantes e que reconheceram a competência da referida Corte, há a possibilidade de serem julgados e, caso condenados, de obrigatoriamente vincularem a decisão ao seu respectivo ordenamento jurídico interno. O contencioso internacional de salvaguarda dos direitos humanos, no entanto, deve obedecer a algumas regras previamente pactuadas na Convenção Americana de Direitos Humanos. Entre elas, há a regra do esgotamento dos recursos internos, segundo a qual:

Artigo 46

1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário:

- a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos;
- b) que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da

19 Los derechos humanos tienen que ser derechos, que el ser humano tiene independientemente de las instituciones dentro de las cuales vive (HINKELAMMERT, 2002, p. 289).

20 A proposta de intervenção internacional de afirmação dos direitos humanos não se confunde com a intervenção humanitária. A primeira se pauta em um movimento de afirmação dos direitos humanos junto à comunidade internacional. A segunda diz respeito à inversão dos direitos humanos.

data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva;
c) que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e
d) que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição. (BRASIL, 1969, n.p., grifo nosso).

A admissibilidade da petição proposta em caso de violação dos direitos humanos dependerá, portanto, da existência prévia na jurisdição interna de recursos interpostos e esgotados, consonante ao previsto nos princípios de direito internacional. Trata-se de regra que visa preservar a soberania estatal e a autodeterminação dos povos.

Caso não existisse a regra do esgotamento dos recursos internos, haveria a possibilidade de intervenção internacional quase que ilimitada, nos países pactuantes, sob o pretexto de proteção dos direitos humanos – como ocorre nas chamadas “intervenções humanitárias”, na evidente inversão dos direitos humanos (HINKELAMMERT, 1999). Não é o que se pretende aqui. A regra supramencionada é de grande importância para a manutenção da soberania estatal, todavia, faz-se mister sua maior flexibilização a fim de proporcionar a limitação da institucionalidade na efetivação dos direitos humanos.

Para além do previsto na jurisprudência internacional, há descrito, na própria Convenção, três exceções à regra:

Artigo 46

[...] 2. As disposições das alíneas a e b do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando:

- a) não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados;
- b) não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e
- c) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos. (BRASIL, 1969, n.p.)

Nesse sentido, não se aplica a regra do esgotamento aos casos em que não exista, na legislação interna, processo legal para proteção dos direitos humanos; se não tiver sido permitido ou se houve prejuízo ao acesso aos recursos da jurisdição interna; e, por fim, se houver demora injustificada na decisão sobre os recursos.

A mera existência de recursos interpostos no ordenamento jurídico interno não significa a aptidão – e vontade – do respectivo país de proteger os direitos humanos daquele que outrora foram violados. A título exemplificativo, no caso 12.051, que deu origem à Lei n. 11.340/06, conhecida como “Lei

Maria da Penha”, a vítima não teve seus direitos humanos preservados por seu país de origem (Brasil), ainda que houvesse anteriormente recorrido às autoridades responsáveis por sua proteção.

A admissibilidade da petição surgiu da demora injustificada na análise do caso, demora essa de mais de 15 anos:

A denúncia alega a tolerância da República Federativa do Brasil (doravante denominada “Brasil” ou “o Estado”) para com a violência cometida por Marco Antônio Heredia Viveiros em seu domicílio na cidade de Fortaleza, Estado do Ceará, contra a sua então esposa Maria da Penha Maia Fernandes durante os anos de convivência matrimonial, que culminou numa tentativa de homicídio e novas agressões em maio e junho de 1983. Maria da Penha, em decorrência dessas agressões, sofre de paraplegia irreversível e outras enfermidades desde esse ano. Denuncia-se a tolerância do Estado, por não haver efetivamente tomado por mais de 15 anos as medidas necessárias para processar e punir o agressor, apesar das denúncias efetuadas. (CORTE IDH, 2001, n.p.)

Desse caso, resultou, dentre outras recomendações feitas pela Corte, a criação da Lei n. 11.340, de 2006. De caráter interdisciplinar, a referida lei visa combater a violência doméstica. Não se pretende, aqui, requerer a criação de mais leis, bem como não se intenta promover um discurso de encarceramento; no entanto, impende destacar que a mora estatal em proteger os direitos humanos da vítima trouxe consequências irreversíveis à Maria da Penha. Somente após o julgamento pela Corte houve a preservação, ainda que mínima, dos direitos da vítima.

O argumento aqui defendido é o de que a existência de recursos interpostos na jurisdição interna não garante, por si só, a preservação dos direitos humanos. A afirmação internacional dos direitos humanos, ao menos no cenário interamericano – recorte desta pesquisa –, carece de uma intervenção mais assídua e menos institucionalizada. Para tanto, propõe-se a flexibilização da regra do esgotamento dos recursos internos além das hipóteses previstas na Convenção.

Nessa toada, tomando como base os ensinamentos de Cançado Trindade (1998) e a jurisprudência internacional, sugere-se que sejam aplicadas, também, as seguintes exceções: a) o dever do Estado de fornecer recursos internos eficazes; b) a renúncia tácita ao requisito do esgotamento; c) a não aplicação da regra aos chamados “casos gerais”; d) a distribuição entre as partes dos chamados ônus da prova.

A primeira delas parte do pressuposto, conforme anteriormente mencionado, de que a mera existência de recursos internos interpostos não garante a salvaguarda dos direitos humanos. Para tanto, os recursos devem ser eficazes, uma vez que:

A regra do esgotamento reveste-se de um *ratioale* próprio, que requer seja aplicada com flexibilidade e 'sem excessivo formalismo', tomando em conta não só a existência formal dos recursos internos, mas o contexto em que se aplicam, e as 'circunstâncias particulares' de cada caso. (TRINDADE, 1998, p. 18)

Para o autor, a segunda exceção consiste na exigência de que o Estado reivindique a aplicação da regra do esgotamento e aponte os recursos pendentes, não cabendo à Corte essa avaliação sem sua provocação prévia. Caso não o faça, o Estado estará renunciando tacitamente à referida regra. A não aplicação da regra aos chamados "casos gerais" trata de sua inaplicabilidade nos casos que tenham como objeto a análise de compatibilidade entre a Convenção e práticas administrativas ou legislativas. Logo, para que práticas administrativas ou legislativas sejam avaliadas à luz da Convenção, prescinde a aplicação da regra do esgotamento dos recursos internos.

Por fim, a última exceção traz que:

A Corte endossou a distribuição (*shifting*) do ônus da prova quanto ao esgotamento entre indivíduo demandante e o Estado demandado (com um maior ônus sobre este último), [considerando um caso em que] indivíduo peticionário não conseguia contar com representação ou assistência judiciária (TRINDADE, 1998, p. 37).

Destarte, cabe ao demandado, em maior parte, comprovar que os recursos internos não foram esgotados.

De fato, a maior flexibilização da regra do esgotamento dos recursos internos não soluciona, por si só, a problemática da limitação da institucionalidade na efetivação dos direitos humanos. Trata-se, contudo, de importante passo para a afirmação internacional dos direitos humanos e para a retomada do sujeito como centro das instituições, conforme proposto por Hinkelammert (2010).

6. Considerações finais

Como herança da influência de um cristianismo primitivo, a política atual de direitos humanos permeia o sacrificalismo. Neste, a partir de uma lógica de mercado, são arbitrariamente escolhidos os indivíduos a serem sacrificados. A posição divina é, doravante, ocupada pelo mercado, o qual opta por eliminar todo o excedente por ele produzido. No entanto, a violação de direitos humanos resultante desse cenário não pode ser direta e exposta, há

de ser velada.

Surge, das violações veladas, o contexto propício para as chamadas “intervenções humanitárias”, em que países invadem outros sob o pretexto de preservação dos direitos humanos – a exemplo do que ocorreu no Afeganistão. Violam-se os direitos daquele que representa uma ameaça aos direitos humanos, ainda que não configure uma ameaça real, na inversão dos direitos humanos – termo cunhado por Hinkelammert, autor do marco teórico desta pesquisa.

Essa inversão advém do discurso lockeano de proteção dos direitos inerentes aos homens, salvo daqueles intitulados “animais selvagens”. No intuito de universalizar os direitos da burguesia, como o direito à propriedade, Locke elabora um conceito primitivo de direitos humanos, com a ressalva de que não deverão ser mantidos ou preservados os daqueles que ameaçam os direitos de outros.

Atrelado ao legado lockeano, advém a criação dos monstros. Inimigos são criados com o fito de justificar a violência velada na qual se pauta a inversão dos direitos humanos. Como proposta de solução, Hinkelammert traz a necessidade de recuperação da realidade perdida pela lógica de mercado em somatória à retomada do sujeito como centro dos direitos humanos, em manifestação do “eu vivo, se tu vives”.

O autor demonstra a circularidade das instituições, as quais surgem corriqueiramente em toda sociedade, prometem proteger o sujeito e em seguida o nega. Neste último passo há a necessidade de recuperação do ser humano como foco das instituições. Isso porque os direitos humanos devem ser efetivados, independente de quais instituições existam. Mas como atrelar esse discurso à prática? Como limitar a institucionalidade na efetivação dos direitos humanos?

Em resposta ao problema de pesquisa acima retomado, confirma-se a hipótese da necessidade de flexibilização, ainda maior, da regra do esgotamento para a afirmação internacional dos direitos humanos, ainda que outras medidas sejam igualmente necessárias para o alcance dessa finalidade. A regra do esgotamento possui exceções descritas no artigo 46 da Convenção Americana de Direitos Humanos, quais sejam: não se aplica aos casos em que não exista, na legislação interna, processo legal para proteção dos direitos humanos; se não tiver sido permitido ou se houve prejuízo ao acesso aos recursos da jurisdição interna; e, por fim, se houver demora injustificada na decisão sobre os recursos.

A mera existência de recursos interpostos e não esgotados no país demandado não traz eficácia aos direitos humanos, como exemplo do que ocorreu no caso que resultou na elaboração da Lei n. 11.340/06. Nessa toada,

a jurisprudência internacional caminha no sentido de garantir maior flexibilidade a esta regra para que os direitos humanos sejam internacionalmente afirmados.

Flexibilizar, ainda mais, a regra do esgotamento não visa violar a soberania estatal e a autodeterminação dos povos, mas sim proporcionar a salvaguarda dos direitos humanos. Para tanto, Cançado Trindade elabora outras exceções que se enumeram a seguir: a) o dever do Estado de fornecer recursos internos eficazes; b) a renúncia tácita ao requisito do esgotamento; c) a não aplicação da regra aos chamados “casos gerais”; d) a distribuição entre as partes dos chamados ônus da prova (TRINDADE, 1998).

Importante, por fim, frisar que, em que pese a hipótese desta pesquisa se comprove, não é capaz de solucionar todas as problemáticas envolvidas na inversão dos direitos humanos e no sacrificalismo. Trata-se, todavia, de passo relevante para a limitação da institucionalidade na efetivação dos direitos humanos.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção: homo sacer II, I*. São Paulo: Biotempo, 2004.

ALEIXO, Klelia Canabrava. Política criminal sacrificial e direitos humanos. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 24, n. 48, p. 158-185, 2021.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. *Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 2 fev. 2023.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A regra do esgotamento dos recursos internos revisitada: desenvolvimentos jurisprudenciais recentes no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos*. Liber Amicorum, São José da Costa Rica, v. 1, p. 15-43, 1998.

CARVALHO, Salo de. O direito penal na pandemia: os processos de responsabilização e as políticas de investimento na morte. In: RIBEIRO, Diógenes Vicente Hassan; ACHUTTI, Daniel Silva. (org.). *A crise sanitária vista pelo di-*

reito: observações desde o PPG/Unilasalle sobre a COVID-19. Canoas: Editora Unilasalle, 2020, p. 101-111.

CORTE IDH. *Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil. Caso 12.051, de 4 de abril de 2001*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annual-rep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 6 fev. 2023.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

HINKELAMMERT, Franz J. La inversión de los derechos humanos por medio de la construcción de monstruos. *Pasos 85*, San José de Costa Rica, sept-oct, p. 20-35, 1999.

HINKELAMMERT, Franz J. La rebelión en la tierra y la rebelión en el cielo: el ser humano como sujeto. In: CARVALHO, Salo de; FLORES, Joaquín Herrera; RUBIO, David Sanchez (org.). *Anuário Ibero-americano de direitos humanos*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 255-297, 2001-2002.

HINKELAMMERT, Franz J. "Yo vivo si tú vives": el sujeto de los derechos humanos. La paz: Palabra Comprometida Ediciones, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito penal humano & poder no século XXI*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

Recebido em: 15 de fevereiro de 2023.

Aprovado em: 16 de maio de 2023