

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**

**TAHINAH ALBUQUERQUE MARTINS**

**CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE**

**A INFLUÊNCIA DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE  
DIREITOS HUMANOS NO BRASIL E A DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA  
LEI DE ANISTIA**

Brasília/DF

2011

TAHINAH ALBUQUERQUE MARTINS

## **CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE**

### **A INFLUÊNCIA DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL E A DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA LEI DE ANISTIA**

Dissertação apresentada como requisito obrigatório para conclusão do programa de mestrado em Direito, Estado e Constituição da Universidade de Brasília – UnB.

Linha de Pesquisa 3: Sistemas de Justiça, Direitos Humanos e Educação Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. George Rodrigo  
Bandeira Galindo

Brasília/DF

2011

TAHINAH ALBUQUERQUE MARTINS

**CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE**

**A INFLUÊNCIA DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE  
DIREITOS HUMANOS NO BRASIL E A DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA  
LEI DE ANISTIA**

Dissertação apresentada como requisito obrigatório para conclusão do programa de mestrado em Direito, Estado e Constituição da Universidade de Brasília – UnB.

Aprovada pela Banca Examinadora em 29 de abril de 2011.

---

Professor Dr. George Rodrigo Bandeira Galindo (Orientador)

---

Professor Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco (Membro)

---

Professor Dr. Victor Bazán (Membro)

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por todas as oportunidades.

A minha família, pela compreensão ante as horas roubadas do nosso convívio.

Ao professor George, “semeador de estrelas”, pelas lições acadêmicas, pela atenção e gentileza doadas nessa jornada, e por ensinar que brilhantismo e humildade podem caminhar lado a lado.

Ao Fernandinho, pelo amor e apoio diários.

À Carolina Grassi, Daniele Maranhão e Natália Medina, amigas e co-orientadoras deste trabalho.

A todos os meus amig@s, parceiros dessa caminhada, pela compreensão ante a ausência e pelo incentivo.

A todos os companheiros de estudo e pesquisa, aos professores que desde a graduação me motivaram à vida acadêmica, à Helena e a todos da secretaria da Faculdade de Direito.

Obrigada!!!



“A luta pelos direitos humanos e, em geral, pela defesa e promoção da dignidade humana não é um mero exercício intelectual, é uma prática que resulta de uma entrega moral, afetiva e emocional ancorada na incondicionalidade do inconformismo e da exigência de ação”.

Boaventura Sousa Santos

em *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*

## RESUMO

Este trabalho é o resultado do curso de Mestrado em Direito e Estado na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Tem por objetivo estudar o controle de convencionalidade dos atos e das leis pelos órgãos do sistema interamericano de proteção, com fundamento na Convenção Americana de Direitos Humanos. Analisa as relações entre os direitos internos e o direito internacional dos direitos humanos através da perspectiva vertical – que trata do modo de incorporação das normas internacionais no ordenamento doméstico – e da horizontal – que corresponde à forma como os Estados dialogam entre si na esfera internacional. Destaca a importância da integração entre os direitos interno e internacional e da responsabilidade do Estado em favor da efetivação dos direitos humanos. Trata dos efeitos das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil e das propostas legislativas que visam a sua implantação, bem como dos casos em que o Estado agiu de acordo com suas decisões e de quando contrariou a jurisprudência interamericana relativa à nulidade das leis de anistia que proporcionam violações desses direitos.

Palavras-chave: Direito Internacional dos Direitos Humanos. Responsabilidade internacional do Estado. Controle de convencionalidade

## **ABSTRACT**

This work is the result of the Master in Law and State in the Faculty of Law, University of Brasilia. It aims to study the control of conventionality of the acts and laws by the organs of the inter-American system, based on the American Convention on Human Rights. It analyzes the relationship between domestic law and international law of human rights through the vertical perspective – which is the mode of incorporation of international standards into the State – and horizontal – that corresponds to how states interact with each other in the international sphere. It stresses the importance of integration between domestic and international rights and state responsibility in favor of the realization of human rights. It deals with the effects of decisions of the inter-American Court on Human Rights in Brazil and legislative proposals aimed at its implementation, as well as cases in which the state acted on its decision and when it contradicted its decisions relating to the invalidity of laws providing amnesty to human rights abuses.

Key words: International Law of Human Rights. International responsibility of the State. Control of conventionality.

## **RESUMEN**

Este trabajo es el resultado de la Maestría en Derecho y Estado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Brasilia. Tiene como objetivo estudiar el control de convencionalidad de los actos y leyes por los órganos del sistema interamericano, con base en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Analiza la relación entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos a través de la perspectiva vertical – que es el modo de incorporación de las normas internacionales en el ordenamiento nacional – y horizontales – que corresponde a cómo los estados interactúan entre sí en el ámbito internacional. Subraya la importancia de la integración entre los derechos nacionales e internacionales y la responsabilidad del Estado en favor de la realización de los derechos humanos. Se ocupa de los efectos de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Brasil y las propuestas legislativas para su aplicación, así como los casos en que el Estado actuó conforme las decisiones de la Corte y cuando se contrarrestó las decisiones de la Corte relativas a la nulidad de las leyes de amnistía.

Palabras-clave: Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Responsabilidad internacional del Estado. El control de convencionalidad.

## LISTA DE ABREVIATURAS

Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI
Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	ADPF
Comissão Interamericana de Direitos Humanos	CIDH
Convenção Americana de Direitos Humanos	CADH
Corte Interamericana de Direitos Humanos	Corte IDH
Declaração Universal dos Direitos Humanos	DUDH
Direito Internacional	DI
Habeas Corpus	HC
Organização das Nações Unidas	ONU
Recurso Extraordinário	RE
Supremo Tribunal Federal	STF

## SUMÁRIO

<b>SUMÁRIO.....</b>	<b>1</b>
<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>13</b>
<b>2. RELAÇÕES ENTRE DIREITOS INTERNOS E O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>17</b>
2.1. RELAÇÃO VERTICAL ENTRE DIREITO INTERNACIONAL E O ESTADO BRASILEIRO.....	18
2.1.1. Teorias acerca da relação entre direito interno e direito internacional .....	19
2.1.1.1. <i>A teoria dualista do direito internacional.....</i>	20
2.1.1.2. <i>A teoria monista e suas vertentes.....</i>	23
2.1.1.3. <i>Uma alternativa ao dualismo e ao monismo: o pluralismo jurídico de Virally.....</i>	27
2.1.2. Internalização das normas internacionais no Brasil .....	29
2.1.3. Hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.....	37
2.2. RELAÇÃO HORIZONTAL: O ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO, INTERCONSTITUCIONALISMO E TRANSCONSTITUCIONALISMO .....	45
2.2.1. O Estado constitucional cooperativo de Peter Häberle.....	45
2.2.2. O interconstitucionalismo de J. J. Canotilho .....	47
2.2.3. O transconstitucionalismo de Marcelo Neves .....	49
2.3. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL E O CONSTITUCIONALISMO GLOBAL .....	53
2.3.1. O constitucionalismo global.....	55
2.3.2. O constitucionalismo global orgânico .....	58
2.3.3. O constitucionalismo como mentalidade .....	59
2.4. SOBERANIA ESTATAL EM CHEQUE?.....	63
<b>3. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS .....</b>	<b>68</b>
3.1. SISTEMAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS .....	69
3.1.1. O sistema universal de proteção dos direitos humanos.....	69
3.1.2. O sistema interamericano de proteção .....	72
3.2. RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL .....	77
3.2.1. A responsabilidade internacional no sistema universal de proteção aos direitos humanos	79

<b>3.2.2. A responsabilidade internacional no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.....</b>	<b>83</b>
3.2.2.1. <i>Responsabilidade internacional pela conduta dos Poderes Executivo e Legislativo .....</i>	86
3.2.2.2. <i>Responsabilidade pelas decisões do Poder Judiciário .....</i>	95
3.3. O QUE É CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE? .....	101
3.4. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DE CONVENCIONALIDADE .....	110
<b>3.4.1. Controle de constitucionalidade dos tratados internacionais na América Latina</b>	<b>111</b>
<b>3.4.2. Controle de constitucionalidade dos tratados no Brasil .....</b>	<b>114</b>
<b>3.4.3. Controle de constitucionalidade de Convenções com <i>status</i> supralegal .....</b>	<b>118</b>
<b>4. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL.....</b>	<b>121</b>
4.1. EFEITOS DAS SENTENÇAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS .....	121
4.2. DE FORA PARA DENTRO: A IMPLEMENTAÇÃO DAS DECISÕES DA COMISSÃO E DA CORTE INTERAMERICANA NO BRASIL .....	130
4.3. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....	136
4.4. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA LEI DE ANISTIA PELA CORTE INTERAMERICANA E SUAS IMPLICAÇÕES PARA O BRASIL .....	141
<b>4.4.1. A declaração de constitucionalidade da Lei de Anistia brasileira pelo Supremo Tribunal Federal.....</b>	<b>143</b>
<b>4.4.2. O caso <i>Gomes Lund</i> e a jurisprudencia da Corte Interamericana de Direitos Humanos</b>	<b>146</b>
<b>4.4.3. A jurisprudência da Corte Interamericana sobre a nulidade das Leis de anistia</b>	<b>152</b>
<b>4.4.4. Os esforços brasileiros em prol da afirmação do direito à verdade e à memória.</b>	<b>160</b>
<b>4.4.5. O Supremo Tribunal Federal na contramão do controle de convencionalidade das Leis de anistia.....</b>	<b>165</b>
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>173</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>182</b>
<b>REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS.....</b>	<b>188</b>
<b>REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS .....</b>	<b>191</b>

## 1. INTRODUÇÃO

É com imensa satisfação que apresento este trabalho, fruto coletivo do curso de Mestrado em Direito e Estado na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Coletivo porque é resultado das disciplinas que cursei, dos grupos de pesquisa que frequentei, das horas de estudo na biblioteca, das discussões com amigos e colegas, e do diálogo constante com meu orientador, professor George Galindo e das valiosas contribuições dos encontros semanais do “Grupo das Orientandas do Galindo”.

Ao longo desses dois anos, tive o raro privilégio de ver o tema da dissertação criar vida. Teoria e prática caminharam juntas lado a lado, o que se reflete ao longo do trabalho, com a utilização das referências bibliográficas aliadas a uma cuidadosa pesquisa jurisprudencial de decisões internas e internacionais.

A pergunta inicial do projeto de mestrado era se as leis de anistia poderiam ser declaradas nulas a partir de parâmetros internacionais, como a Convenção Americana de Direitos Humanos. O fundamento dessa pergunta residia no artigo 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos, o qual afirma que os Estados partes têm o compromisso de adotar disposições de direito interno para tornar efetivos os direitos e liberdades assegurados na convenção.

Em 2001, no caso *Barrios Altos*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao tratar da responsabilidade internacional do Peru, declarou a incompatibilidade das leis internas de anistia com a Convenção Americana e, por consequência, a sua carência de efeitos jurídicos. A partir desse julgamento, indaguei-me sobre a possibilidade de a Corte Interamericana considerar uma norma interna brasileira, como a Lei 6.683/1979, violadora do Pacto de São José da Costa Rica, tendo em vista que, desde 10/12/1998, o Brasil reconheceu a jurisdição contenciosa da Corte

Quando apresentei o projeto de mestrado, em agosto de 2008, questionava-me sobre a possibilidade do ajuizamento de uma arguição de descumprimento de preceito fundamental, a fim de se declarar a inconstitucionalidade da Lei 6.683/1979, para que não fosse interpretada no sentido de possibilitar a impunidade de violações de direitos humanos cometidas no regime de exceção. Para feliz surpresa, dois meses depois, em 21 de outubro de 2008, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil protocolizou a ação no Supremo Tribunal Federal.

Percebi que o tema era muito mais complexo e que para a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarar a nulidade de uma norma interna, diversos outros aspectos deveriam ser analisados, como as relações entre os direitos internos e o direito internacional dos direitos humanos, a relativização do conceito de soberania, a responsabilidade internacional, o controle de constitucionalidade dos tratados, entre outros. Todavia, ao estudar esses aspectos, deparei-me com a precariedade da doutrina pátria sobre os temas, o que me motivou a conferir outro enfoque à dissertação.

Desse modo, apesar de o tema da anistia estar presente neste trabalho quando tratamos da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 153 e de julgados de outras Cortes Constitucionais e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o cerne do trabalho passa a ser outro: o controle de convencionalidade e como ele ocorre no Brasil.

Demonstraremos como ele ocorre a partir da observância de decisões internacionais pelo Supremo Tribunal Federal ou de recomendações e decisões da Comissão ou da Corte Interamericana em relação ao Brasil. O caso da Lei de Anistia serve, nesse contexto, para ilustrar como o Brasil atuou em desconformidade com os órgãos do sistema interamericano e com a jurisprudência internacional, deixando de efetuar o controle de convencionalidade.

Nesse sentido, o controle da lei interna em face de normas internacionais de direitos humanos, ou controle de convencionalidade, é possível na medida em que a aplicação dessa lei possa constituir violação de direitos humanos assegurados, como o direito à vida, à integridade física e à verdade. Em conformidade com o princípio da prevalência dos direitos humanos, ordenador da Constituição de 1988, esse controle pode ser feito de modo unilateral pelo Estado brasileiro ou por mecanismos coletivos, como o que é realizado pela Corte Interamericana.

Nesta dissertação, o controle de convencionalidade será analisado sob o prisma do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e seu documento básico, que é a Convenção Americana de Direitos Humanos, além das constituições e leis dos Estados partes desse sistema, especialmente daqueles que já tiveram suas leis de anistia revistas pela Comissão e pela Corte Interamericana, como Argentina, Paraguai, Chile, Peru e Uruguai.

O controle de convencionalidade tem fundamento na delicada relação entre o direito interno dos Estados e o direito internacional dos direitos humanos e passa por questões como soberania interna, respeito às normas internacionais e cumprimento pelos Estados das decisões das cortes internacionais de justiça. O estudo das relações entre direito interno e internacional será feito, no primeiro capítulo, a partir de duas vertentes: uma vertical e outra horizontal. A primeira parte tratará das relações entre o direito internacional e o direito

interno, do modo como ele adentra os ordenamentos jurídicos, especialmente o brasileiro, e os processos de constitucionalização do direito internacional e de internacionalização do direito constitucional. Abordar-se-á a hierarquia dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro a partir da doutrina, da análise de leis e de um histórico da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos receberá destaque neste trabalho e, por isso, será estudada a inserção legislativa do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional 45, de 2004, além do julgamento do caso da *prisão civil do depositário infiel*, por meio do qual o Supremo Tribunal Federal conferiu hierarquia supralegal a esses tratados.

A importância da integração entre o direito interno e o direito internacional para a proteção dos direitos humanos é tema também indispensável a esta dissertação. Compreender-se-á direitos humanos, aqui, como aqueles reconhecidos internacionalmente e que integram os ordenamentos jurídicos de alguns Estados, como o Brasil, a fim de implementar obrigações internacionais assumidas, e direitos constitucionais como aqueles individuais que são protegidos por normas constitucionais (NEUMAN, 2003).

A relação horizontal entre direitos internos e internacional investiga as relações entre os Estados e suas Cortes Supremas e as organizações internacionais de direitos humanos, a partir das teorias do Estado constitucional cooperativo, de Peter Häberle; do interconstitucionalismo, de Gomes Canotilho; e do transconstitucionalismo, de Marcelo Neves. Já a constitucionalização do direito internacional trata da tendência de se atribuir elementos constitucionais ao direito internacional, tema que será abordado de forma crítica por acreditarmos que essa constitucionalização prioriza apenas os chamados direitos de primeira geração, como as garantias e liberdades individuais, e não os direitos socioeconômicos.

Após o estudo das relações vertical e horizontal entre os direitos internos e o internacional, trataremos da relativização do conceito de soberania diante das relações internacionais e da prevalência dos direitos humanos, por meio de uma revisitação do seu conceito clássico.

Situada a posição do Brasil no âmbito da relação interno-internacional, será desenvolvido o cerne da dissertação, que é o controle de convencionalidade frente às normas da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Partir-se-á de uma breve análise dos sistemas universal e interamericano de proteção dos direitos humanos para o estudo da responsabilidade internacional dos Estados pelas violações a normas de direitos humanos, em

ambos os sistemas. A partir do sistema interamericano, desenvolver-se-á a responsabilidade internacional de cada um dos Poderes do Estado – Judiciário, Executivo e Legislativo.

Traçar-se-á aqui um paralelo entre o controle de convencionalidade e o controle de constitucionalidade, tendo como parâmetro direitos fundamentais coincidentes na Convenção Americana e na Constituição de 1988. Isso porque o juiz nacional pode analisar uma norma interna com base numa norma internacional – desde que ratificada –, seja qual for sua hierarquia no ordenamento jurídico. Ele tem o dever de aplicar a lei e, conseqüentemente, os tratados. No caso brasileiro, em que os tratados internacionais de direitos humanos podem se equiparar formal e materialmente às normas constitucionais e preceitos fundamentais, o Poder Judiciário exerce, na verdade, controle de constitucionalidade a partir dessas normas.

No capítulo final, será destacado o controle de convencionalidade no Brasil. Para tanto, será feita uma breve explicação acerca dos efeitos das decisões da Corte Interamericana para os Estados que aceitaram sua jurisdição e sobre os projetos de lei em tramitação no Brasil que visam a conferir eficácia às decisões da Corte Interamericana e de outros organismos internacionais cujo Estado reconheça sua jurisdição.

Serão analisados os casos *Maria da Penha e o Damião Ximenes Lopes*, em que o Brasil acatou as recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que declarou a responsabilidade do Estado por violações de direitos humanos. Serão estudadas também as convergências entre as decisões do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto à *prisão civil do depositário infiel* e à *inexigibilidade do diploma de jornalista para o exercício da profissão*.

Por fim, encerrar-se-á o trabalho com uma análise concreta do conflito entre a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na ADPF 153, que reconheceu a constitucionalidade da Lei 6.683/1979, e a decisão da Corte Interamericana no caso *Gomes Lund* (“Guerrilha do Araguaia”), que declarou a responsabilidade internacional do Brasil por violações aos direitos humanos praticadas no regime de exceção por agentes estatais e considerou nula a Lei de Anistia brasileira. Analisar-se-á toda a jurisprudência da Corte IDH sobre a nulidade de leis de anistia que permitam a impunidade de crimes de lesa humanidade e as decisões proferidas pela cúpula do Poder Judiciário de Estados latino-americanos que invalidaram suas leis. Assim, buscar-se-á responder quais os efeitos da decisão da Corte Interamericana para o Brasil no caso *Gomes Lund* e como essa decisão pode ser implementada no âmbito interno.

## 2. RELAÇÕES ENTRE DIREITOS INTERNOS E O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

O direito interno e o direito internacional se relacionam constantemente e, no estágio atual das globalizações,<sup>1</sup> essa interação é cada vez mais crescente. Raras são as políticas públicas – econômicas, sociais, culturais, entre outras – ou decisões das Cortes Constitucionais que não têm repercussão em outras nações e, até mesmo, no sistema global.

O fim da Segunda Guerra Mundial trouxe para o mundo contemporâneo não apenas uma “paz” generalizada, como também o fortalecimento das organizações internacionais enquanto sujeitos de direito. Mais que a consagração de novos sujeitos nessa seara, a era das organizações trouxe consigo um aumento incalculável das normas de direito internacional, principalmente aquelas consubstanciadas em tratados (GALINDO, 2000).

A partir desse alargamento do direito internacional, aos poucos foram surgindo ramos diferentes e específicos – como o direito internacional dos direitos humanos – e suas relações com os Estados e seus ordenamentos jurídicos internos ganharam feições cada vez mais complexas.

Ao lado desses subsistemas do direito internacional, os tribunais internacionais multiplicaram-se. Alguns com jurisdição ilimitada, como a Corte Internacional de Justiça, outros limitados territorialmente, como a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Outros ainda seriam limitados conforme a matéria, como os tribunais *ad hoc* para Ruanda e ex-Iugoslávia e o Tribunal Penal Internacional (TPI) (GALINDO, 2000).

A Organização das Nações Unidas (ONU) engloba, por exemplo, 192 Estados soberanos. Fundada após a Segunda Guerra Mundial a fim de promover a paz, a segurança e o progresso social, é hoje a principal organização internacional. A Organização dos Estados Americanos (OEA), cuja Carta entrou em vigor em 1951, possui atualmente 35 Estados membros. Qualquer decisão tomada por essas entidades terá grande repercussão nos Estados

---

<sup>1</sup> Aqui, adota-se o conceito de globalizações proposto por Boaventura Sousa Santos, para quem “aquilo que habitualmente chamamos de globalização são, de fato, conjuntos diferenciados de relações sociais; diferentes conjuntos de relações sociais dão origem a diferentes fenômenos de globalização. Nestes termos, não existe estritamente uma entidade única chamada globalização; existem, em vez disso, globalizações. A rigor, este termo só deveria ser usado no plural. (...) Proponho, pois, a seguinte definição: a globalização é o processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de considerar como sendo local outra condição social ou rival” (SANTOS, 2003, p. 433).

que delas fazem parte. Por outro lado, eventual decisão política de um membro pode afetar suas relações com outros Estados e ter repercussão, também, em nível mundial ou regional.

No atual estágio das globalizações, observamos vários níveis em que as nações podem se relacionar com o direito internacional, precipuamente com os direitos humanos. Para o presente estudo, importam dois.

O primeiro, chamamos de vertical. É o modo como o direito internacional se internaliza nos Estados. Engloba o modo como os Estados enxergam o direito internacional em relação a seu ordenamento interno – se monista ou dualista –, os procedimentos de incorporação das normas internacionais e a hierarquia dessas normas em seus sistemas.

O segundo nível de relação é o horizontal. A partir da premissa de que os Estados e as organizações são sujeitos de direito internacional, tem-se aqui o modo como relacionam entre si. Ganha importância o direito constitucional frente a outros ramos do direito, especialmente o direito internacional. Por isso, fala-se muito, hoje em dia, na constitucionalização do direito internacional e na internacionalização do direito constitucional. Insere-se aqui o estudo dos efeitos das decisões das Cortes internacionais e nacionais uns sobre outros, ou transconstitucionalismo.

O controle de convencionalidade está situado nos dois âmbitos. Refere-se tanto ao modo como as normas internacionais de direitos humanos são incorporadas nas políticas públicas, na legislação e na jurisprudência dos juízes e Tribunais – especialmente as Cortes Constitucionais –, quanto a relações entre as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e os Estados partes do sistema interamericano de proteção.

## 2.1. RELAÇÃO VERTICAL ENTRE DIREITO INTERNACIONAL E O ESTADO BRASILEIRO

A relação vertical entre o direito internacional e os direitos internos das nações corresponde ao modo como o direito internacional adentra o ordenamento dos Estados. Ou seja, como o direito interno vê o direito internacional, como este é reconhecido por aquele: se faz parte do ordenamento ou se é um sistema jurídico diverso, e, caso faça parte do ordenamento interno, qual a posição que ocupa em sua pirâmide normativa.

O controle de convencionalidade depende dessa relação vertical porquese os tratados de direitos humanos se equiparam às normas constitucionais, as cortes supremas podem

efetuá-lo por meio do controle de convencionalidade. Se os tratados tiverem hierarquia supralegal, se sobrepõem à legislação ordinária, mas podem ter sua eficácia interna limitada pelas constituições. Mas se tiverem hierarquia legal, podem ser derogados por qualquer lei ordinária, o que traz graves conseqüências, porque no plano internacional o tratado continua vigente, embora no âmbito interno não.

Para tratar do controle de convencionalidade no Brasil, é necessário ter-se claro qual o lugar das normas de direitos humanos em nosso ordenamento jurídico.

### **2.1.1. Teorias acerca da relação entre direito interno e direito internacional**

Existem basicamente duas teorias que tratam do modo como o direito interno reconhece o internacional: a dualista e a monista, sendo que esta se subdivide na prevalência do direito interno e na predominância do direito internacional.

Essas duas escolas disputam uma explicação racional sobre a relação que existe entre as duas ordens jurídicas, a interna e a internacional. Ambas as teorias têm sido muito criticadas no âmbito doutrinário e, na prática, nenhuma das teses se confirma absolutamente (BECERRA RAMÍREZ, 2006). Apesar disso, não se pode deixar de mencioná-las quando se fala em relação entre direito interno e internacional.

A dualista entende que esses dois sistemas de direito, interno e internacional, são independentes e não se tangenciam. Para ela, o direito internacional deve prevalecer nas relações exteriores dos Estados entre si, somente passando a ter vigência no âmbito dos Estados após sua transformação numa norma interna.

A teoria monista, por sua vez, crê que os direitos internos e o direito internacional compõem um único sistema normativo. Ela se subdivide em duas correntes. Para a primeira, haveria uma predominância do direito interno, em razão do princípio da soberania dos Estados em suas relações entre si.

Para a segunda, como leciona Hans Kelsen (2000, p. 359), haveria uma predominância do direito internacional sobre o interno. Localiza as normas internacionais mais próximas ao ápice – especificamente as *consuetudio est servanda* – como equivalentes à *grundnorm* da pirâmide normativa, ou seja, ao fundamento que orienta todo o ordenamento jurídico de um Estado. Assim, não haveria conflito entre as normas internas e internacionais, porque as normas internas seriam editadas em consonância com o ordenamento internacional.

### 2.1.1.1. *A teoria dualista do direito internacional*

Historicamente, o dualismo foi a primeira corrente a existir, no início do século XX. Seu principal expoente foi Heinrich Triepel<sup>2</sup>. Ele postula que o direito internacional e o interno são duas ordens jurídicas essencialmente iguais enquanto sistemas jurídicos independentes e, ao mesmo tempo, são diferentes em três aspectos: quantos às fontes, às relações que regulam e em relação à substância.

O direito internacional (DI) tem como fontes principais os costumes e os tratados internacionais, e se pauta na vontade coletiva dos Estados. O direito interno – costumes, leis regulamentos, entre outros – se baseia na Constituição de cada um dos Estados. O DI contém regras que regulam as relações entre dois ou mais Estados e o interno, por sua vez, regula a relação entre indivíduos entre si e com o Estado de que fazem parte. Por fim, o direito internacional difere do direito doméstico por sua substância: o primeiro é um direito entre Estados iguais e soberanos. Os Estados *decidem* quais normas internacionais podem integrar o ordenamento interno e sob quais condições. Para a teoria dualista, o direito internacional não pode ser aplicado automática e diretamente no âmbito doméstico. É necessário que exista um ato de incorporação, mediante aceitação tácita ou expressa, prevista no direito interno, ou mediante uma lei ou ato judicial. Após a transformação, conflitos entre direito interno e internacional não mais são possíveis (BECERRA RAMÍREZ, 2006, p. 13).

Triepel, em sua obra original datada de 1923 (1966), detalha essa oposição entre direito interno e internacional:

A oposição é, em primeiro lugar, uma oposição das relações sociais que regem: o direito internacional rege relações diferentes das que são regidas pelo direito interno. Por direito interno, nós compreendemos todo direito estabelecido no interior de uma comunidade nacional, nada importando que sejam leis do Estado, ou regras de direito costumeiro, regras decorrentes da autonomia das comunas, ou de outras corporações públicas. (...) As normas jurídicas estatais são de duas espécies: ou regem as relações recíprocas entre indivíduos (é o que denominamos regulamentação do direito privado) ou então o Estado cria um direito para as relações de seus súditos consigo mesmo (neste caso falamos de direito público). (TRIEPEL, 1966, p. 8-9).

---

<sup>2</sup> A teoria dualista desenvolveu-se na Alemanha e na Itália e teve como principais expoentes Henrich Triepel e Dionísio Anzilotti, Gaetano Morelli, Angelo Piero Sereni, e Walter Rudolf (BECERRA RAMÍREZ, 2006, p. 13).

Para ele, assim como para os demais teóricos da corrente dualista, o Estado edita regras que se referem também às relações entre seus súditos e Estados estrangeiros ou entre estes e ele próprio. Esses são casos em que o Estado se apresenta no papel de simples particular, mesmo quando se referem a relações de direito público. “Nesses casos, as leis enumeram os Estados estrangeiros entre os súditos ordinários” (TRIEPEL, 1966, p. 11).

Assim, o direito internacional seria distinto do direito interno, sob duas espécies de fundamentação: a primeira referente às relações sociais regidas por normas jurídicas, e a segunda, relativa à vontade das quais emana a norma.

No que tange às relações sociais, o direito internacional público regularia as relações entre Estados formalmente iguais. Triepel não concebia o indivíduo como sujeito de direito internacional, mas como objeto de direito e deveres internacionais: “não se pode conceber o indivíduo no quadro do direito internacional propriamente dito, senão como objeto de direitos e deveres internacionais” (TRIEPEL, 1966, p. 12).

Esse é um dos pontos da teoria de Triepel que mais dificultam sua aplicação hoje, apesar de sua importância, visto que é larga a doutrina que reconhece os indivíduos e as organizações internacionais como sujeitos de direito internacional. Vale lembrar que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações internacionais, de 1986, – ainda não em vigor no Brasil – reconheceu em inúmeros dispositivos a atuação dessas organizações nessa seara<sup>3</sup>.

O próprio Triepel previa essa possibilidade, que atualmente é realidade:

Certamente, pode acontecer que uma evolução futura produza um novo direito internacional a reconhecer certos grupos no interior dos Estados atuais, como sujeitos internacionais independentes. Há, mesmo presentemente, a esse respeito, sintomas interessantes, sobretudo acerca das minorias nacionais e religiosas, e da proteção destas. Talvez a dissolução ameaçadora do Estado moderno coloque grandes grupos econômicos em lugar dos Estados, e produza, por conseguinte, um direito internacional inteiramente novo. Mas, enquanto o esperamos, manteremos nossa tese: os Estados coordenados são os únicos sujeitos de direito internacional, e isto porque o direito internacional rege relações diferentes das que são reguladas

---

<sup>3</sup> “Artigo 6º. Capacidade das organizações internacionais para concluir tratados. A capacidade de uma organização para concluir tratados rege-se pelas regras dessa convenção”. (ONU, 1969).

“Artigo 2º. Termos empregados. Para efeitos da presente Convenção: 1. Por ‘tratado’ entende-se um acordo internacional regido pelo direito internacional e celebrado por escrito: i) entre um ou vários Estados e uma ou várias organizações internacionais, ou ii) entre organizações internacionais, quer este acordo conste de um instrumento único ou de dois ou mais instrumentos conexos e qualquer que seja a sua denominação particular”. (ONU, 1969).

pelo direito interno. A oposição entre os dois sistemas é, ao mesmo tempo, um contraste das fontes jurídicas. (TRIEPEL, 1966, p. 13-14).

Triepel distingue o direito interno do internacional também quanto às suas fontes. Para ele, a fonte do direito interno é a vontade do Estado; a do internacional uma vontade comum dos Estados, que remonta aos primórdios do direito internacional.

Diante dessas premissas, conclui que o direito internacional público e o interno não são somente ramos distintos do direito, mas também sistemas jurídicos diferentes. “São dois círculos em íntimo contato mas que jamais se superpõem. Desde que o direito interno e o direito internacional não regem as mesmas relações, é impossível que haja jamais uma concorrência entre as fontes dos dois sistemas jurídicos” (TRIEPEL, 1966, p.15-16).

Para ele, uma regra de direito internacional pode ser convertida em interna, mas isso não pode ser concebido como uma simples translação para o ordenamento interno. “Certamente, a lei interna dependerá, muitas vezes, de uma regra de direito internacional, mas, neste caso, será promulgada uma regra jurídica cujo conteúdo não é o mesmo. Não se trata, em semelhante ‘apropriação’, de recepção, mas de reprodução sob forma modificada”. E conclui:

Um tratado de direito internacional não é, portanto, em si mesmo, meio de criação do direito interno; jamais. Pode somente constituir uma solicitação para se criar esse direito, mas a formação do direito repousa sempre no Estado, sobre um ato particular da vontade estatal, distinto de sua participação no desenvolvimento jurídico internacional. É erro dizer que a publicação de um tratado internacional pelo governo de um Estado, a fim de fazê-lo observar pelas autoridades e pelos súditos, tem por efeito atribuir ao tratado sua validade interna. Porque o tratado internacional continua sendo tratado internacional, ainda quando seja publicado em jornal oficial, ou de outro modo; e não se pode falar senão de validade internacional dos tratados. Posto que o tratado seja publicado pelo Estado, o mesmo não é obrigatório senão para o próprio Estado; e ainda é inexato dizer que a publicação do tratado o torna obrigatório para os súditos do Estado: não é o tratado, é a norma estatal, criada talvez pelo simples meio de publicação do tratado que é obrigatória para os súditos do Estado. (TRIEPEL, 1966, p. 17).

Assim, uma das principais consequências da tese dualista é a inexistência de uma norma obrigatória para um sistema que seja emanada de outro. Disso decorre que se uma norma de direito interno contradiz outra internacional, aquela norma prevalece, porque sua validade não é afetada de nenhuma maneira, ainda que o Estado possa ser responsabilizado internacionalmente (BECERRA RAMÍREZ, 2006).

É certo que o ordenamento internacional é diferente do interno, seja pelos órgãos responsáveis por sua elaboração, pelo conteúdo jurídico da norma ou pelos sujeitos a quem se destina. Desse modo, num primeiro momento, seria plausível a teoria dualista como forma orientadora desse diálogo normativo.

Porém, embora tivesse relevância ao seu tempo, essa noção de que os tratados internacionais não obrigam os cidadãos de um Estado, mas apenas este, vai de encontro à doutrina e jurisprudência atuais acerca da responsabilidade penal internacional e do próprio controle de convencionalidade, que deve ser feito não apenas pelos órgãos estatais, mas também pelos cidadãos, na qualidade de intérpretes da Constituição e das normas de direitos humanos<sup>4</sup>. Afinal de contas, os governados, tanto na ordem interna quanto na internacional, são os verdadeiros destinatários das normas jurídicas (BECERRA RAMÍREZ, 2006, p. 14).

Outras críticas também são tecidas à doutrina do dualismo, dentre as quais se destacam o fato de o direito não ser produto da vontade nem de um nem de vários Estados; da compreensão de que coordenar é uma espécie de subordinação a uma terceira ordem, sendo a diferença entre as duas ordens essencialmente estrutural; e o fato de o direito costumeiro ser aplicado pelos tribunais internos sem transformação ou incorporação (MELLO, 2004, p. 122).

Mas a crítica que coloca um fim à aplicação da teoria dualista é a de que não podem existir, racionalmente, duas normas contrárias válidas para a mesma matéria e sujeitos, o que poderia ocorrer na hipótese de uma norma interna contrária a outra internacional (BECERRA RAMÍREZ, 2006, p. 14).

### **2.1.1.2. A teoria monista e suas vertentes**

Em oposição à doutrina dualista, o monismo não aceita a existência de duas ordens jurídicas distintas e autônomas.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Para Peter Häberle, “A democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do Povo para os órgãos estatais (legitimação mediante eleições), até o último intérprete formalmente ‘competente’, a Corte Constitucional. Numa sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais (*Grundrechtverwirklichung*), tema muitas vezes referido sob a epígrafe do ‘aspecto democrático’ dos Direitos Fundamentais. (...) Dessa forma, os Direitos Fundamentais são parte de legitimação democrática para a interpretação aberta tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes”. (HÄBERLE, 1997, p. 29-30 e 36). O constitucionalista alemão vai além ao afirmar que “a ‘sociedade aberta’ merece esse qualificativo somente se é uma sociedade aberta ao internacional. Os direitos fundamentais e humanos remetem ao Estado e a ‘seus’ cidadãos e também ao ‘outro’, ao ‘estranho’, é dizer, a outros Estados com suas sociedades e aos cidadãos ‘estrangeiros’”. Tradução nossa. (HÄBERLE, 2003, p. 68-69).

<sup>5</sup> Seus principais expoentes são Hans Kelsen, Verdross, Josef Kunz e George Scelle.

Essa teoria rechaça os pontos básicos do dualismo. Para ela, o direito internacional e o interno são dois elementos de um só conceito de direito que se dirige ao indivíduo. O internacional é adotado por meio de uma recepção automática e direta no direito doméstico e se aplica como tal, caso seja uma norma auto-aplicativa. Caso não seja, requer sua transformação em direito doméstico. O monismo parte do princípio da subordinação de todas as normas jurídicas entre si (BECERRA RAMÍREZ, 2006, p. 14-15).

Subdivide-se em dois posicionamentos: um que defende a primazia do direito interno e outro, a primazia do direito internacional.

O monismo com primazia do direito interno tem suas raízes no hegelianismo, que considera o Estado como tendo uma soberania absoluta, não estando, em consequência, sujeito a nenhum sistema jurídico que não tenha emanado de sua própria vontade. Assim sendo, o próprio fundamento do DI é a autolimitação do Estado, na formulação definitiva desta teoria feita por Jellinek. O DI tira sua obrigatoriedade do Direito Interno. O DI é reduzido a um simples “direito estatal externo”. Não existem duas ordens jurídicas autônomas que mantenham relações entre si. O DI é um direito interno que os estados aplicam na sua vida internacional. (MELLO, 2004, p. 122).

O monismo com prevalência do direito interno postula que este é o princípio e o fim do direito internacional e tem por pressuposto uma primazia do direito doméstico. Isso porque, para seus defensores, não há uma autoridade supraestatal. É o direito constitucional que estabelece as normas para a conclusão de tratados e a sua hierarquia no âmbito interno.

Essa concepção vai de encontro à prática internacional, já que as normas internacionais não dependem das Constituições internas para se formarem ou validarem, além de não reconhecer a pluralidade das fontes dessas normas. Desse modo, pode-se criticar o monismo com prevalência do direito interno porque ele nega a existência do direito internacional como um autônomo, reduzindo-o a um direito estatal. (BECERRA RAMÍREZ, 2006).

O artigo 27 da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados (1969), promulgada no Brasil por meio do Decreto 7.030/2009, prevê que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Isso reforça a inaplicabilidade dessa vertente para grande parte dos Estados que compõem as Nações Unidas.

O monismo com prevalência do direito internacional foi desenvolvido principalmente pelos estudiosos da Escola de Viena, como Hans Kelsen. Postula que o direito interno deriva do direito internacional, ao qual aquele se subordina.<sup>6</sup>

Kelsen indica diversos aspectos em que a norma internacional difere da interna. A primeira se refere à sanção, que, para o direito interno, é representada pelas penas e pelas execuções civis, e para o internacional, pelas represálias e guerras.<sup>7</sup> Outra diferença diz respeito à esfera de validade que, para o direito internacional, é ilimitada e, para o direito nacional, restrita a um território, num dado tempo.

O mestre de Viena discorda totalmente de Triepel, quanto à validade do direito internacional apenas para os Estados enquanto pessoas jurídicas.

Não há diferença entre Direito Internacional e Direito Nacional com respeito aos sujeitos dos direitos e das obrigações estabelecidas pelas duas ordens jurídicas. Em ambos os casos os sujeitos são sempre seres humanos individuais. Enquanto a ordem jurídica nacional determina diretamente os indivíduos que, por sua conduta, devem cumprir as obrigações ou podem exercer os direitos, a ordem jurídica internacional deixa à ordem jurídica nacional determinar quais são os indivíduos cuja conduta forma o conteúdo das obrigações e direitos internacionais. As obrigações e direitos que o Estado tem sob o direito internacional são aqueles que determinados indivíduos tem, em sua capacidade de órgãos do Estado; e esses indivíduos são determinados pelo Direito Nacional, o Direito do Estado. Há normas de Direito Internacional, entretanto, que impõem obrigações e direitos não aos Estados, mas, mesmo que de forma excepcional, a pessoas jurídicas e, portanto, indiretamente, a indivíduos. Mais uma vez, as duas ordens legais diferem apenas em grau, não na essência.

A mais importante diferença entre Direito Internacional e Nacional consiste no fato de que aquele é uma ordem coercitiva um tanto

<sup>66</sup> “Toda a evolução técnico-jurídica apontada tem, em última análise, a tendência para fazer desaparecer a linha divisória entre Direito internacional e ordem jurídica do Estado singular, por forma que o último termo da real evolução jurídica, dirigida a uma centralização cada vez maior, parece ser a unidade de organização de uma comunidade universal de Direito mundial, quer dizer, a formação de um Estado mundial. Presentemente, no entanto, ainda não se pode falar de uma tal comunidade. Apenas existe uma unidade cognoscitiva de todo o Direito, o que significa que podemos conceber o conjunto formado pelo Direito internacional e as ordens jurídicas nacionais como um sistema unitário de normas – justamente como estamos acostumados a considerar como uma unidade a ordem jurídica do Estado singular”. (KELSEN, 2000, p. 364).

<sup>7</sup> Para Kelsen, “as represálias podem, quando seja necessário, ser exercidas mesmo com o emprego da força armada. Este ato de coerção, porém, apenas tem o caráter de uma represália enquanto ou na medida em que a ação das forças armadas não assuma – por virtude da sua amplitude e da sua intensidade – o caráter de uma guerra. A diferença entre uma represália realizada com a força das armas e uma guerra é meramente quantitativa. A represália é uma agressão ilimitada à esfera de interesses de um outro Estado. Aqui deve entender-se por ‘guerra’ a ação, realizada por meio da força armada, que um Estado dirige contra o outro, sem atender ao fato de haver ou não reação contra aquele por meio de uma ação da mesma espécie, isto é, por meio de uma contra-guerra. Como as represálias só são permitidas como reação contra a ofensa de determinados interesses de um Estado por outro Estado, elas temo caráter de sanções, e as ofensas de interesses que as condicionam têm o caráter de uma violação do Direito Internacional, quer dizer, de um delito internacional. (...) Tal como as represálias, também a guerra é, ela mesma – quando não seja uma sanção – um delito. É este o chamado princípio do *bellum justum*. (...) A ideia de que a guerra, e bem assim as represálias, são sanções do Direito internacional, surge, assim, plenamente fundamentada”. (KELSEN, 2000, p. 356-357).

descentralizada, e este uma ordem coercitiva bastante centralizada. Essa diferença se materializa nas diferentes formas com que as normas das duas ordens são criadas e aplicadas. Os costumes e os tratados, as “fontes” principais de Direito Internacional, são formas descentralizadas de criação do Direito; a fonte principal de Direito Nacional, a legislação, é uma forma centralizada de criação de Direito. Ao contrário do Direito Nacional, que confere aos tribunais a competência para aplicar o Direito e a órgãos especiais o poder exclusivo de executar as sanções, não há no Direito Internacional geral nenhum órgão centralizado para a aplicação do Direito e, especialmente, não há órgãos especiais para a execução das sanções. Essas funções são deixadas aos Estados, que são sujeitos de Direito Internacional (KELSEN, 2010, p. 493).

Para o professor austríaco, “a ordem jurídica internacional é significativa apenas como parte de uma ordem jurídica universal que compreende também todas as normas jurídicas nacionais” (KELSEN, 2010, p. 494). A ordem jurídica internacional determina a esfera territorial, pessoal, temporal e material de validade das ordens jurídicas nacionais, sujeitando-as à de matérias que, de outro modo, poderiam ter sido disciplinadas de forma arbitrária pelo Estado afetado.

Essa visão é muito interessante por facilitar a interação – e a confusão – entre normas de direito interno e internacional, porque se ambas pertencem a um mesmo sistema jurídico, uma norma internacional pode se tornar, automaticamente, nacional, e vice-versa. Isso traz sérios questionamentos, não apenas quanto à soberania dos Estados em dispor sobre seu ordenamento jurídico, mas também pela possibilidade de normas particulares tornarem-se universais. Em ambas as hipóteses, há o risco de perda da eficácia do direito internacional pela resistência dos Estados em ver suas normas internas alteradas automaticamente por agentes externos ou pelo descumprimento de normas particulares – tornadas universais – pelos Estados que não as reconhecem e respeitam.

Ademais, historicamente, o direito doméstico aparece antes do internacional e, no direito interno, existe um princípio segundo o qual um ato jurídico interno somente pode ser ab-rogado ou derogado por um ato análogo em vigor. Ou seja, um tratado internacional não pode invalidar uma norma doméstica, o que coloca em xeque a supremacia do direito internacional (BECERRA RAMÍREZ, 2006, p. 15).

Essa segunda vertente do monismo parte da não existência de diferenças fundamentais entre a ordem internacional e a interna, relativizando até mesmo o conceito de soberania. Kelsen, inicialmente, rejeitou a ideia de conflito entre normas oriundas de cada sistema, contudo, posteriormente, admitiu tal possibilidade, passando seu pensamento a denominar-se monismo moderado, em contraposição ao seu posicionamento anterior, mais radical.

O conflito entre o Direito Interno e o Direito Internacional não quebra a unidade do sistema jurídico, como um conflito entre a lei e a Constituição não quebra a unidade do sistema estatal. O importante é a predominância do DI: que ocorre na prática internacional, como se pode demonstrar com duas hipóteses: a) uma lei contrária ao DI dá ao Estado prejudicado o direito de iniciar um “processo” de responsabilidade internacional; b) uma norma internacional contrária à lei interna não dá ao Estado direito análogo ao da hipótese anterior (MELLO, 2004, p. 124).

A vantagem dessa teoria é o fato de ela ser lógica. Porém, não corresponde à história do direito, na qual observamos que o Estado precede o direito internacional. Ainda assim, é a que parece melhor representar as relações entre direito interno e internacional (MELLO, 2004, p. 127-129).

### **2.1.1.3. *Uma alternativa ao dualismo e ao monismo: o pluralismo jurídico de Virally***

Ao lado do dualismo e do monismo, surgiram também outras teorias ditas conciliatórias, como o pluralismo jurídico, defendido pelo jurista francês Michel Virally, para quem é errônea a adoção das posturas monistas e dualistas, por constituírem um falso paralelismo entre duas ordens jurídicas<sup>8</sup>. Para Michel Virally, a evolução da sociedade internacional, ao multiplicar e intensificar as relações entre direito internacional e direito interno de maneira considerável, demonstrou as contradições do dualismo. O monismo com prevalência do direito internacional não se consagra nas instâncias nacionais da mesma forma que nas internacionais. Como muitas constituições não reconhecem a superioridade do direito internacional, a eficácia do direito interno, juridicamente inferior nessa concepção, supera a do direito internacional, cuja superioridade corre o risco de ser meramente nominal (1998, p. 118-119).

---

<sup>8</sup> “En realidad, se comprueba una falta de continuidad muy patente entre el derecho interno y el derecho internacional, los cuales se desarrollan cada uno conforme a su propia dinámica. Y si estas dinámicas no son divergentes, son, por lo menos, independientes la una de la otra: no sugieren de ninguna manera la idea de una unidad. La evolución actual de las relaciones internacionales y de la técnica de los tratados demuestra de una manera muy clara que ya no hay ámbito al que no pueda penetrar el derecho internacional: lo que todavía sigue reservado al derecho interno, lo está, si, pero de manera provisional. Por lo tanto, negar la existencia del problema por el que se enfrentan los monistas y los dualistas equivale a adoptar, de facto, la posición dualista sin por ello replicar a las críticas que se hicieron justamente a esta teoría”. (VIRALLY, 1998, p. 119-120).

Para Virally, a eficácia do direito internacional é limitada pelo fato de que sua primazia normativa não está garantida pela existência de órgãos de execução hierarquicamente superiores aos órgãos estatais, cuja influência pode-se fazer sentir no seio da própria ordem estatal. Por essa razão, as consequências de uma declaração de incompatibilidade se limitam normalmente ao âmbito internacional e se coloca a cargo do Estado, responsável por um delito, as obrigações compensatórias – obrigação de reparar – ou a caducidade de direitos – teorias das represálias. Na maioria dos casos, a anulação não é possível porque se vê privada de efeitos na esfera internacional (VIRALLY, 1998, p. 129).

Michel Virally postula a existência de uma sociedade internacional caracterizada por ordens jurídicas autônomas e que, ao mesmo tempo, dispõem de meios próprios para assegurar a execução forçada do direito. Essas ordens jurídicas – internacional e interna –, apesar de serem distintas em seu modo de criação, se reconhecem mutuamente e mantêm entre si diversas relações regidas pelo princípio da superioridade do direito internacional<sup>9</sup>.

O direito internacional e os direitos internos constituem então ordens que integram duas categorias distintas e autônomas em seus modos de criação, mas não rigorosamente separadas. Pelo contrário, reconhecem mutuamente suas respectivas validades e mantêm entre si múltiplas relações regidas pelo princípio da superioridade do direito internacional. Se preferirmos as fórmulas simplificadoras, podemos então falar de um pluralismo com primazia do direito internacional. (tradução nossa). (VIRALLY, 1998, p. 132).

Para Virally, o direito internacional reconhece a soberania dos ordenamentos jurídicos estatais e sua capacidade para submeter às suas normas jurídicas as relações sociais estabelecidas no Estado (1998, p. 132). Aponta uma crescente interdependência das duas ordens jurídicas, que pode ser observada por meio da existência de normas mistas, que pertencem, ao mesmo tempo, a ambas esferas – nacional e internacional –, o que implica uma colaboração entre elas (1998, p. 133).

Em resumo, Virally reconhece a existência de um pluralismo jurídico em que direito internacional e interno são autônomos e, ao mesmo tempo, dialeticamente interdependentes.

---

<sup>9</sup> “El orden jurídico internacional está incompleto: necesita al derecho interno para funcionar. No puede prescindir de colaborar con el y, por consiguiente, de reconocer su existencia y su validez en el plano que le corresponde, es decir, en un plano jurídicamente inferior. Esbozada de este modo, la demostración debe completarse. Pudimos explicar la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, respetando la autonomía de uno y de outro, sin reunirlos artificialmente en el seno de un mismo orden jurídico, lo que parece adecuarse al nivel de desarrollo actual de las sociedades humanas. Pero en todo caso, esta primacía no se establece más que en el orden internacional. El método que seguimos impide deducir de ello la superioridad del derecho internacional en el orden interno, debido justamente a la autonomía que se le reconoce”. (VIRALLY, 1998, p. 127).

Essa concepção das relações entre direito interno e internacional pode servir de fundamento ao transconstitucionalismo, que trata da relação horizontal dos Estados entre si, como veremos mais adiante, com o estudo do constitucionalismo e das relações horizontais entre os direitos internos e o direito internacional.

### **2.1.2. Internalização das normas internacionais no Brasil**

Independente da teoria que se adote para tratar dessas relações, o fato é que não há como haver um direito internacional e outro interno isolados entre si, porque o contexto fático-social das globalizações faz com que ambos se entrelacem cada vez mais. Ademais, como ressalta Antonio Augusto Cançado Trindade, no domínio da proteção dos direitos humanos, “a primazia é da norma mais favorável às vítimas, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno”. (CANÇADO TRINDADE, 1996, p. 231).<sup>10</sup>

A evolução da relação entre direito interno e internacional ocorreu em três etapas, até o estágio atual. A primeira é representada pelo direito à coexistência, o direito internacional westphaliano, que se forma essencialmente de obrigações negativas e que não implica a redimensão do direito interno, com clara predominância da teoria dualista. Depois, o direito de cooperação, que ganha importância após a Segunda Guerra Mundial. Nele, observa-se a criação de novos blocos normativos, como o direito do mar, direito dos tratados, entre outros, mas que ainda se mantêm, a nível intersubjetivo, interestatais.

Por fim, o direito à uniformidade, que alcança maior expressividade após a Guerra Fria, e se caracteriza por normas que são internacionais em sua origem, mas nacionais em seu objeto, como os pactos socioeconômicos internacionais. Verifica-se, neste último estágio, uma nítida influência das globalizações, nas quais os Estados não são mais os únicos protagonistas do direito internacional, e a soberania tem se flexibilizado, em razão de acordos e tratados multilaterais que tendem a uma uniformização dos direitos domésticos com o direito internacional. Mas a concepção tradicional de soberania e o receio de que o direito internacional reflita, em suas normas, interesses das nações do chamado “primeiro mundo”,

---

<sup>10</sup> Nesse sentido, o artigo 29.b da Convenção Americana de Direitos Humanos proíbe a interpretação de qualquer de suas disposições no sentido de limitar o gozo e exercício de quaisquer direitos que “possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados partes ou de acordo com outra convenção em que seja Parte um dos referidos Estados”. (CIDH, 1969). O artigo 29.d da Convenção proíbe também a interpretação de qualquer de suas disposições no sentido de excluir ou limitar “o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza”. (CIDH, 1969).

dificulta a unificação dos direitos e evita que as sociedades se homogeneizem em detrimento da diversidade que enriquece a humanidade (BECERRA RAMÍREZ, 2006, p. 17-18).

Na prática, cada Estado deve adotar a teoria acerca das relações entre direito interno e internacional que melhor se adéque a sua cultura jurídica.<sup>11</sup>

A dificuldade em se posicionar os Estados em uma ou outra teoria deriva do fato de que eles têm a obrigação de internalizar os tratados e as normas costumeiras internacionais, mas não há qualquer regulamentação sobre como deverá ocorrer essa internalização. Por isso, em razão do princípio da soberania, cada Estado está apto a decidir o modo de internalização das normas internacionais e de implementação das obrigações internacionais com as quais se comprometeu, além da hierarquia dessas normas no ordenamento jurídico.

No âmbito do direito internacional, não há um órgão legislativo central responsável pela edição de leis e outros atos normativos, assim como não há um órgão encarregado de uniformizar a jurisprudência dos tribunais internacionais.<sup>12</sup> Entretanto, algumas fontes são notadamente reconhecidas pelo artigo 38, 1, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, como se pode observar:

1. A Corte, cuja função é decidir em conformidade com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:
  - a. As convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
  - b. O costume internacional, como prova de uma prática geral aceite como direito;
  - c. Os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;
  - d. Com ressalva das disposições do artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

<sup>11</sup> O modo de comunicação depende do sistema de recepção traçado em cada Constituição. Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos humanos se pronunciou na Opinião Consultiva 13/93: "... Isto não significa que a Comissão [Interamericana] tenha atribuições para se pronunciar sobre a forma como se adota uma norma jurídica no ordenamento interno. Essa é a função dos órgãos competentes do Estado. O que a Comissão deve verificar, num caso concreto, é se o disposto na norma contradiz a Convenção e não se contradiz o ordenamento interno do Estado". (Corte IDH, 1993).

<sup>12</sup> De acordo com Antonio Cassese, na comunidade internacional nenhum Estado ou grupo de Estados conseguiu manter o poder duradouro necessário para se impor sobre toda a comunidade internacional. Nessa seara, o poder é fragmentado e disperso. Na verdade, alianças políticas e militares ocasionalmente originaram uma forte convergência de interesses entre dois ou mais membros da comunidade envolvida, mas nenhuma chegou a cristalizar-se como uma estrutura de poder permanente. As relações entre Estados na comunidade internacional se dão de forma horizontal, porque nenhuma estrutura vertical foi cristalizada ainda, como nos ordenamentos jurídicos domésticos. Essa situação é mais notável atualmente porque muitos componentes das estruturas nacionais e da comunidade internacional – indivíduos, grupos, associações, entidades governamentais, corporações multinacionais, organizações transnacionais, entre outros – estão tão entrelaçadas com o fenômeno da globalização. A maior consequência dessa relação horizontal entre Estados é que suas regras organizacionais encontram-se num estágio embrionário. Não existem normas criadoras de um mecanismo que se refira às três funções típicas do Estado. Na esfera internacional, elas são descentralizadas. (CASSESE, 2005, p. 5-6).

As decisões das cortes internacionais somente vinculam as partes em litígio (efeito *inter partes*), nos termos do artigo 59 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.<sup>13</sup> Portanto, não são fontes para todo e qualquer Estado. Mas isso não impede que o tribunal internacional do qual emanou dada decisão a utilize como precedente para as demais nem que outros tribunais, internacionais ou nacionais, a utilizem como parâmetro para litígios submetidos a sua jurisdição, o que favorece uma uniformidade na aplicação do direito internacional e, em última análise, seu fortalecimento como um todo, inclusive no âmbito interno.

Os tratados internacionais são considerados a fonte de direito internacional por excelência. Nos termos do artigo 2, 1, a, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969,<sup>14</sup> promulgada pelo Brasil em dezembro de 2009, a definição engloba não apenas os tratados propriamente ditos, mas também convenções, protocolos e acordos internacionais de caráter geral, entre outros.<sup>15</sup> A Convenção de Viena de 1986 ampliou tal definição, passando a abranger também outros entes de direito internacional, em seu artigo 2, 1, a.<sup>16</sup>

Para um tratado ser reconhecido como norma de direito internacional, é mister a observação das suas condições de validade, quais sejam: a capacidade das partes contratantes, a habilitação ou competência dos agentes, a licitude e possibilidade do objeto e o consentimento mútuo (MELLO, 2004, p. 206-209). Tal validade somente pode ser contestada

<sup>13</sup> “A decisão da Corte não é obrigatória senão para as partes em litígio e respeito ao caso alvo de decisão”.

<sup>14</sup> “Tratado’ significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”. (ONU, 1969).

<sup>15</sup> Celso de Albuquerque Mello enumera e define os atos normativos internacionais da seguinte forma: (a) acordo – tratados econômicos, financeiros, comerciais ou culturais; (b) acordos simplificados ou acordos executivos – acordos não submetidos ao Poder Legislativo para aprovação, concluídos somente pelo Executivo, comumente por troca de notas; (c) compromisso ou acomodação – acordos provisórios destinados a regulamentar a aplicação de um tratado; (d) atos – acordos que estabelecem regras de direito; (e) ata - atos com caráter normativo ou moral, que não estabelecem regras de direito; (f) carta – tratado solene que estabelece direitos e deveres ou instrumentos constitutivos de organizações internacionais; (g) compromisso – acordo sobre litígio a ser submetido à arbitragem; (h) concordata – tratado sobre assunto religioso, firmado pela Santa Sé; (i) convênio – tratado cultural ou desportivo; (j) convenção – tratado que cria normas gerais; (k) declaração – acordo que cria princípios jurídicos ou política comum; (l) estatuto – tratados coletivos que estabelecem, normalmente, normas para tribunais internacionais; (m) pacto – tratados solenes; (n) protocolo – tratados firmados como complemento de acordos preexistentes ou atas de conferências internacionais; (o) tratados – acordos solenes (MELLO, 2004, p. 212-214).

<sup>16</sup> “‘Tratado’ significa um acordo internacional, regido pelo Direito Internacional, e concluído por escrito: entre um ou mais Estados e uma ou mais organizações internacionais; ou entre organizações internacionais quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”. (ONU, 1986).

mediante a aplicação da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, conforme seu artigo 42, 1.<sup>17</sup>

A incorporação de normas internacionais aos ordenamentos jurídicos internos dos Estados pode ser automática ou *ad hoc*. A primeira permite que os Estados se ajustem continuamente à sistemática internacional, tendo em vista que modificações no plano internacional implicariam, automaticamente, modificações na legislação interna. Esse método aumenta a efetividade das normas internacionais no âmbito interno porque garante o fiel cumprimento do tratado<sup>18</sup>. Entretanto, relativiza a soberania dos Estados, que perdem o controle sobre a criação e a revogação de suas normas, visto que podem ter alterações na legislação interna sem que manifestem expressamente concordância, a qualquer momento.

A incorporação legislativa *ad hoc* decorre de uma necessária manifestação do Poder Legislativo de cada Estado, que deve autorizar a incorporação das normas internacionais ao ordenamento interno, o que pode ser feito através de uma aprovação paulatina, como no Brasil. Esse tipo de incorporação propicia a discussão do teor do tratado, antes de sua ratificação, o que contribui para sua legitimidade interna, como ocorre no Brasil.

A vantagem de não haver hierarquia entre as normas de direito internacional, para o controle de convencionalidade, é que as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos são fontes de direito tanto quanto a Convenção Americana ou a proibição da tortura – considerada *jus cogens*.

Assim, uma vez que o Estado parte na Convenção Americana de Direitos Humanos se submete à jurisdição da Corte IDH, vincula-se às suas decisões, que passa a integrar também o ordenamento jurídico doméstico.

No Brasil, existem dois processos básicos de celebração de tratados: um solene e completo e outro simplificado. Neste, há apenas a negociação do tratado pelo Chefe de Estado – ou seu representante, geralmente, o Ministro das Relações exteriores –, sua assinatura – materializada em correspondência oficial endereçada ao Estado ou organização internacional

---

<sup>17</sup> “A validade de um tratado ou do consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado só pode ser contestada mediante a aplicação da presente Convenção”. (ONU, 1969).

<sup>18</sup> Mas note-se que, reconhecer a recepção automática do direito internacional não significa proclamar sua superioridade perante as normas de direito interno. Para que isso ocorra, deve haver uma norma, como a *Grundgesetz* alemã, que afirma que as normas de direito internacional integram o ordenamento jurídico e prevalecem sobre as leis, criando – de forma direta – direitos e obrigações para a sociedade (CANOTILHO, 2003, p. 820).

depositários do texto convencionado –, e posterior publicação no âmbito interno (GALINDO, 2002, p. 138-139)<sup>19</sup>. Independem de aprovação legislativa e do ato de ratificação ou adesão.

A simples publicação no Diário Oficial, autorizada pelo Ministro das Relações Exteriores e efetivada pela Divisão de Atos Internacionais do Itamaraty, garante a introdução no ordenamento jurídico nacional dos acordos celebrados no molde ‘executivo’ – sem manifestação tópica do Congresso ou intervenção formal, a qualquer título, do Presidente da República (REZEK, 2008, p. 84).

Nada impede a submissão de tais acordos à aprovação congressional, apesar de não haver necessidade de aprovação ou ratificação.

No procedimento solene, ao qual se submeteu a Convenção Americana de Direitos Humanos, devem-se observar as seguintes etapas: a) negociações, b) assinatura, c) mensagem ao Congresso, d) aprovação congressional, e) ratificação, f) promulgação, g) publicação. Esse procedimento depende do concurso das vontades dos Poderes Executivo e Legislativo. O Presidente da República é competente para negociar e assinar os tratados internacionais, na qualidade de Chefe de Estado, conforme preceitua o artigo 84, incisos VII e VIII, da Constituição Federal,<sup>20</sup> podendo delegar essa função ao Ministro das Relações Exteriores.

Ao Congresso Nacional compete exclusivamente “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”, nos termos do artigo 49, inciso I, da Constituição Federal. A aprovação legislativa é condição necessária para que se possa verificar, posteriormente, o ato de ratificação do Chefe do Poder Executivo.

O Congresso Nacional aprova o texto e autoriza a ratificação ou adesão pelo Chefe do Poder Executivo por meio da edição de decreto legislativo. A aprovação ocorre em cada uma das Casas – Senado Federal e Câmara dos Deputados –, mediante o quórum da maioria simples ou relativa, utilizado para aprovação de projeto de lei ordinária, nos termos do artigo 47 da Constituição brasileira.<sup>21</sup>

O procedimento parlamentar se limita a sua aprovação ou rejeição em sua totalidade. Não é possível a aprovação de emendas a um tratado negociado. Mas esse entendimento não é

<sup>19</sup> Distingue-se adesão de ratificação pela circunstância de, no primeiro caso, diferentemente do que ocorre no segundo, o Estado aderente não ter participado, com o seu apoio formal (assinatura), da gênese do tratado, não podendo, assim, cogitar da hipótese de confirmação de um ato anterior (DALLARI, 2003, p. 89).

<sup>20</sup> “Artigo 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VII – Manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos; VIII – Celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional” (BRASIL, 1988).

<sup>21</sup> “Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria de votos, presente a maioria de seus membros”.

unânime, assim como a possibilidade de o Congresso criar reservas ou apresentar emendas aos tratados (MEDEIROS, 1995, p. 427-431 e 447).

Na verdade, a oposição de emendas é possibilidade que só tem sentido lógico em foro de negociação de tratados. O que pode ocorrer quando da apreciação de tratado pelo Congresso Nacional, que não tem competência para entabular diretamente negociações no plano internacional, é a aprovação condicionada, de tal sorte que o Chefe do Poder Executivo fique autorizado por decreto legislativo a somente proceder à ratificação do texto convencional sob exame, ou à adesão a ele, se as outras partes – Estados ou organizações internacionais – aquiescerem com a alteração indicada pelo parlamento nacional. Portanto, será o Estado brasileiro, e não o parlamento do Estado, que irá propor, nos termos da condicionante prevista na aprovação legislativa, emenda ao texto do tratado, que poderá ser aditiva, supressiva ou modificativa de seus termos.

A condição à ratificação ou à adesão imposta pelo Congresso Nacional, objetivando inovação no corpo do tratado internacional, não se confunde com o recurso ao instituto da reserva, pois esta tem de estar prevista, de forma implícita ou explícita, no próprio texto convencional, sendo a eventual opção por ela, quando da apreciação da matéria pelo parlamento, mera eleição de possibilidade previamente assinalada – e não emenda a tratado (DALLARI, 2003, p. 94).

O procedimento de aprovação dos tratados internacionais de direitos humanos pode diferenciar-se, em parte, entre nós, caso haja interesse dos parlamentares e do Chefe do Executivo em aprová-lo em equivalência às emendas constitucionais.<sup>22</sup> Após a aprovação da EC45/2004, o quórum de aprovação pode ser qualificado, mediante 3/5 dos votos de cada uma das Casas do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, nos termos do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal.<sup>23</sup>

Entretanto, doutrinadores como Flávia Piovesan e Antônio Augusto Cançado Trindade afirmam que a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos deve ser

---

<sup>22</sup> Recentemente, observamos uma mudança no entendimento do Supremo Tribunal Federal, com o julgamento do RE 466.343 (caso da prisão civil do depositário infiel), que será visto detalhadamente mais adiante. Nesse julgamento, a Corte reconheceu os dois procedimentos de aprovação dos tratados de direitos humanos – com quórum de maioria simples e com quórum qualificado – e as duas hierarquias que essas normas podem adquirir no ordenamento jurídico brasileiro – supralegal e constitucional.

<sup>23</sup> “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

automática, com fundamento no art. 5º, § 2º, da Carta da República<sup>24</sup> (PIOVESAN, 2002, p. 323 e TRINDADE, 2003, p. 545-546).

Certo é que a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento interno tem amplas consequências.

A primeira delas é a de alargar o campo constitucional desses direitos. A Constituição, assim, se alarga, apanhando todos os direitos humanos declarados e os que vierem a ser declarados, incluindo o direito ao desenvolvimento, à paz e à solidariedade. A segunda consiste na adoção da concepção monista no que tange ao direito internacional dos direitos humanos, pela qual se define a unidade, neste campo, entre o direito internacional e o direito interno constitucional, especialmente tendo em vista o disposto no § 3º introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004 (SILVA, 2005, p. 178).

Existem algumas polêmicas em relação ao procedimento de incorporação dos tratados no Brasil. Uma delas é sobre qual o ato que torna válida uma norma internacional no âmbito interno, se o decreto legislativo, que autoriza a ratificação, ou o presidencial, que promulga o texto.

Para George Galindo, deve prevalecer o decreto presidencial, porque o legislativo “somente possui a função de aprovar ou não o tratado” (GALINDO, 2002, p. 144). Gilmar Mendes, em suas lições acadêmicas, defende o controle de constitucionalidade do decreto legislativo, apesar de reconhecer que é o decreto do Poder Executivo que confere executoriedade aos tratados no âmbito interno.<sup>25</sup>

O Supremo Tribunal Federal entende que é o decreto do Poder Executivo que internaliza a norma internacional, conforme decidido na Carta Rogatória 8.279. Na ocasião, recusou-se a aplicar o Protocolo de Medidas Cautelares do Mercosul, que já havia sido

---

<sup>24</sup> “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

<sup>25</sup> Tal como observado, o decreto legislativo contém a aprovação do Congresso Nacional ao tratado e, simultaneamente, a autorização para que o Presidente da República o ratifique, em nome da República Federativa do Brasil. Esse ato não contém, todavia, uma ordem de execução do tratado no território nacional, uma vez que somente ao Presidente da República cabe decidir sobre sua ratificação. Com a promulgação do tratado por meio de decreto do Chefe do Executivo, recebe aquele ato a ordem de execução, passando, assim, a ser aplicado de forma geral e obrigatória. Esse modelo permite a propositura da ação direta para aferição da constitucionalidade do decreto legislativo, possibilitando que a ratificação e, portanto, a recepção do tratado na ordem jurídica interna ainda sejam obstadas. É dispensável, pois, qualquer esforço com vistas a conferir caráter preventivo ao controle abstrato de normas na hipótese. É possível, igualmente, utilizar-se da medida cautelar para retardar ou suspender a ratificação dos tratados até a decisão final (artigo 102, I, p. da CR) (BRANCO, COELHO, MENDES, 2008, p. 1118-1119).

assinado, aprovado pelo Congresso Nacional e ratificado, mas que não havia ainda sido promulgado por Decreto do Presidente da República.<sup>26</sup>

Há divergências ainda quanto à natureza do decreto presidencial, se é ato de publicação ou transformação do direito internacional no direito interno. A questão pode ser posta da seguinte forma: tal decreto transforma o direito internacional no direito interno ou apenas o torna público? A resposta a tal pergunta implica a averiguação do modo como o direito brasileiro enxerga o direito internacional.

A primeira opção – aquela que sustenta que o Decreto transforma o Direito Internacional em Direito Interno – significaria que o Brasil adota a teoria dualista, de separação da ordem interna e internacional. A segunda opção, por sua vez, é a posição que advoga o Direito Internacional vigora automaticamente na ordem interna, requerendo apenas a publicidade do tratado internacional, que somente dá a conhecê-lo (GALINDO, 2002, p. 145).

Um último tema importante é a discussão acerca da necessidade de publicação para que os tratados sejam invocados na esfera interna ante a inexistência de um sistema uniforme de publicidade de normas internacionais (GALINDO, 2002, 156). Em regra, os tratados devem ser publicados, mas, se não o forem, seu cumprimento pode ser exigido em nível internacional por outros Estados, desde que já tenha sido ratificado.

Vê-se que o processo de internalização das normas no Brasil é extremamente complexo e passa por várias etapas, sendo amplamente discutido no Congresso Nacional. Isso legitima as normas internacionais em nosso ordenamento, sobretudo os tratados de direitos humanos, que têm hierarquia constitucional ou supralegal, a depender do procedimento de aprovação. Além disso, permite que eventuais incompatibilidades dos tratados com normas domésticas possam ser sanadas antes da ratificação, pela aposição de reservas.

---

<sup>26</sup> Na CR 8.279, o Ministro Celso de Mello consignou em seu voto: “É que esse ato de direito internacional público, muito embora aprovado pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo n. 192/95), não se acha formalmente incorporado ao sistema de direito positivo interno vigente no Brasil, pois, a despeito de já ratificado (instrumento de ratificação depositado em 18/3/97), ainda não foi promulgado, mediante decreto, pelo Presidente a República. Na realidade, o Protocolo de Medidas Cautelares (Mercosul) – que se qualifica como típica Convenção Internacional – não se incorporou definitivamente à ordem jurídica doméstica do Estado brasileiro, eis que ainda não se concluiu o procedimento constitucional de sua recepção pelo sistema normativo brasileiro”. (BRASIL, 2000)

### 2.1.3. Hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro

As normas internacionais podem assumir diferentes hierarquias ao se internalizarem nos ordenamentos jurídicos. Hierarquia, aqui, pode ser entendida no sentido preconizado na pirâmide proposta por Kelsen, cujo ápice se encontra a norma fundamental, seguida do direito internacional, em razão da adoção do monismo com prevalência do direito internacional. Nessa situação, as normas de direito internacional – e não a Constituição – se encontram mais perto do ápice da pirâmide, seguidas da Constituição das leis, decretos, portarias e atos normativos de efeitos concretos.<sup>27</sup> A importância de se situar os tratados internacionais aqui reside no fato de que o controle de convencionalidade tem como uma de suas facetas o controle jurisdicional de validade das normas, o qual, muitas vezes, se confunde com o controle de constitucionalidade. Isso porque normas internacionais encontram-se reproduzidas nos textos nacionais com frequência.

A título de ilustração, a recente Constituição boliviana de 2008 dispõe, em seu artigo 256, que os tratados internacionais de direitos humanos que declarem direitos mais favoráveis aos contidos na Constituição, sejam aplicados com preferência sobre ela. Prevê também que os direitos reconhecidos na Constituição serão interpretados de acordo com os tratados internacionais de direitos humanos quando prevejam normas mais favoráveis.<sup>28</sup> Essa cláusula contém em si uma diretriz hermenêutica e implica um avanço axiológico com a adoção do princípio *pro homine* na aplicação do direito internacional e interno (BAZÁN, 2002, p. 118-122).

De modo semelhante, a Colômbia define, em sua Constituição, que os tratados de direitos humanos prevalecem no ordenamento interno, que deve ser interpretado conforme

---

<sup>27</sup> “A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora. Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado. A Constituição é aqui entendida num sentido material, quer dizer: com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais.” (KELSEN, 1999, p. 155).

<sup>28</sup> “Artículo 256. I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta. II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables”. (BOLÍVIA, 2008).

seus ditames.<sup>29</sup> Os projetos de lei de aprovação desses tratados terão preferência de tramitação no Congresso,<sup>30</sup> o que demonstra um significativo avanço sob a perspectiva político-legislativa em relação a vários Estados, inclusive ao Brasil.

A Constituição argentina de 1994 prevê em seu artigo 31 que, além da Constituição, as leis ditadas pelo Congresso e os tratados internacionais correspondem à lei suprema da nação, devendo ser respeitados pelas autoridades e leis provinciais.<sup>31</sup> Na Argentina, os tratados internacionais tem hierarquia superior às leis ordinárias e alguns, especificamente, como a Convenção Americana de Direitos Humanos, têm hierarquia constitucional e devem ser interpretados como complementares aos direitos e garantias reconhecidos por ela. Outros tratados de direitos humanos podem também gozar de hierarquia constitucional, desde que aprovados por um terço dos membros de cada câmara do Congresso.<sup>32</sup>

De acordo com a Constituição política do Peru de 1993, atualizada em 2005, embora os tratados internacionais tenham hierarquia infraconstitucional, as normas relativas a direitos e liberdades devem ser interpretadas conforme a Declaração Universal de Direitos Humanos e demais tratados celebrados pelo Peru sobre o tema.<sup>33</sup>

As normas internacionais podem se equiparar às leis em sentido amplo, aplicando-se a elas princípios como *lex posteriori derogat lex priori* e *lex speciali derogat lex generali*.

<sup>29</sup> “ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia” (COLÔMBIA, 1991).

<sup>30</sup> “ARTICULO 164. El Congreso dará prioridad al trámite de los proyectos de ley aprobatorios de los tratados sobre derechos humanos que sean sometidos a su consideración por el Gobierno” (COLÔMBIA, 1991).

<sup>31</sup> “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o Constituciones provinciales, salvo para la Provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del pacto del 11 de noviembre de 1859” (ARGENTINA, 1994).

<sup>32</sup> De acordo com o artigo 75.22 da Carta Argentina, “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.” (ARGENTINA, 1994).

<sup>33</sup> O artigo quarto das disposições finais e transitórias da Constituição peruana dispõe: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. (PERU, 1993).

Isso significa que uma lei interna pode repelir um tratado – internalizado por meio de uma norma. A equiparação às leis ordinárias pode comprometer a confiança de outros Estados na implementação de tratados internacionais firmados pelo Brasil, pois uma lei posterior ou mesmo uma Medida Provisória podem revogar compromissos assumidos. Conseqüentemente, o Estado pode vir a responder perante organismos internacionais e outros Estados pelo não cumprimento de uma norma internacional que aceitou.<sup>34</sup>

A equiparação das normas internacionais às constitucionais, por seu turno, implica a impossibilidade de revogação pela maioria simples do Congresso e permite que o ordenamento jurídico infraconstitucional se conforme aos preceitos internacionais, pois passa a ser parâmetro de controle de constitucionalidade. Isso é importantíssimo para sua eficácia no âmbito interno e contribui para a uniformidade entre o sistema normativo internacional e o interno e para a credibilidade do Estado perante outros e organismos internacionais por meio do reconhecimento qualificado do direito internacional pelo interno.

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto no *caso da prisão civil do depositário infiel* – RE 466.343 (STF, 2009) – afirma que nem sempre há uma confluência de valores supremos protegidos nos âmbitos interno e internacional em matéria de direitos humanos. Para ele, a equiparação das normas internacionais e da Constituição esbarraria na competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal para exercer o controle da regularidade formal e do conteúdo material dessas normas em face da ordem constitucional nacional. “Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais” (STF, 2009). Esse posicionamento valoriza mais a soberania do Estado brasileiro e de suas instituições que a supremacia dos direitos humanos fundamentais.

Em sentido contrário, Flávia Piovesan (2005) argumenta que tratados sobre direitos humanos podem ser material e formalmente constitucionais, independentemente de se submeterem ao procedimento legislativo solene de incorporação:<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> Celso de Albuquerque Mello critica a adoção da hierarquia legal para as normas internacionais no âmbito interno: Ora, por esta afirmação o mesmo ente (Estado) se encontra sujeito a duas normas contraditórias; o que me parece violar um princípio básico de que ninguém pode estar obrigado a cumprir duas normas com o mesmo valor e contraditórias entre si ao mesmo tempo. Tal fato na verdade só surge por falta de entrosamento entre o Poder Executivo e o Legislativo em matéria internacional, geralmente, por causa de questões de política interna e esta deve se subordinar à ordem internacional. Se o tratado fosse equiparado realmente à lei interna, o Executivo não poderia revogá-lo por meio de denúncia (MELLO, 2004, 128).

<sup>35</sup> No mesmo sentido: Trindade, 2003, 513; Piovesan, 2006, 51-77.

Desde logo, há que afastar o entendimento de que, em face do § 3º do artigo 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o *quorum* qualificado de três quintos demandado pelo aludido parágrafo. Reitere-se que, por força do artigo 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quorum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais. O *quorum* qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza constitucional, ao adicionar um lastro formalmente constitucional. Na hermenêutica dos direitos, há que imperar uma lógica material, e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. Isto porque não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu *quorum* de aprovação (PIOVESAN, 2005, 72).

Em sua dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Karina Mascarenhas Barbosa (2005) vai além do entendimento de Piovesan e defende a inconstitucionalidade do parágrafo 3º do artigo 5º, inserido pela EC 45/2004:

Outro aspecto controverso do § 3º é a existência de faculdade e não de um dever das Casas do Congresso Nacional em prestigiar ou não o diploma internacional com o status de norma constitucional, o que poderá gerar problemas para o Brasil, inclusive, com sérios reflexos em termos de responsabilidade internacional. Acrescente-se a isso o antigo menosprezo e despreparo do legislador brasileiro em lidar com temas internacionais, a possibilidade de se estabelecer um verdadeiro mercado de barganha por se ter ou não aprovado determinado tratado ou convenção, a demora exigida no processo legislativo idêntico ao da aprovação das emendas constitucionais, etc. Fatores que fragilizam os demais tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que não lograrem aprovação em tal processo legislativo. Na realidade, a redação do parágrafo terceiro é um verdadeiro retrocesso na luta e na defesa dos direitos humanos.

O § 3º ainda poderia provocar colidência com o teor dos §§ 1º e 2º, necessitando de uma verdadeira interpretação sistemática, preservando a unidade e a máxima efetividade da Constituição Federal, tendo em vista que os §§ 1º e 2º incluem automaticamente os direitos e garantias constitucionais, enquanto o § 3º limita tal proteção, condicionando-a à deliberação do Congresso Nacional. É emenda tendente a abolir direitos e garantias fundamentais não somente aquela que vise a operar a supressão literal de tais direitos e garantias do texto constitucional, mas também aquela que vise a dificultar sua incorporação ou exercício, ainda que de forma reptada. Ou seja, pode-se afirmar que a EC n.º 45/2004 é inconstitucional

por não ter observado limitação implícita que constitui cláusula pétrea. (BARBOSA, 2005, p. 294).

O Ministro Celso de Mello, em seu voto proferido no *caso da prisão civil do depositário infiel* (STF, 2009), justifica a paridade constitucional entre tais normas com base nos princípios da dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos:

Reconheço (...) que há expressivas lições doutrinárias (...) que sustentam (...) que os tratados internacionais dos direitos humanos assumem na ordem positiva interna brasileira, qualificação constitucional, acentuando, ainda, que, as convenções internacionais em matéria de direitos humanos, celebrados pelo Brasil antes do advento da EC nº 45/2004, como ocorre com o Pacto de São José da Costa Rica, revestem-se de caráter materialmente constitucional, compondo, sob tal perspectiva, a noção conceitual de bloco de constitucionalidade. (STF, 2009).

Esse “bloco de constitucionalidade” pode ser entendido como os princípios e normas implícitos ou explícitos que compõem a Constituição.<sup>36</sup> Em decorrência do parágrafo 2º do artigo 5º, podemos inferir que os tratados internacionais de direitos humanos não apenas o compõem, mas integram o núcleo fundamental inderrogável do ordenamento jurídico brasileiro.

Em razão da não atribuição expressa, pela Constituição, de um valor específico às normas de direito internacional de direitos humanos, várias soluções podem ser apontadas. As principais teorias reconhecem: (a) a natureza supraconstitucional das normas internacionais de direitos humanos – como considera a Constituição holandesa; (b) a atribuição do caráter constitucional a esses diplomas internacionais – que desencadeia a partir de sua violação o fenômeno da inconstitucionalidade –; (c) o *status* equivalente aos das leis – podendo o direito internacional revogar atos legislativos anteriores e ser revogado por leis posteriores –; ou, ainda, (d) a atribuição de caráter supralegal aos tratados, por meio do qual essas normas não valem contra a Constituição, mas têm primazia hierárquica sobre o direito interno anterior e

---

<sup>36</sup> Para Gomes Canotilho, os tratados de direitos humanos são materialmente constitucionais e integram o bloco de constitucionalidade. Para ele, aplica-se ainda a teoria da parametricidade, em que a ordem constitucional global seria mais ampla que a constituição escrita, pois abrangeria não apenas os princípios jurídicos fundamentais informadores do Estado de direito, mas também os princípios implícitos nas leis constitucionais. Não está em causa aqui o problema da validade material da ordem jurídica, mas apenas o de saber a que normas e princípios os órgãos de controle podem apelar para aquilatar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos atos normativos (CANOTILHO, 1992, p. 982).

posterior, devendo os órgãos aplicadores do direito recusar-se a aplicar o direito contrário a essas normas e os Poderes Legislativos e Executivo observá-las na elaboração de normas e políticas públicas (CANOTILHO, 2003, p. 820).

O caráter supraconstitucional conforma todo o ordenamento jurídico interno a seus preceitos, inclusive a Constituição. Desse modo, até mesmo o Poder Constituinte originário estaria sujeito a essas normas, devendo observá-las no momento da elaboração da nova Constituição. O principal argumento contrário a esse caráter supraconstitucional é a dificuldade de implementação nos Estados regidos pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, em que o Poder Constituinte originário é absoluto e independente, como no Brasil. Assim, reconhece-se a possibilidade de a norma internacional adquirir hierarquia constitucional, mas jamais supraconstitucional.

Os que atribuem caráter constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos interpretam o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição como uma cláusula aberta de recepção de direitos humanos dos tratados subscritos pelo Brasil. Entendem que o parágrafo 1º do dispositivo constitucional asseguraria a tais normas aplicabilidade imediata no plano nacional, a partir do ato de ratificação, dispensando qualquer intermediação legislativa.

O Ministro Celso de Mello, no julgamento do *caso da prisão civil do depositário infiel* (STF, 2009), dividiu o direito internacional em dois blocos: tratados de direitos humanos e outros tratados internacionais. Somente os primeiros poderiam adquirir *status* constitucional, tendo os demais a mesma força normativa das leis ordinárias. Os primeiros poderiam ser ainda classificados como tratados que não restringem nem eliminam qualquer direito ou garantia previsto na Constituição – apenas ampliam o seu exercício –, ou tratados que conflitam com a Carta da República – restringem, suprimem ou alteram gravosamente um direito ou garantia constitucional. Somente aqueles que não restringem ou eliminam direitos ou garantias integrariam o bloco de constitucionalidade.

Em sentido contrário, no mesmo julgamento, o Ministro Gilmar Mendes entende que a discussão em torno do *status* constitucional dos Tratados de Direitos Humanos foi mitigada pela Emenda Constitucional 45/2004, que incorporou a previsão de que tais normas, caso

aprovadas, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais. Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico (STF, 2009).

Cabe lembrar que a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York em 30 de março de 2007, é o único documento aprovado pelo Congresso Nacional com hierarquia constitucional, promulgada por meio do Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009. E, como ressalta Flávia Piovesan,

Desde logo, há que afastar o entendimento de que, em face do § 3º do artigo 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o *quorum* qualificado de três quintos demandado pelo aludido parágrafo. Reitere-se que, por força do artigo 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quorum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais. O *quorum* qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza constitucional, ao adicionar um lastro formalmente constitucional. Na hermenêutica dos direitos, há que imperar uma lógica material, e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. Isto porque não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu *quorum* de aprovação (PIOVESAN, 2005, p. 72).

Dos votos dos Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes no *caso da prisão civil do depositário infiel*, tem-se que não há hierarquia entre as normas de direito internacional. Há, sim, uma distinção entre o modo de incorporação destas pela Constituição brasileira, ou seja, se a matéria tratar de Direitos Humanos poderá ter *status* constitucional, conforme aprovação do Congresso Nacional ou caso não restrinja nem elimine direito ou garantia previstos na Carta Magna, conforme o voto do Ministro Gilmar Mendes; ou terá *status* constitucional

independente do quórum de aprovação, nos termos do novo entendimento firmado pelo Ministro Celso de Mello.

Caso o Estado tenha ratificado determinado tratado internacional de direitos humanos, não poderá escusar-se de seu cumprimento e de suas obrigações em virtude de norma constitucional ou infraconstitucional, salvo se a norma internacional for mais gravosa.

Não obstante a tese da constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos seja, particularmente, considerada a mais coerente com os princípios elencados na Constituição de 1988 e com os princípios de direito internacional, fato é que o Supremo Tribunal Federal consagrou no Brasil a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos não incorporados sob o rito do § 3º do art. 5º – embora, em particular, seja favorável à constitucionalidade.

Ora, considerando a quantidade de instrumentos que compõe o processo legislativo, a pauta superlotada do Congresso, e que, desde a vigência da EC 45/2004, apenas um tratado internacional foi equiparado à Emenda Constitucional, a tese da constitucionalidade dos tratados de direito internacional parece a mais apta a preservar o valor dos direitos humanos na sistemática interna, visto que, na prática, os tratados internacionais de Direitos Humanos continuam a vigor tão-somente com caráter supralegal.

A tese da supralegalidade traz como consequência a duplicidade das normas internacionais de direitos humanos. Isso porque algumas dessas normas podem ter *status* constitucional, se assim reconhecidas pelo Poder Legislativo, enquanto outras não, sejam anteriores ou posteriores à Emenda, desde que não se observe o procedimento previsto no parágrafo 3º do artigo 5º da Carta da República.

Nesse sentido, o professor George Galindo (2005) assinala que a redação do parágrafo 3º foi um retrocesso hermenêutico para a proteção dos direitos humanos no Brasil, porque, antes da Emenda Constitucional 45 – e do julgamento do STF no RE 466.343 –, poder-se-ia cogitar livremente, no âmbito da interpretação constitucional, a tese da constitucionalidade desses tratados ou convenções internacionais, de acordo com o parágrafo 2º do referido artigo 5º da Constituição Federal.

Agora, com a necessidade de aprovação com quórum qualificado dos tratados pelo Congresso Nacional para que tenham *status* de Emenda Constitucional, somente é possível cogitar da tese da supralegalidade para todos os tratados ainda não submetidos ao quórum legislativo (GALINDO, 2005).

## 2.2. RELAÇÃO HORIZONTAL: O ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO, INTERCONSTITUCIONALISMO E TRANSCONSTITUCIONALISMO

A proximidade e a complexidade atuais das relações entre direito interno e internacional provoca o surgimento de teorias que buscam enquadrar o papel do Estado diante desse fenômeno. As formulações que intentam conjugar o Estado constitucional na esfera internacional nos parecem as mais adequadas para explicar como se influenciam as relações entre os Estados, seus órgãos e ordenamentos internos entre si e entre as organizações e tribunais internacionais.<sup>37</sup>

Essa relação horizontal ocorre sempre que o direito internacional permeia relações entre Estados. É o meio político-jurídico em que as nações interagem entre si e entre organizações internacionais. Sua premissa básica é a igualdade formal entre Estados soberanos, que se relacionam entre si não apenas no plano político, mas também na esfera econômica, cultural, social e jurídica.

Apresenta-se aqui três formulações teóricas para explicar essa relação que chamamos horizontal: o Estado constitucional cooperativo, proposto pelo constitucionalista alemão Peter Häberle, o interconstitucionalismo do constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho e o transconstitucionalismo do brasileiro Marcelo Neves.

### 2.2.1. O Estado constitucional cooperativo de Peter Häberle

---

<sup>37</sup> Mesmo ciente de que a Convenção de Viena de 1986 sobre direito dos tratados entre Estados e organizações internacionais e entre essas organizações não se encontra em vigor por não ter atingido o número mínimo de ratificações, consideramos a personalidade jurídica dessas organizações em razão do *treaty-making power* que possuem. A Constituição brasileira de 1967 (artigo 8º, inciso I) reconhecia a competência da União para celebrar tratados com organizações internacionais, preceito que se reproduz no artigo 21, inciso I, da Carta de 1988. O texto da Convenção de 1986 dispõe que a capacidade para celebrar tratados de uma organização é regida pelas próprias regras desta (artigo 6º). Assim, a capacidade das organizações depende do direito peculiar a cada uma. Por isso, estão sujeitas a limitações materiais ou funcionais, mas não formais. Cabe lembrar também a importância conferida à doutrina dos “poderes implícitos” na conformação da capacidade das organizações internacionais, formulada pela jurisprudência da Corte Internacional de Justiça. Segundo ela, essas organizações são automaticamente competentes para concluir qualquer tratado que correspondam às suas funções e propósitos. Apenas uma proibição explícita em seu instrumento constitutivo pode limitar essa capacidade. (BERNARDES; CHADID; CARNEIRO, 2003).

A partir da premissa de que a teoria constitucional é uma ciência da cultura,<sup>38</sup> Peter Häberle aponta a interdependência econômica como motor – causa e efeito – da tendência de cooperação entre os Estados constitucionais, acentuada pelos processos de globalizações.

Para ele, as constituições democráticas atuais têm a dignidade humana como premissa antropológico-cultural, realizada a partir da cultura de um povo e dos direitos humanos universais.<sup>39</sup> Em razão disso, elevam a tolerância ao seu grau máximo, que se converte em parte integrante do consenso constitucional básico.

Esses Estados constitucionais cooperativos vivem das trocas econômicas, sociais e humanitárias uns com os outros, da consciência da cooperação – internacionalização da sociedade, da rede de dados, da esfera pública mundial, da política exterior e do espaço público regional (HÄBERLE, 2003, p. 68-69).

A cooperação entre Estados envolve grandes oportunidades e desafios no mundo ocidental. Os elementos constitutivos desse Estado – como os procedimentos democráticos, a independência da jurisdição e os direitos humanos – podem ser “exportados” a fim de constituir uma comunidade de Estados, como ocorre com a comunidade europeia.

Por outro lado, a “importação” pode ser perigosa, porque produz processos de retroalimentação e o Estado constitucional de direito corre o risco de perder sua identidade. Estados mais compromissados com sua proteção relacionam-se com outros que não o são e, assim, corre-se o risco de seu enfraquecimento, conforme seja conferida maior importância a particularismos que à noção de universalidade desses direitos.

Em relação a esse direito de coordenação, Häberle observa que a constitucionalização da comunidade jurídica de nações tem avançado mais no plano regional que no global. Prova disso são as organizações internacionais e os sistemas regionais de segurança coletiva, como a Organização dos Estados Americanos (OEA) e a comunidade europeia. A renúncia parcial da soberania em favor do poder comunitário dessa comunidade – dever de solidariedade dos

---

<sup>38</sup> “Toda Constituição de um Estado constitucional vive em última instância da dimensão do cultural. A proteção dos bens culturais, as liberdades culturais especiais, as cláusulas expressas sobre o ‘patrimônio cultural’ e os artigos gerais sobre o Estado de cultura não constituem senão manifestações particulares da dimensão cultural geral da Constituição. (...) Ao mesmo tempo, a concepção culturalista (*kulturwissenschaftlich*) das Constituições ganha em capacidade de convicção: a Constituição não é somente um ordenamento jurídico para os juristas, que têm que interpretá-la de acordo com as antigas e as novas regras da profissão, mas atua essencialmente também como guia para os não juristas: para o cidadão a Constituição não é somente um texto jurídico ou um ‘mecanismo normativo’, mas também expressão de um estado de desenvolvimento cultural, meio para a representação do povo ante si mesmo, espelho de seu patrimônio cultural e fundamento de suas esperanças” (HÄBERLE, 2003, p. 5) (tradução nossa).

<sup>39</sup> Outros elementos seriam a soberania – entendida como uma fórmula que caracteriza a união renovada constantemente na vontade e na responsabilidade estatal –, a ideia de Constituição como um contrato – em cujo marco são necessários fins educativos e valores orientadores –, a separação de poderes, os princípios do Estado de direito e Estado social – que para Häberle correspondem ao princípio do Estado como cultura (“*Kulturstaat*”), as garantias dos direitos fundamentais, a independência da jurisdição, entre outros (HÄBERLE, 2003).

Estados – tem sido o pressuposto para a realização dos objetivos de seus objetivos, em especial a integração econômica, a política regional e social através de órgãos independentes de criação e aplicação do direito. A legitimação dos órgãos comunitários pode fazer com que retroceda o dogma da soberania em favor de uma distribuição de funções entre o Estado e a organização supranacional. A adoção de uma identidade europeia abre caminho para o exercício da responsabilidade social de regiões ricas frente às mais pobres e à elevação geral da qualidade de vida. A integração, assim, como forma mais elevada de integração, pode ser vista como perspectiva dos esforços internacionais de cooperação (HÄBERLE , 2003, p. 71-72).

Para o constitucionalista alemão, o deslocamento do centro de gravidade dos trabalhos da Organização das Nações Unidas (ONU) da manutenção de uma paz negativa – ausência de violência militar – para uma paz positiva – através da criação de uma infraestrutura que vise uma maior justiça social –, conduz a evolução do direito internacional rumo a um direito cooperativo material. Na medida em que a cooperação estatal tome lugar da mera coordenação e da simples coexistência pacífica, pode diminuir a distância entre o interno e o externo em prol de uma abertura ao exterior, como a dos direitos constitucionais ao internacional (HÄBERLE, 2003).

Para Häberle (2003), o Estado constitucional não existe mais para si, mas constitui uma comunidade internacional aberta. Caso pretenda conservar sua credibilidade em si, o Estado constitucional deve representar no âmbito externo os mesmos valores que considera internamente como elementos de sua identidade. Apesar da existência de Estados totalitários no mundo, o Estado constitucional se encontra em uma comunidade responsável perante os demais e os indivíduos.

### **2.2.2. O interconstitucionalismo de J. J. Canotilho**

O Estado constitucional cooperativo de Häberle vai ao encontro do pensamento do constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho, para quem “a teoria da Constituição pressupõe hoje o estudo da teoria da interconstitucionalidade” (2003, p. 1.425).

As Constituições, embora continuem a ser pontos de legitimação, legitimidade e consenso autocentrados em uma comunidade estadualmente

organizada, devem abrir-se progressivamente a uma rede cooperativa de metanormas (estratégias internacionais, pressões concertadas) e de normas de origens de outros centros transnacionais infranacionais (regionais e locais) ou de ordens institucionais intermediárias (associações internacionais, programas internacionais), a globalização internacional dos problemas (direitos humanos, proteção de recursos, ambiental), aí está a demonstrar que, se a constituição jurídica do centro estadual, territorialmente delimitado, continua a ser uma carta de identidade política e cultural e uma mediação normativa necessária de estruturas básicas de justiça de um Estado-Nação, cada vez mais ela deve se articular com outros direitos. (CANOTILHO, 1992, p. 18).

A teoria da interconstitucionalidade de Canotilho parte de pressupostos semelhantes aos do Estado cooperativo e estuda as relações de concorrência, convergência, justaposição e conflito de várias constituições no mesmo espaço político internacional. Caracteriza-se por uma rede de constituições de Estados soberanos, pelas alterações produzidas na organização constitucional dos Estados por outras organizações políticas, pela recombinação das dimensões constitucionais através de sistemas organizativos superiores, pela coerência constitucional estadual com outras constituições inseridas na rede internacional, e pela criação de um esquema jurídico-político caracterizado pela confiança condicionada. Postula a articulação entre constituições, a afirmação de poderes constituintes com fontes e legitimidades diversas e a compreensão da fenomenologia jurídica e política aberta ao pluralismo de ordenamentos e normatividades. É uma forma de interorganização política e social. (CANOTILHO, 2003).

A rede de interconstitucionalidade aponta duas autodescrições no modo como as constituições dos Estados reentram em formas organizativas superiores. Os textos constitucionais conservam a memória social e a identidade política e, por isso, na rede interconstitucional assumem-se como autorreferência. Por outro lado, o caráter autodescritivo e autorreferente mantém o valor e a função das constituições estaduais (CANOTILHO, 2003, p. 1.426-1.427). Essa autodescrição se refere também à necessidade autodescritiva das organizações internacionais superiores e dos sistemas de proteção dos direitos humanos. Assim, essas organizações e sistemas de proteção possuem identidades próprias, que lhes permitem se afirmarem – e se reforçarem – perante si e perante os demais Estados e organizações, integrando-os todos numa rede maior.

A teoria da interconstitucionalidade envolve também a interculturalidade constitucional, compreendida como a partilha da cultura e das ideias constitucionais. A interculturalidade seria uma partilha comunicativa destes valores e ideias concretamente

traduzida em fórmulas não jurídicas, a fim de possibilitar uma normatização posterior. (CANOTILHO, 2003, p. 1.427-1.428).

Assim, as constituições desempenham, na atualidade, funções de integração cultural, como a identidade nacional, e a de reserva de imperativos políticos profundos, contribuindo para a sedimentação de identidades culturais pluralmente inclusivas. A partir dessas constituições, então, é possível assentar os princípios e normas dos espaços culturais-constitucionais regionais no que diz respeito aos direitos fundamentais, por exemplo (CANOTILHO, 2003).

No caso brasileiro, verifica-se a abertura do direito interno ao internacional e, conseqüentemente, a necessidade de cooperação e a interculturalidade, no artigo 4º da Constituição Federal,<sup>40</sup> que enumera os princípios que regem o Estado em suas relações internacionais – especialmente seu parágrafo único que incentiva a integração regional –, e nos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Carta Maior. Assim, acreditamos que o modelo de Estado cooperativo e o interconstitucionalismo podem ser aplicados à realidade brasileira, em suas relações com outros Estados e com o próprio direito internacional, especialmente no tocante à proteção dos direitos humanos.

### 2.2.3. O transconstitucionalismo de Marcelo Neves

“Cada vez mais problemas de direitos humanos, ou direitos fundamentais, e delimitação do poder tornam-se concomitantemente relevantes para mais de uma ordem jurídica, muitas vezes não estatais, que são chamadas ou instadas a oferecer respostas para a sua solução” (NEVES, 2009, p. XXI). A partir dessa constatação, Marcelo Neves concebeu o

---

<sup>40</sup> “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I - independência nacional;
- II - prevalência dos direitos humanos;
- III - autodeterminação dos povos;
- IV - não-intervenção;
- V - igualdade entre os Estados;
- VI - defesa da paz;
- VII - solução pacífica dos conflitos;
- VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

chamado transconstitucionalismo, que nada mais é senão uma “relação transversal permanente entre ordens jurídicas em torno de problemas comuns” (*Idem*).

As questões que envolvem o transconstitucionalismo não podem ser compreendidas sob a ótica do constitucionalismo clássico, no qual a Constituição permanece associada exclusivamente a um Estado.<sup>41</sup> Para o transconstitucionalismo, “o fundamental é precisar que os problemas constitucionais surgem em diversas ordens jurídicas, exigindo soluções fundadas no entrelaçamento entre elas” (NEVES, 2009, p. 121). Assim, uma violação de direitos humanos pode apresentar-se perante uma ordem local, estatal, internacional e supranacional ou perante várias dessas ordens, o que implica, nesses casos, cooperações e conflitos, o que exige aprendizado recíproco.

Um problema transconstitucional envolve tribunais estatais e internacionais na busca de uma solução para o problema comum. Essa ideia está intrinsecamente ligada ao controle de convencionalidade por ambos tratarem da relação entre ordens jurídicas distintas ante um mesmo problema. Isso porque, em regra, para que uma violação de direitos humanos praticada por um Estado – ou indivíduo – chegue às Cortes internacionais, é necessário, em regra, o esgotamento dos recursos internos, que obriga a análise do problema previamente no âmbito interno.<sup>42</sup>

O sistema interamericano é apontado por Marcelo Neves como um exemplo relevante do transconstitucionalismo, instituído pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) e recebido pelas ordens constitucionais dos Estados partes.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> Esse constitucionalismo surgiu como tentativa de se determinar coercitivamente os direitos e garantias fundamentais e de limitar e controlar o poder estatal expansivo, garantindo sua eficiência organizacional. Contudo, o incremento das relações internacionais levou à necessidade de abertura do constitucionalismo para além do Estado e os problemas de direitos humanos (ou fundamentais) ultrapassaram fronteiras de tal modo que o direito constitucional estatal passou a ser uma instituição limitada para enfrentá-los. Violações de direitos humanos, por exemplo, deixaram de ser privilégio da jurisdição do direito estatal e passaram a ser enfrentadas legitimamente por outras ordens jurídicas, como as Cortes de justiça internacionais. (NEVES, 2009).

<sup>42</sup> Nesse sentido, o artigo 46, 1, a, da Convenção Americana de Direitos Humanos: “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”. Mas note-se que a própria Convenção já excepciona a aplicação desse princípio em algumas hipóteses elencadas no artigo 46, 2: “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”.

<sup>43</sup> “Nesse contexto, não se trata simplesmente da imposição de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), criada e estruturada pelo Capítulo VIII (arts. 52 a 69) da CADH, aos tribunais nacionais com competências constitucionais. Esses também revêem a sua jurisprudência à luz das decisões da Corte. Tanto do lado da CIDH quanto da parte das cortes estatais tem havido uma disposição de diálogo em questões constitucionais comuns referentes à proteção dos direitos humanos, de tal maneira que se amplia a aplicação do direito convencional pelos tribunais domésticos”. (NEVES, 2009, p. 144-145).

Desse modo, uma violação de direitos humanos praticada pelo Estado brasileiro somente deve ser conhecida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos após utilizados todos os meios internos para a resolução do problema, o que implica, necessariamente, um posicionamento doméstico antes da invocação à jurisdição internacional. Isso obriga uma observância dos preceitos estatuídos na Convenção Americana e em outras normas internacionais no discurso jurídico-político interno porque o Estado está ciente do risco de responder internacionalmente pela ofensa a um direito ou garantia ali previstos.<sup>44</sup> Da mesma forma, a Comissão (CIDH) e a Corte Interamericana (Corte IDH) devem considerar os processos decisórios domésticos, seja no âmbito político ou judicial, a fim de verificar se o Estado está ou não observando as normas convencionais.<sup>45</sup>

Houve esse diálogo transconstitucional, por exemplo, quando o Governo brasileiro seguiu posicionamentos da Corte Interamericana no caso *Ximenes Lopes e Maria da Penha*, ou quando o Supremo Tribunal Federal (STF) valeu-se de julgamentos da Corte IDH para fundamentar as decisões nos casos da declaração de ilegalidade da *prisão civil do depositário infiel* e da *dispensa de diploma de jornalista para o exercício da profissão*.

Para Neves, o tranconstitucionalismo não pode excluir conflitos ou colisões insanáveis entre ordens jurídicas nem eliminar a pretensão imperial de uma das ordens envolvidas em face das outras (2009, p. 127). A tendência é, justamente, o surgimento de colisões e a incompatibilidade das possíveis soluções apresentadas pelas distintas ordens jurídicas. A fim de solucionar o impasse nas hipóteses de colisão entre decisões, como nos julgados do STF e da Corte IDH sobre a lei de anistia brasileira, Neves (2009) propõe a formação de “pontes de transição”, modelos de entrelaçamentos que solucionem problemas jurídico-constitucionais que se apresentem simultaneamente a diversas ordens. Nos Estados fechados ao diálogo ou que pouco dialogam com outras ordens jurídicas, Marcelo Neves admite que o

---

<sup>44</sup> Lembremos que, conforme os artigos 1 e 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, os Estados partes têm a obrigação de respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição e o dever de adotar as disposições da Convenção por medidas legislativas ou de outra natureza.

<sup>45</sup> O artigo 48, 1, a, da Convenção Americana dispõe sobre a observância das manifestações domésticas pela Comissão: “A Comissão, ao receber uma petição ou comunicação na qual se alegue violação de qualquer dos direitos consagrados nesta Convenção, procederá da seguinte maneira: a. se reconhecer a admissibilidade da petição ou comunicação, solicitará informações ao Governo do Estado ao qual pertença a autoridade apontada como responsável pela violação alegada e transcreverá as partes pertinentes da petição ou comunicação”. (CIDH, 1969). O artigo 64 da Convenção Americana dispõe sobre a competência da Corte para conhecer questões submetidas a ela: “1. Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires. 2. A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais”. (CIDH, 1969)

transconstitucionalismo ocorre de forma muito limitada, por meio de irritações, influências e pressões, e propõe como alternativa, nesses casos, uma postura bélica contra a ordem inimiga do transconstitucionalismo.<sup>46</sup>

É aqui que reside o maior pecado da teoria transconstitucionalista: não consegue propor uma alternativa, que não a bélica, para sanar a falta de vontade de os Estados se submeterem às decisões das cortes internacionais e estabelecerem diálogos entre si.<sup>47</sup>

A teoria transconstitucionalista se limita a verificar o diálogo, mas não justifica porque ele não ocorre em alguns casos e quais as consequências disso no âmbito interno e internacional. Essa crítica se refere também ao Estado constitucional cooperativo, ao interconstitucionalismo e ao próprio direito internacional como um todo. Isso porque se um Estado não quiser dialogar ou cooperar com os demais, não há quem possa obrigá-lo, não há um órgão superior que possa estabelecer sanções aos Estados.

Apesar da contribuição para o diálogo e a cooperação entre Cortes domésticas e internacionais, todas essas teorias tratam, na verdade, da forma como os Estados interagem entre si sob uma perspectiva constitucional – como diversos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais dialogam entre si. Ainda enxergam o direito internacional sob o prisma do

---

<sup>46</sup> “Sem dúvida, há ordens jurídicas, especialmente estatais, que não estão dispostas a colaborar com o transconstitucionalismo, pois desconhecem os direitos fundamentais e rejeitam a limitação e o controle jurídico-positivo dos detentores de poder. Internamente, elas não admitem Constituição em sentido moderno, a serviço de uma racionalidade transversal entre direito e política. Em face dessas ordens, o transconstitucionalismo funciona e forma muito limitada: irritações, influências e pressões transconstitucionais podem levar a transformações da ordem anticonstitucional. A alternativa ao transconstitucionalismo é, nesse caso, assumir uma postura bélica contra a ordem inimiga do transconstitucionalismo, cujos efeitos colaterais a tornam normativamente não recomendável. Outra é a situação, quando se trata de ordens arcaicas, que não dispõem de princípios e regras secundárias de organização e, portanto, não estão em condições de admitir problemas jurídicos constitucionais. Ordens desse tipo exigem, cada vez mais, um transconstitucionalismo unilateral de tolerância e, em certa medida, de aprendizado: embora elas sejam avessas ao modelo de direitos humanos e de limitação jurídica do poder nos termos do sistema jurídico da sociedade mundial, não se compatibiliza com o transconstitucionalismo a simples imposição unilateral e heterônoma de ‘direitos humanos’ a membros da respectiva comunidade, pois tal medida pode ter efeitos destrutivos em suas mentes e em seus corpos, sendo contrárias ao próprio conceito de direitos humanos”. (NEVES, 2009, p. 130).

<sup>47</sup> Após a Segunda Guerra Mundial, não há mais falar em sanções bélicas como forma de sanção ao desrespeito ao direito internacional pelo simples fato de que qualquer “punição” armada pode ensejar uma guerra de proporções mundiais e – até mesmo – a própria extinção da humanidade. O cumprimento das normas internacionais não pode derivar do uso da força. Deve advir do temor de retaliação – principalmente econômica – de outros Estados, de certa perda de reputação ou do receio da falha ou falta de coordenação com os demais Estados. Como afirma Koskeniemi, “*compliance does not follow from ‘binding force’*. This is a metaphysical abstraction. Instead, it comes about ‘because [States] fear retaliation from the other state or some kind of reputational loss, or because they fear a failure of coordination’”. For example, the provisions on the use of force in the U.N. Charter constitute a bargain state once made to receive protection. That bargain is now undermined because weapons of mass destruction have come into the possession of terrorists. For states as rational egoists, therefore, the ‘costs of strict adherence to the U.N. Charter in a world of new security treats’ have just become too great, as pointed out by John Yoo, author of another torture memorandum submitted to the U.S. Government”. (KOSKENIEMI, 2007, p. 15).

direito interno, ou seja, como as decisões de organismos internacionais e do Poder Judiciário de outros Estados influenciam o direito interno.<sup>48</sup>

Mesmo assim, as teorias aqui tratadas podem ser aplicadas porque, no atual estágio das globalizações, as relações econômicas, culturais, sociais e jurídicas entre Estados são cada vez mais intensas, e condutas contrárias ao diálogo harmônico são exceções no âmbito das relações internacionais.

### 2.3. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL E O CONSTITUCIONALISMO GLOBAL

Cada vez mais se pode observar a crescente atribuição de institutos de direito constitucional ao direito internacional, e vice-versa. Isso ocorre, em grande parte, devido à confusão existente entre direitos fundamentais e direitos humanos: um mesmo direito abstratamente concebido pode ser percebido em ambas as esferas, pertencendo, então, ao gênero dos direitos fundamentais (NEUMAN, 2003), tais como liberdade de expressão, direito à vida e à integridade física e psicológica, e devido processo legal.<sup>49</sup>

Diante disso, surgem dois fenômenos: a constitucionalização do direito internacional e a internacionalização do direito constitucional, que se sobrepõem no tempo e espaço.

---

<sup>48</sup> Marcelo Neves reconhece, no último capítulo da obra, que o diálogo constitucionalista parte da interpretação das constituições dos Estados. Para ele, “a Constituição apresenta-se como a instância básica de autofundamentação normativa do Estado como organização político-jurídica territorial. Enquanto critério básico de autocompreensão da ordem jurídica estatal, a Constituição não deve ser posta de lado pelos intérpretes-aplicadores do ordenamento constitucional, ou melhor, por aqueles incumbidos de concretizá-lo como ordem com força normativa, especialmente pelos juízes e tribunais constitucionais”. (2009, p. 295). Para Neves, o parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal e a virada jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que conferiu hierarquia supralegal aos tratados que não se submetessem ao quórum qualificado, são “uma demonstração clara de que a inviolabilidade da Constituição é definida dinamicamente por atos normativos subordinados a essa ordem.” (*Ibid*, p. 296). Mas note-se a contradição da teoria: ao mesmo tempo em que a constituição é a “instância básica de autofundamentação”, “o Estado deixou de ser um *locus* privilegiado de solução de problemas constitucionais. Embora fundamental e indispensável, é apenas um dos diversos *loci* em cooperação e concorrência na busca do tratamento desses problemas. A integração sistêmica cada vez maior da sociedade mundial levou à desterritorialização de problemas-caso jurídico-constitucionais, que, por assim dizer, emanciparam-se do Estado”. (*Ibid*, p. 297). Ora, se a constituição é o fundamento do Estado e este não é mais o lugar privilegiado da solução de problemas constitucionais, ela não pode ser o fundamento dessa integração sistêmica. O próprio autor reconhece isso ao final: “pode-se afirmar que o transconstitucionalismo implica o reconhecimento dos limites de observação de uma determinada ordem, que admite a alternativa: o ponto cego, o outro pode ver” (*Ibid*, p. 298)

<sup>49</sup> Para Gerald L. Neuman (2003), é principalmente o aspecto suprapositivo, que se encontra além das normas, que distingue os direitos humanos das demais categorias de direito internacional, muitas vezes envolvidas com cooperação técnica ou barganhas por vantagens comerciais. Os direitos humanos, para ele, consistem mais em obrigações estatais de respeitar certos princípios no tratamento com seus nacionais do que obrigações que conferem benefícios a outros Estados.

O primeiro corresponde à inserção do direito internacional nos ordenamentos jurídicos internos através das constituições dos Estados. O processo de constitucionalização do direito internacional tem origem na Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional regendo as Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados, de 1970. Alguns princípios da Declaração possuem natureza de *jus cogens*, como a proibição do uso ou ameaça de força, a solução pacífica de controvérsias, a não intervenção, a igualdade de direitos, a autodeterminação dos povos, a igualdade soberana dos Estados e os direitos humanos. Esses princípios, estabelecidos nas constituições dos Estados contemporâneos a fim de reger suas relações internacionais, consolidam aquisições jurídico-internacionais e elevam essas normas ao patamar de inderrogáveis, além de consagrarem valores constitucionais no direito internacional (GALINDO, 2002, p. 105-107).

Nesse sentido, a Constituição brasileira de 1988 prevê mecanismos de incorporação das normas internacionais nos artigos 5º, parágrafo 3º; 49, inciso I; e 84, inciso VIII. Além disso, como veremos especificamente no capítulo sobre controle de convencionalidade, as Constituições estão cada vez mais parecidas entre si, com os mesmos direitos e institutos assegurados. A constitucionalização de princípios internacionais, especialmente os relativos a direitos humanos, facilita sua fiscalização por parte dos órgãos internos de controle de constitucionalidade e, conseqüentemente, o controle de convencionalidade.

Por outro lado, a internacionalização do direito constitucional – e de outros ramos do direito, como o penal – corresponde a uma espécie de fertilização cruzada, em que Cortes constitucionais de diversos Estados citam-se uma às outras, e se utilizam de precedentes externos como fundamento de suas decisões (GALINDO, 2002).<sup>50</sup> Mas o termo "internacionalização do direito constitucional" pode se referir também à atribuição de características e institutos do direito constitucional ao internacional, principalmente, com o surgimento dos tribunais internacionais de justiça, tendo como principal consequência a ideia de uma Constituição global.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> O fenômeno da interpretação constitucional harmônica com o direito internacional surgiu na Alemanha quando os tribunais subscreveram um princípio que requer a interpretação do direito interno conforme as obrigações internacionais assumidas, reiterando o comprometimento de um Estado aberto ao direito internacional. Seguindo esse princípio, o Tribunal Constitucional Federal alemão firmou entendimento no sentido da existência de uma pretensão de não violação das obrigações internacionais contraídas por aquele Estado pelo legislador interno (George Galindo, 2002, p. 98). O constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho diz que essa fórmula adotada pelo constitucionalismo alemão corresponde à fórmula de Blackstone, constantemente citada: *international law is part of the law of the land*. (CANOTILHO, 2003, p. 819).

<sup>51</sup> Essa internacionalização pode ser verificada nos processos de regionalização, em que há uma união de Estados soberanos em torno a um objeto comum. Esses processos implicam uma reconfiguração de seus sistemas constitucionais, como ocorre na União Europeia e, em parte, no Mercosul. É observada também com a criação de um sistema universal de direitos humanos – após a Segunda Guerra Mundial –, com a maciça incorporação de

Nunca é demais lembrar que o artigo 4º, parágrafo único, da Constituição brasileira prevê que o Brasil “buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”. No mesmo sentido, observa-se um esforço dos Estados latino-americanos para a criação de um direito comum. O artigo 44º da Constituição peruana, por exemplo, prevê como dever do Estado a promoção da integração latino-americana.<sup>52</sup>

Aqui se aplicam as teorias do transconstitucionalismo, do interconstitucionalismo e do Estado constitucional cooperativo porque a internacionalização do direito constitucional trabalha com a forma pela qual o direito interno enxerga o direito internacional.

O controle de convencionalidade transcende as duas esferas, tanto a constitucionalização do direito internacional quanto a internacionalização do direito constitucional, pois está enraizado no seio das relações entre direito interno e internacional e no constitucionalismo global.

### 2.3.1. O constitucionalismo global

O constitucionalismo global – diferentemente das teorias do Estado constitucional cooperativo, do interconstitucionalismo e do transconstitucionalismo – é um movimento que ocorre no plano internacional, predominantemente. Não trata do modo como as constituições enxergam o direito internacional ou as decisões jurídicas de outros Estados, mas da forma como o direito internacional enxerga a si próprio, em razão da fragmentação de seus subsistemas, como os direitos humanos, o direito internacional penal, o direito ambiental, e outros. A proposta do constitucionalismo global visa conferir uma organicidade, uma sistematização, a esses subsistemas, de modo a viabilizar sua efetivação pelos Estados.

A evolução do constitucionalismo acompanhou a evolução do próprio direito internacional (GALINDO, 2002). Num primeiro momento, foi importante fazer com que os

---

tratados internacionais pelas Constituições dos Estados e a conseqüente troca entre os ordenamentos constitucionais e os sistemas globais, como o europeu e o americano, de proteção dos direitos humanos (GALINDO, 2002).

<sup>52</sup> “Artículo 44º. Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación. Asimismo, es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior”. (PERU, 1993).

Estados respeitassem tratados internacionais por meio de cláusulas que os integrassem ao direito interno. Depois, priorizou-se a aplicabilidade do direito internacional geral e a inserção dos Estados e organizações internacionais. Após a Segunda Guerra Mundial, o surgimento de organizações supranacionais se refletiu nas Constituições e, com a Guerra Fria, os Estados do chamado “terceiro mundo” tentaram modificar a estrutura do direito internacional por meio de princípios possuidores de natureza *jus cogens*. Intensificou-se a preocupação interna e internacional com a proteção dos direitos humanos, influenciando a elaboração de novas Constituições, dentre elas a brasileira (GALINDO, 2002).<sup>53</sup>

Tendo em vista essa abertura do direito constitucional ao internacional, o constitucionalista português Joaquim José Gomes Canotilho (2003, 1.369-1.372) propõe um constitucionalismo global, que se alicerça no sistema jurídico-político internacional – englobando as relações horizontais entre Estados e entre estes e a sociedade –, na emergência de um *jus cogens* internacional, e na elevação da dignidade da pessoa humana a pressuposto de todos os constitucionalismos.<sup>54</sup>

Canotilho reputa que “a democracia e o caminho para a democracia devem considerar-se como tópicos dotados de centralidade política interna e internacional” (2003, p. 1.369). O princípio da autodeterminação deve ser interpretado para que os povos não se submetam a qualquer forma de colonialismo. Isso porque as globalizações das comunicações e a expansão das organizações internacionais não governamentais deslocam o papel do Estado, tornando as fronteiras cada vez mais irrelevantes e a interdependência político-econômica cada vez mais estruturante.

E adverte: o “constitucionalismo global não está ainda em condições de neutralizar o constitucionalismo nacional” (CANOTILHO, 2003, p. 1.370). De qualquer forma, o imperativo internacional sugere a ideia de o poder constituinte dos Estados e as respectivas Constituições nacionais se vincularem aos princípios e regras do direito internacional. Assim, o *jus cogens* se transforma em parâmetro de validade das próprias constituições nacionais,

---

<sup>53</sup> “A Constituição brasileira, cronologicamente inserida no período da Guerra Fria, demonstra inúmeras preocupações com a proteção dos Direitos Humanos, inclusive aqueles oriundos de tratados internacionais. Ao mesmo tempo consagra princípios que, além de fornecerem parâmetros para o controle da política externa do Estado, fortalecem a educação para o Direito Internacional, consubstanciando normas *jus cogens*, possuidoras de caráter supraconstitucional” (GALINDO, 2002, p. 134).

<sup>54</sup> “Com efeito, as relações internacionais devem ser cada vez mais relações reguladas em termos de direito e de justiça, convertendo-se o direito internacional numa verdadeira ordem imperativa, à qual não falta um núcleo material duro – o *jus cogens* internacional – verberador quer da ‘política e relações internacionais’ quer da própria construção constitucional interna. Para além deste *jus cogens*, o direito internacional tende a transformar-se em suporte das relações internacionais através da progressiva elevação dos direitos humanos – na parte em que não integrem já o *jus cogens* – a padrão jurídico de conduta política, interna e externa. Estas últimas premissas – o *jus cogens* e os direitos humanos -, articulados com o papel da organização internacional, fornecerão um enquadramento razoável para o constitucionalismo global”. (CANOTILHO, 2003, p. 1.370).

cujas normas deveriam ser consideradas nulas na hipótese de violação dessas normas internacionais (CANOTILHO, 2003, p. 1.371).

Independentemente da elevação do *jus cogens* a parâmetro de validade das constituições internas, parece indiscutível a força conformadora de alguns instrumentos internacionais dos direitos humanos no sentido de: (1) estabelecerem um conjunto de *standards* materiais mínimos impositivos da observância, por parte dos estados, de obrigações jurídicas quanto a observância de um sistema penal e processual justo; (2) de uma organização jurídica independente; (3) de proteção de direitos básicos, incluindo a definição de cidadania; (4) da reatualização dos esquemas de representação política por forma a incluir grupos, minorias e comunidades migrantes num estatuto plural de cidadanias. (CANOTILHO, 2003, p. 1.371).

Ainda que a adoção do *jus cogens* como parâmetro de validade das constituições nacionais seja questionável em razão de reservas por parte dos Estados e da inexistência de mecanismos internacionais eficazmente coercitivos, a sistemática inobservância desse direito torna suspeitos os Estados quanto à recepção e aplicação dos princípios e regras internacionais. Isso porque “o direito de ‘ficar de fora’ (*opting out*) do direito internacional e das instituições internacionais é cada vez mais uma ficção” (CANOTILHO, 2003, p. 1.372).<sup>55</sup>

Essa proposta de constitucionalismo global está intrinsecamente ligada à abertura do direito constitucional ao direito internacional.

Numa sociedade descentralizada, onde o voluntarismo estatal ainda permite que os Estados ajam de modo contrário ao Direito Internacional, deve-se perceber que o Direito Constitucional, por ser mais eficaz, possui mais instrumentos para permitir que os Direitos Internos se abram ao fenômeno internacional com um todo. Isso, longe de significar ser mais importante o Direito Constitucional, implica a defesa da interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno, utilizando-se o primeiro constantemente do segundo e favorecendo um maior fortalecimento e uma maior amplitude do Direito Constitucional Internacional. (GALINDO, 2002, p. 135).

A promoção de um Estado de direito perpassa pelo direito internacional. Negar isso é criar bases falsas para o direito interno, que pode, assim, acabar se identificando com autoritarismos – caso venha a reconhecer a primazia de um povo sobre outro ou a hegemonia

<sup>55</sup> “Qualquer que seja a incerteza perante a ideia de um *standard* mínimo humanitário e quaisquer que sejam as dificuldades em torno de um sistema jurídico internacional de defesa dos direitos humanos, sempre se terá de admitir a bondade destes postulados e reconhecer que o poder constituinte soberano criador das constituições está hoje longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado. A amizade e a abertura ao direito internacional (cfr. CRP, art. 7.º) exigem a observância de princípios materiais de política e direito internacional tendencialmente informadores do direito constitucional interno (cfr. supra)”. (CANOTILHO, 2003, p. 1.372).

de uma potência – e gerar desigualdade e fragilidade constitucional (GALINDO, 2002, p. 136).

No constitucionalismo global, os princípios constitucionais devem ser interpretados dentro de um “sistema normativo aberto de regras e princípios” (CANOTILHO, 2003, p. 1.159-1.163).<sup>56</sup> Para J. J. Gomes Canotilho (2003), um modelo constituído exclusivamente por regras teria uma racionalidade prática limitada porque exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Constituir-se-ia um sistema de segurança, mas não haveria espaço para a complementação e desenvolvimento do sistema tampouco para a introdução de conflitos e ponderação de interesses de uma sociedade pluralista. Por outro lado, um modelo constitucional baseado apenas em princípios poderia conduzir à indeterminação, à inexistência de regras precisas e à coexistência de princípios conflitantes, resultando num sistema falho de segurança jurídica, incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema. Daí a proposta de um sistema aberto de princípios e regras.<sup>57</sup>

### 2.3.2. O constitucionalismo global orgânico

O constitucionalismo global é uma das áreas mais discutidas no direito internacional atualmente e, diante disso, a proposta de J. J. Gomes Canotilho não poderia ser a única.

Christine Schwöbel (2010) propõe um constitucionalismo global orgânico, que tenta dar um passo atrás na ideia de uma Constituição global derivada de técnicas legais e valores pré-políticos, sugerindo uma aproximação mais fluida e flexível com o constitucionalismo.

---

<sup>56</sup> Para J. J. Gomes Canotilho, esse sistema aberto de normas e princípios “carece de ‘descodificação’: (1) é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica (Caliess), traduzida na disponibilidade e ‘capacidade de aprendizagem’ das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da ‘verdade’ e da ‘justiça’; (3) é um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas é feita através de normas; (4) é um sistema de regras e princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a forma de regras”. (CANOTILHO, 2003, p. 1.159).

<sup>57</sup> Canotilho (2003) sustenta que a abertura das normas constitucionais é diferente da abertura da Constituição. São dois níveis diferentes: abertura horizontal e vertical. A abertura horizontal significa a incompletude e o caráter fragmentário e não codificado de um texto constitucional, e a vertical corresponde ao caráter geral e indeterminado de normas constitucionais que, por isso mesmo, se abrem à mediação legislativa concretizadora. Verifica-se a abertura das normas em assuntos sobre os quais há um consenso geral, em relação aos quais é necessária a criação de um espaço de conformação política ou que podem ser justificadas medidas coercitivas ou adaptadoras.

Para Christine, a reconfiguração do constitucionalismo global é baseada em quatro temas. O primeiro é que esse constitucionalismo deve ser reconhecido como um processo continuado. O segundo é que esse debate deve ser político e discursivo. O terceiro corresponde à visão de que esse constitucionalismo pode ser prejudicado pela ideia da negatividade do universal. Por último, o constitucionalismo global deve ser visto como uma promessa para o futuro. Participação, comunicação e inclusão são os mecanismos conectores entre esses temas, pelos quais uma Constituição orgânica global funcional (2010, p. 539).

Schwöbel (2010) entende que a noção de uma Constituição global deve ser abandonada. A ideia de um constitucionalismo global, entretanto, pode permanecer – desde que esse conceito seja reconfigurado para um constitucionalismo global orgânico. Esse constitucionalismo se diferencia da visão tradicional porque rejeita a estabilidade em favor da flexibilidade e descarta valores pré-políticos comuns em favor de uma política discursiva para o constitucionalismo. Ademais, rejeita a visão do constitucionalismo como um positivismo universal, por acreditar na preservação de particularismos. O aspecto normativo desse constitucionalismo deve ser visto como uma promessa para o futuro, “*a constitutionalism to come*”. (2010, p. 553).

A proposta do constitucionalismo orgânico global, por ser mais crítica, densifica a mera abertura do sistema de regras e princípios, incluindo o respeito aos particularismos na universalidade do princípio da dignidade humana.

### **2.3.3. O constitucionalismo como mentalidade**

Uma visão ainda mais profunda – e crítica – acerca do constitucionalismo é fornecida pelo professor de direito internacional da Universidade de Helsinki, Martti Koskenniemi. Para ele, mesmo que seja possível compreender o mundo sob uma visão constitucionalista, ela não consegue fornecer todas as respostas para os problemas de direito internacional. Por isso, propõe que o constitucionalismo seja visto como uma mentalidade (“*constitutionalism as a mindset*”) – no sentido de sensibilidade sobre o modo de agir no mundo político – em vez de uma arquitetura institucional de normas legais.

Koskenniemi vale-se de Kant (*Critique of Pure Reason*, 1781; *apud* KOSKENNIEMI, 2007) para explicar que as regras não estabelecem as condições para sua aplicação e dependem de uma autoridade que determine o seu sentido casuisticamente. Se o Estado de

direito não compreende as condições de sua aplicação, sua virtude política não pode repousar em formulações de direito positivo. Por isto a finalidade do Estado de direito não pode ser reduzida ao significado de leis particulares ou aos objetivos projetados nela: porque eles dependem do julgamento político de seu aplicador.

Assim, o Estado de direito não pode significar legalismo – enquanto fidelidade a um significado particular do texto legal – ou instrumentalismo – no sentido de olhar para os objetivos assumidos além das normas (Koskenniemi, 2007, p. 10-12). Por consequência, o constitucionalismo não está necessariamente amarrado a um projeto institucional – europeu ou qualquer outro.

De acordo com Koskenniemi, “menos que um projeto arquitetônico, o constitucionalismo deve ser um programa de regeneração política e moral. Isso é o que pretendo dizer com a descrição de um constitucionalismo como ‘mentalidade’” (2007, p. 18).<sup>58</sup> Essa mentalidade constitucional não está, *a priori*, ligada a qualquer instituição, é uma mentalidade construída na perspectiva kantiana de liberdade como fidelidade à lei. Nesse contexto, autonomia e liberdade somente podem existir em relação a um direito concebido universalmente (2007, p. 24).

Para Koskenniemi (2007), a virtude do constitucionalismo no mundo internacional decorre da crítica ao foco universalizador, justamente aquele em que J. J. Canotilho se pauta para definir o princípio da dignidade humana como fundamento de todas as Constituições. Para ele, a concepção universalista de direitos humanos permite a publicidade e condenação da extrema desigualdade econômica e social no mundo, e é o constitucionalismo que pode dotar a desigualdade econômica e social de um significado simbólico que os eleva além da individualidade. (KOSKENNIEMI, 2007, p. 35-36). A linguagem constitucional pode ser utilizada para mostrar que o sofrimento causado por uma violação aos direitos humanos – considerados não apenas como direitos de primeira geração, mas também direitos socioeconômicos – é maior que o sofrimento privado. O uso desse vocabulário constitucional confere nova dimensão ao sofrimento individual, demonstrando que tais violações afetam não somente a vítima, mas toda a humanidade.

---

<sup>58</sup> Tradução nossa. No original: “*Less than an architectural project, constitutionalism would then be a programme of moral and political regeneration. This is what I mean by the description of constitutionalism as a ‘mindset’*”. (KOSKENNIEMI, 2007, p. 18). Complementando: “*Somehow, the very idea of international law implied a systematic view of the materials: the application of any one rule presumes the presence of principles about how to determine the rule’s validity, whom it binds, how to interpret it, and what consequences might follow from its breach. You could not just take one bit and leave the rest aside: il n’y pas de hors-droit*”. (KOSKENNIEMI, 2007, p. 19).

Assim, o constitucionalismo como mentalidade (KOSKENNIEMI, 2007) é ainda mais profundo que o constitucionalismo orgânico global (SCHWÖBEL, 2010), porque não apenas rejeita o universalismo e valores pré-políticos em favor de uma política discursiva para o constitucionalismo, mas muda o paradigma sobre o qual se pauta o constitucionalismo internacional atual, valorando mais os direitos sócioeconômicos que os direitos de liberdade.

Nesse sentido, o professor George Galindo (2011, no prelo) tece severas críticas ao constitucionalismo do direito internacional justamente porque se baseia em direitos de primeira geração – liberdades fundamentais – e não em direitos sociais de segunda geração.

Mireille Delmas-Marty entende que “caso se deseje evitar uma mundialização do tipo hegemônica, é necessário aprender a conjugar economia e direitos do homem para inventar um direito comum realmente pluralista” (2003, p. 4). Para ela, “enraizados no individualismo ocidental, os direitos do homem marcam o esquecimento da solidariedade que os fundou e ainda mantém as sociedades tradicionais, ao sul como ao oeste” (2003, p. 22).

Essa revisão crítica do constitucionalismo global vai ao encontro da globalização contra-hegemonica, que vem ocorrendo desde os anos 90, na qual novas concepções de direitos humanos emergem, oferecendo alternativas à concepção liberal norte-cêntrica que até então dominara com inquestionável supremacia.<sup>59</sup> A partir dessa globalização contra-hegemonica, o sul global – entenda-se países de terceiro mundo ou subdesenvolvidos – começa a questionar a concepção tradicional dos direitos humanos, mostrando que a fonte primária de massivas violações de direitos humanos reside na dominação do norte global sobre o sul, intensificada pelo capitalismo neoliberal.<sup>60</sup> O enfrentamento entre globalização hegemônica e a globalização contra-hegemonica revela que, em muitos aspectos, as políticas de direitos humanos são políticas culturais. (SANTOS, 2006, p. 436-437).

Boaventura Sousa Santos também critica a concepção tradicional dos direitos humanos. Para ele, enquanto esses direitos forem concebidos como universais, tenderão a operar como localismo globalizado. Para operarem como uma forma de globalização contra-

---

<sup>59</sup> “Nos termos desta concepção, o Sul global é intrinsecamente problemático no que toca ao respeito pelos direitos humanos, enquanto que o Norte global é exemplo desse respeito e procura, com a ajuda internacional, melhorar a situação dos direitos humanos no Sul global. Com a emergência da globalização contra-hegemonica, o Sul global começou a poder questionar de modo credível esta concepção, mostrando que a fonte primária das mais massivas violações de direitos humanos – milhões e milhões de pessoas condenadas à fome e malnutrição, pandemias e degradação ecológica dos seus meios de subsistência – reside na dominação do Norte global sobre o Sul global, agora intensificada pelo capitalismo neoliberal global” (SANTOS, 2006, p. 436-437).

<sup>60</sup> Uma prova dessa força contra-hegemonica do sul, de que fala Boaventura Sousa Santos, é a repercussão das decisões da Corte Interamericana não apenas no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, mas também no sistema europeu e africano de proteção.

hegemônica, os direitos humanos têm de ser reconceitualizados com multiculturais.<sup>61</sup> A sua concepção tradicional como direitos universais tende a ser sempre um instrumento do “choque de civilizações”, ou seja, uma arma do Ocidente contra o resto do mundo (“*the West against the rest*”). Para Boaventura, a abrangência global desses direitos somente será obtida à custa da sua legitimidade local. (SANTOS, 2003, p. 438).

Assim, a maior crítica à ideia de uma constituição global – ou ao constitucionalismo global convencional – é justamente a exclusividade do ocidentalismo nessa pretensa ordem de direitos e garantias internacionalmente reconhecidos, a partir de sua visão do universal. Isso porque valores inerentes a Estados do chamado “terceiro mundo”, “subdesenvolvidos”, e suas e necessidades essenciais dificilmente são considerados nessa visão tradicional. Pensar diferente é sobrepor um ideal de direitos humanos, desconsiderando a abertura que o subjetivismo da realidade proporciona.

O questionamento quanto à exclusividade do ocidentalismo e a proposta de globalização contra-hegemônica despertaram o interesse por estudar o controle de convencionalidade latino americano.

Infelizmente, a Convenção Americana de Direitos Humanos pouco trata dos direitos sociais.<sup>62</sup> Foram necessários dois pactos para que eles fossem mais amplamente reconhecidos no sistema interamericano, que ainda tem muito que evoluir no sentido da concretização desses direitos. Assim, a Comissão e a Corte Interamericana poderão atuar não apenas com foco nos direitos e garantias individuais, mas também efetivando os direitos sociais. O próprio Pacto de São José prevê que a Comissão e a Corte Interamericana podem analisar violações a esses direitos com base em outros tratados de direitos humanos.<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> Boaventura propõe um diálogo intercultural sobre a dignidade humana como premissa para uma política contra-hegemônica de direitos humanos. Em vez de recorrer a falsos universalismos, essa política deve se organizar como uma constelação de sentidos locais constituída em rede de referências normativas capacitantes, superando o debate sobre universalismo e relativismo. Parte dos princípios de que “todas as culturas possuem concepções de dignidade humana, mas nem todas elas a concebem em termos de direitos humanos” e que “todas as culturas são incompletas e problemáticas nas suas concepções de dignidade humana. A incompletude provém da própria existência de uma pluralidade de culturas, pois se cada cultura fosse tão completa com se julga, existiria apenas uma só cultura” (SANTOS, 2003, p. 446).

<sup>62</sup> Apenas o artigo 26 da Convenção trata desses direitos, *verbis*: “Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados”. (OEA, 1969).

<sup>63</sup> De acordo com o artigo 31 da Convenção Americana, “Poderão ser incluídos, no regime de proteção desta Convenção, outros direitos e liberdades que forem reconhecidos de acordo com os processos estabelecidos nos artigos 69 e 70”. (OEA, 1969). E o artigo 64 o complementa: “Artigo 64 - 1. Os Estados-membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os

Mas esse é um passo que, apesar de importante, ainda está longe de ser dado. Se os órgãos do sistema de proteção interamericano encontram dificuldades de implementação doméstica de suas recomendações e decisões quanto aos já consagrados direitos de primeira geração, muito mais obstáculos encontram à efetivação dos direitos sociais, justamente porque são, tradicionalmente, concebidos como programáticos. Se os direitos humanos hoje, sessenta anos após a DUDH estão iniciando a caminhada rumo ao seu reconhecimento, a efetivação internacional dos direitos sociais é apenas uma ideia embrionária.

#### 2.4. SOBERANIA ESTATAL EM CHEQUE?

Após analisarmos detidamente as teorias acerca das relações horizontais entre Estados no direito internacional e a constitucionalização do direito internacional além das teorias sobre o constitucionalismo global, chega o momento de encararmos as seguintes perguntas: a soberania dos Estados é relativizada pelo direito internacional dos direitos humanos? As decisões das Cortes internacionais de justiça podem se sobrepor às decisões das Cortes constitucionais domésticas?

Para Luigi Ferrajoli (2007), a construção teórica da soberania se baseia em três ideias: a representação da ordem mundial como sociedade natural de Estados soberanos; a teorização dos direitos naturais dos povos e dos Estados; e a reformulação da doutrina cristã da “guerra justa”. Explica que, inicialmente, a sociedade medieval universalista foi substituída por uma sociedade internacional de Estados nacionais, independentes, soberanos e subordinados ao *jus gentium*. A soberania estatal era identificada como um conjunto de direitos naturais dos povos que fornecia “o alicerce ideológico do caráter eurocêntrico do direito internacional, dos seus valores colonialistas e até mesmo das suas vocações belicistas” (FERRAJOLI, 2007, p. 10). Com os Estados nacionalistas, a “guerra justa” foi redefinida como sanção voltada a assegurar a efetividade do direito internacional. A guerra seria lícita e necessária porque os Estados estariam submetidos ao *jus gentium* e não haveria um tribunal superior que pudesse obrigar o cumprimento de uma norma internacional. Como consequência, o direito à guerra adquire

---

órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires”. (OEA, 1969).

uma série de limitações, seja quanto aos seus pressupostos (*jus ad bellum*) ou quanto às suas modalidades (*jus in bello*).<sup>64</sup>

Os resíduos de absolutismo sucumbiram, no decorrer do século XX, à rigidez das constituições como normas superiores às leis ordinárias. Para Luigi Ferrajoli (2007), com a subordinação do Poder Legislativo à lei constitucional e aos direitos fundamentais, o modelo de Estado de direito aperfeiçoa-se no modelo do Estado constitucional de direito; e a soberania interna dissolve-se porque aqui todos os poderes estão subordinados ao direito. A soberania externa dos Estados nacionais, por sua vez, se aproxima da absolutização com as guerras e conquistas coloniais, alcançando seu ápice na primeira metade do século XX.

Essa soberania externa absoluta inicia seu processo de decadência após as duas grandes guerras mundiais (1914-1945), com a assinatura da Carta das Nações Unidas (1945) e da Declaração Universal (1948).<sup>65</sup> As instituições supranacionais e interestatais começam a evoluir e iniciam o processo de relativização da soberania (HÄBERLE; KOTZUR, 2003, p. 94). A soberania deixa de ser uma liberdade absoluta e passa a se subordinar, juridicamente, a documentos internacionais, sob o imperativo da paz e da tutela dos direitos humanos. “É a partir de então que o próprio conceito de soberania externa torna-se logicamente inconsistente e que se pode falar, conforme a doutrina monista de Kelsen, do direito internacional e dos vários direitos estatais como de um ordenamento único” (FERRAJOLI, 2007, p. 40).<sup>66</sup>

Nesse novo ordenamento internacional, são sujeitos de direito não apenas os Estados – titulares originários –, mas as organizações internacionais, os indivíduos e os povos. A soberania se transforma numa categoria antijurídica, uma negação do direito, porque “é a

---

<sup>64</sup> Marcus Kotzur destaca que “A antiguidade conhecia já diversas formações estatais independentes entre si, mas a ideia da soberania do Estado surgiu muito tempo depois. Os inícios se encontram na Idade Média, quando Carlos Magno associa a visão de um Império Romano renovado com uma pretensão de domínio universal, marcando com seu selo o conflituoso dualismo entre o imperador e o papa sobre a questão da legitimidade do poder do Estado e da Igreja. Junto com a distribuição de competências entre os governantes seculares e espirituais, a discussão sobre o *jus ad bellum justum*, isto é, o poder de decisão sobre a guerra e a paz, deu um impulso inicial ao pensamento europeu sobre a soberania” (HÄBERLE; KOTZUR, 2003, p. 90). Mas foi Jean Bodin quem criou o texto clássico da soberania moderna. “Sua definição de *souveiraneté*, ou da *summa potestas como in cives ac subditos legibus soluta potestas* (‘poder sobre cidadãos e súditos não sujeito às leis’), constitui a base teórica do poder soberano do Estado como poder supremo, permanente, indivisível e, em princípio, juridicamente irresponsável. Mas o mesmo Bodin destaca que, em sua concepção, a *summa potestas* está submetida, por um lado, ao direito divino e natural, e por outro, à *lex omnium gentium communis* (‘a lei comum de todos os povos’), é dizer, o direito natural” (*Ibid.*, p. 90-91). (tradução nossa).

<sup>65</sup> “Com a Liga das Nações, se delineou uma nova concepção da soberania, a qual conduz à elaboração da Carta das Nações Unidas. Nessa nova concepção, o direito à guerra se considera um anacronismo e a ideia de um sistema de segurança coletiva assume seus contornos iniciais (pacto Briand Kellog de 1928). A *liberté de guerre*, que até este momento era um atributo destacado da soberania, deixa de existir” (HÄBERLE; KOTZUR, 2003, p. 94). (tradução nossa).

<sup>66</sup> “A soberania, que já se havia esvaziado até o ponto de dissolver-se na sua dimensão interna com o desenvolvimento do Estado constitucional de direito, se esvanece também em sua dimensão externa na presença de um sistema de normas internacionais caracterizáveis como *jus cogens*, ou seja, como direito imediatamente vinculador para os Estados membros”. (FERRAJOLI, 2007, p. 41).

ausência de limites e de regras, ou seja, é o contrário daquilo em que o direito consiste” (FERRAJOLI, 2007, p. 44).<sup>67</sup>

A soberania hoje não se refere ao poder absoluto do monarca ou ao poder originário e ilimitado de um povo supostamente homogêneo, mas se fundamenta na autodeterminação do indivíduo como elemento central de sua dignidade humana e de seu papel ativo na comunidade política. Para Kotzur, “a autodeterminação do indivíduo se converteu em elemento constitutivo do conceito pós-revolucionário e do conceito moderno de soberania” (*Ibid*, p. 112).

Assim como o Estado existe para o homem e, ao mesmo tempo, tem que ser interpretado de maneira “humana” e “referida à humanidade”, a soberania se legitima a partir da garantia da liberdade humana, para qual se requer um Poder Legislativo, um Poder Executivo e um Poder Judiciário que sejam eficazes. O Estado é uma “forma de realização da liberdade”; seu monopólio da violência e da aplicação do direito faz efetiva a proteção dos direitos humanos. Mas o Estado também está vinculado às garantias supraestatais dos direitos humanos, contra as quais não se pode alegar, como escudo, a soberania. (HÄBERLE; KOTZUR, 2003, p. 112-113). (tradução nossa).

Os pactos e convenções internacionais e regionais de direitos humanos concretizam, nesse sentido, o mandato soberano dos Estados. Do ponto de vista dos direitos humanos, a soberania não é definida pelo poder ilimitado do Estado. O direito internacional dos direitos humanos confere margem de atuação às unidades políticas constituídas em nível nacional e supraestatal.<sup>68</sup> “Soberania, assim, termina sendo a liberdade que resta ao Estado após o cumprimento de todas as suas obrigações internacionais” (BARBOSA, 2005, p. 249).

Uma concepção da soberania atual tem que ser desenvolvida através de uma complexa rede de vínculos supraconstitucionais que envolve Estados, indivíduos e grupos sociais e, ao mesmo tempo, com apoio na concepção histórica do termo, como apresentada acima. Essa rede relativiza o vínculo entre Estados e seus cidadãos. É a constituição e a rede de ordenamentos constitucionais parciais que criam os pressupostos da soberania atual. Reflexo disso são a *local remedies rules* nos pactos internacionais de direitos humanos, que deixam de

<sup>67</sup> Para Luigi Ferrajoli (2007), a superação da “crise” dos Estados nacionais como sujeitos soberanos depende da aceitação de sua “despotencialização” e do deslocamento para o plano internacional dos direitos e garantias constitucionais, tradicionalmente vinculados ao Estado.

<sup>68</sup> Para Marcus Kotzur, “o direito constitucional e o direito internacional ilustram, precisamente através de suas múltiplas interrelações, a realidade do Estado constitucional aberto e cooperativo” (HÄBERLE; KOTZUR, 2003, p. 115). Esse modelo cooperativo – no sentido proposto por Peter Häberle no primeiro capítulo – conduz a interrelações cooperativas da soberania.

sobrecarregar as instâncias internacionais e preservam as competências dos tribunais nacionais.

A decisão que afeta diretamente o cidadão deve ser tomada em nível local. Somente quando se tenha esgotado a via judicial interna e, pela razão que for, não se tenha outorgado proteção jurídica suficiente, suscitará a competência da instância internacional. Assim, nesse âmbito, a comunidade de nações se converte em titular de decisões parcialmente soberanas a serviço do ser humano. (HÄBERLE; KOTZUR, 2003, p. 107). (tradução nossa).

Para Marcus Kotzur, “somente uma concepção instrumental da soberania, a serviço do ser humano, pode justificar qualquer forma de exercício do poder” (HÄBERLE; KOTZUR, 2003, p. 111).

No mesmo sentido, Flávia Piovesan assinala que, no vigente direito internacional da cooperação e solidariedade, o sistema de proteção dos direitos humanos surge como um mecanismo suplementar, quando os Estados são omissos ou falhos na proteção desses direitos. Quando o Estado acolhe o aparato internacional de proteção, bem como as obrigações internacionais decorrentes da ratificação de um tratado, aceita o monitoramento internacional no que se refere ao modo pelo qual os direitos fundamentais são respeitados em seu território, e consente a fiscalização internacional (PIOVESAN, 1999, p. 78).

Ao se colocarem problemas práticos que requeiram a compatibilização da jurisdição internacional com a interna, como veremos a seguir neste trabalho, os procedimentos internacionais devem ocupar uma posição subsidiária. Para que não existam conflitos entre ambas as esferas, deve-se recorrer aos meios previstos nos tratados internacionais de direitos humanos, como o prévio esgotamento dos recursos de direito interno, as cláusulas de derrogação, além da possibilidade do estabelecimento de reservas por alguns Estados. Ressalte-se que, para o direito internacional, a própria norma constitucional de um Estado é vista como um mero fato, que deve ser compatibilizado com as normas internacionais (BARBOSA, 2005, p. 250-251).

E se, mesmo um Estado sendo signatário de um tratado internacional, como a Convenção Americana, ele se recusar a cumprir as recomendações e decisões de seus órgãos? Karina Barbosa lembra que, nessa hipótese, haveria uma violação adicional da convenção, “isso é, ao Estado seria imputada não apenas as violações cometidas contra as pessoas sob a

jurisdição estatal, mas também contra a própria convenção ou tratado internacional” (*Ibid*, p. 254).<sup>69</sup>

Os Estados, ao ratificarem um tratado de direitos humanos, se obrigam, por sua exclusiva vontade, a respeitá-lo, conforme o princípio da boa fé. Como visto, em relação aos tratados internacionais de direitos humanos, a soberania dos Estados se manifesta em dois momentos: na assinatura e na ratificação.<sup>70</sup>

É a relativização da soberania dos Estados que permite um órgão jurisdicional internacional, como a Corte Interamericana, verificar a compatibilidade de atos domésticos com a Convenção Americana de Direitos Humanos e declarar a nulidade de leis internas que afrontam direitos previstos na Convenção.

Assim, essa concepção hodierna de soberania, pautada numa rede de vínculos supraconstitucionais que envolve os Estados e no princípio da dignidade humana como elemento central da comunidade internacional, permite que decisões de Cortes internacionais se sobreponham a decisões das Cortes constitucionais domésticas na seara dos direitos humanos.

---

<sup>69</sup> “Observe-se que todo Estado parte na Convenção Americana é obrigado a cumprir com as decisões da Corte, de forma imediata e integral, pelo que prescreve o artigo 68 da Convenção. Se as decisões da Corte tivessem que se ajustar aos ordenamentos jurídicos internos dos Estados partes para serem executáveis, a proteção internacional do Direito Internacional dos Direitos Humanos resultaria ilusória e ficaria à inteira discricionariedade do Estado e não do órgão internacional”. (BARBOSA, 2005, p. 254).

<sup>70</sup> “Uma vez que estes entram em vigor, não há espaço para a invocação da soberania em sua interpretação e aplicação, o que tampouco faria sentido” (TRINDADE *apud* BARBOSA, 2005, p. 258).

### **3. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS**

Após termos tratado vários aspectos da relação entre direitos internos e direito internacional, ressaltado a importância dessa integração para a proteção dos direitos humanos e a relativização da soberania estatal em prol da proteção dos direitos humanos, passaremos ao cerne do presente trabalho, que é o estudo do controle de convencionalidade.

As teorias acerca da relação entre direito interno e internacional nos mostraram que cada uma delas pode ser mais adequada ao momento histórico de cada Estado para explicar – aproximadamente – como se dá essa relação. Analisamos, na prática, como ocorre o processo de internalização das normas de direito internacional no Brasil e as hierarquias que assumem quando integram nosso ordenamento jurídico.

Vimos também diversas teorias que tentam explicar o modo como os Estados interagem entre si e com organizações na seara internacional, principalmente no âmbito jurídico, como o Estado constitucional cooperativo, o interconstitucionalismo e o transconstitucionalismo, e que, no atual estágio das globalizações, a crescente interdependência social, econômica, política e cultural dos Estados faz com que posturas fechadas ao diálogo e ao isolamento dos Estados sejam exceções no cotidiano das relações internacionais. Por isso, todas essas teorias são válidas e podem ser aplicadas como modelos para as relações horizontais entre Estados na esfera internacional.

Aprofundando as relações horizontais, estudamos a constitucionalização do direito internacional e as teorias acerca do constitucionalismo global, de Canotilho; do constitucionalismo orgânico global, de Schwöbel; e do constitucionalismo como mentalidade, de Koskenniemi. Demonstramos, ao final, nossa concordância com a proposta de Koskenniemi, do constitucionalismo como mentalidade, porque busca mudar o paradigma sob o qual se pauta o constitucionalismo internacional, valorando mais os direitos sócioeconômicos que os direitos de liberdade. Isso porque critica a exclusividade do ocidentalismo na pretensa ordem de direitos humanos e garantias reconhecidos, a partir de sua visão do universal, e inclui valores e necessidades inerentes a Estados subdesenvolvidos.

Neste capítulo, trataremos do controle de convencionalidade com maior profundidade para, ao final, estudarmos o comportamento brasileiro frente às decisões da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, pautados em estudos de casos.

### 3.1. SISTEMAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Hans-Joachim Heintze observa que “apesar de os direitos humanos serem universais, podem haver especificidades regionais. Importante é a existência de um alicerce básico e universal dos direitos humanos” (ESMPU, 2010, p. 23). E considerando o alicerce universal e as especificidades regionais, trataremos agora dos sistemas universal e interamericano de proteção de direitos humanos. Até mesmo porque o artigo 29.d da Convenção Americana diz que ela deverá ser interpretada em consonância com outros atos internacionais da mesma natureza, e o artigo 31 dispõe que “poderão ser incluídos no regime de proteção desta Convenção outros direitos e liberdades que forem reconhecidos de acordo com os processos estabelecidos nos artigos 76 e 77” (CIDH, 1969). O artigo 64 da CADH reconhece como competência da Corte Interamericana a interpretação da Convenção “ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos” (*Idem*).

#### 3.1.1. O sistema universal de proteção dos direitos humanos

Antes da Segunda Guerra Mundial, os direitos humanos eram parte do domínio reservado dos Estados, por isso não havia mecanismos de proteção internacional, apesar de, em 1919, ter sido criada a Sociedade das Nações (Liga das Nações).

Depois da guerra, a comunidade internacional tentou preservar as gerações vindouras dos flagelos da guerra, por meio de um sistema de segurança coletiva, através da Carta da ONU. Nesse sistema, os Estados membros deveriam cooperar estreitamente, evitando graves violações dos direitos humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH) foi o ponto de partida para a construção do sistema de proteção das Nações Unidas e é referência para todos os outros tratados internacionais. Paralela à elaboração da DUDH, a Organização das Nações Unidas buscou elaborar a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), como decorrência do holocausto ocorrido no período da Segunda Guerra Mundial. Em 1966, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas adotou o Pacto Internacional

sobre Direitos Civis e Políticos (Pacto Civil) e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pacto Social).

Dentre as convenções da ONU que se seguiram aos pactos, merece destaque neste trabalho a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984. Essa convenção obriga os Estados partes a adotarem medidas legislativas, administrativas, judiciais ou outras necessárias para impedir a tortura, não se podendo invocar casos excepcionais – como guerra ou sua ameaça, instabilidade política interna, ou outra emergência – como justificativa para a sua prática.<sup>71</sup> O Comitê contra a tortura monitora a aplicação da convenção, recebendo relatórios estatais obrigatórios ou, eventualmente, efetuando queixas dos Estados ou individuais. Pode também conduzir inquéritos, mas inquéritos locais somente podem se dar com autorização do Estado. A fim de se atingir uma prevenção eficaz, criou-se um Subcomitê da Convenção – um organismo com poder de realizar visitas in loco, sem convite prévio.

A Convenção Internacional para a Proteção de Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, de 2006, que ainda não entrou em vigor porque não atingiu o número mínimo de vinte ratificações – apesar de mais de oitenta Estados a terem assinado, dentre eles o Brasil, em 2007. Essa convenção tem uma significativa importância para os Estados da América Latina, em virtude do largo cometimento desse crime contra opositores do regime político ao longo das ditaduras militares entre as décadas de 1970 e 1980.

Além do sistema dos *treaty bodies* apresentado, a ONU possui seu próprio mecanismo de proteção dos direitos humanos, sendo o Conselho de Direitos Humanos (CDH) seu órgão central. O conselho é responsável por promover o respeito pela proteção aos direitos humanos, sem distinção de espécie alguma e de maneira justa e igualitária. Ocupa-se, principalmente, com violações graves e sistemáticas desses direitos e pode tecer recomendações nessa seara, bem como promover a coordenação e a integração sem exceções de questões de direitos humanos no sistema das Nações Unidas. Ele é responsável pela educação desses direitos, pela prestação de serviços de consultoria e por apresentações de recomendações para o desenvolvimento do direito internacional nessa área à Assembleia-Geral da ONU. (ESMPU, 2010, p. 59).

---

<sup>71</sup> Hans-Joachim Heintze destaca que “a tortura é um crime universal. Por isso, os Estados partes devem iniciar uma investigação se houver prática de tortura de suspeitos sob sua jurisdição. Se a suspeita proceder, valerá o princípio *aut dedere aut iudicare*” (ESMPU, 2010, p. 50). Desse modo, o autor do crime será extraditado ou punido, sendo esta última opção utilizada quando o mesmo não puder ser extraditado ou não for punido no Estado extraditando em virtude de imunidade ou indulto, por exemplo.

Todos os Estados partes da ONU devem submeter-se a uma revisão periódica universal, entregando um relatório sobre a atuação dos direitos humanos em sua jurisdição, produzido em conjunto com atores não estatais. Outro relatório é entregue pelo secretariado da ONU, baseado em informações dos relatores especiais e, um último, apresentado por Organizações Não Governamentais (ONGs).

O Comitê consultivo é um órgão da CDH, juntamente com o Alto-Comissariado da ONU para Direitos Humanos, que compõe o Secretariado das Nações Unidas e tem a tarefa de promover e proteger os direitos humanos, através de pesquisas e seminários. A Assembleia-Geral da ONU possui responsabilidade por todas as questões no âmbito de seu estatuto, com exceção dos poderes reservados ao Conselho de Segurança. Sua importância se dá no fato de que é ela quem aprova todos os tratados de direitos humanos no âmbito do sistema universal e os recomenda para os Estados. O Conselho de Segurança tem a responsabilidade principal pela paz mundial e deve agir em caso de ameaça a essa paz, como graves violações em massa dos direitos humanos.

No nível regional, temos três sistemas que se destacam: o sistema europeu de proteção aos direitos humanos, o interamericano e o africano.

Esses sistemas de proteção – universais e regionais – se desenvolveram concomitantemente e são complementares uns aos outros, haja vista que, no direito internacional, um sistema não se sobrepõe ao outro – o que caracteriza esse direito como fragmentário (GALINDO, 2000).<sup>72</sup>

O direito internacional dos direitos humanos se impõe, principalmente, no âmbito doméstico, pelos tribunais nacionais e demais órgãos estatais – que têm o dever de respeitá-los –, e no internacional, por órgãos convencionais – comitês e cortes internacionais –, por órgãos políticos – como o Conselho de Direitos Humanos e o Conselho de Segurança da ONU –, ou pelos tribunais penais – como o Tribunal Penal Internacional, o Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) e o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (TPIY). Podemos incluir ainda – por que não? – a afirmação descentralizada dos direitos humanos por meio de protesto e boicote feitos pelos indivíduos em suas redes de organização não governamentais.

---

<sup>72</sup> Mireille Delmas-Marty assinala que “a fragmentação dos direitos do homem marca uma resistência em relação ao universalismo da Declaração de 1948, ainda que ela tenha sido reafirmada por 180 estados e pelos textos regionais que referem-se à ela, parecendo aceitar seu caráter universal” (2003, p. 26).

### 3.1.2. O sistema interamericano de proteção

Cançado Trindade (2000) identifica cinco etapas básicas da evolução do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, que se sobrepõe no tempo.

A primeira, relativa aos antecedentes do sistema, marcou-se pela mescla de instrumentos de conteúdos e efeitos jurídicos variáveis – convenções ou resoluções orientadas a determinadas situações. Ilustram esse período as Convenções sobre direito dos estrangeiros (1902 e 1928) e de cidadãos naturalizados (1906), a Convenção sobre asilo (Havana, 1928) e as Convenções sobre asilo diplomático e territorial (Caracas, 1954), entre outras. Dentre todos os documentos internacionais, foi a Declaração Americana de direitos e deveres do homem (1948) que firmou a base normativa para a adoção posterior da Convenção Americana (1969), ao proclamar os direitos nela consagrados como inerentes à pessoa humana, proporcionando uma visão integral dos direitos humanos (civis, políticos, econômicos, sociais e culturais) à semelhança da DUDH.

A segunda fase foi a formação do sistema interamericano de proteção, a partir da Organização dos Estados Americanos (OEA), inicialmente composto apenas da Comissão Interamericana, que expandiu suas funções gradualmente. É importante destacar que essa organização não foi criada somente para cuidar de direitos humanos, mas se utilizou de sua estrutura para a formação do sistema americano de proteção.

No final dos anos 50, foi criada a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), no âmbito da OEA, como órgão de proteção aos direitos humanos. Aos poucos, suas funções foram se ampliando, passando a compreender, além do sistema de relatórios, o exame de comunicações, visitas a Estados e preparo de estudos e seminários informativos. Com o Protocolo de reformas da Carta da OEA, que entrou em vigor em 1970, a Comissão Interamericana foi erigida ao posto de um dos principais órgãos da organização, fortalecendo, assim, seu status jurídico. A CIDH, como órgão da OEA, tem a tarefa de conduzir investigações abstratas (estudos e relatórios). A atuação da Comissão foi elemento decisivo para a evolução do sistema interamericano de proteção (TRINDADE, 2000).

Na terceira fase, houve a institucionalização do sistema interamericano, a partir da entrada em vigor da Convenção Americana de Direitos Humanos nos Estados do continente – que ocorreu, no Brasil, em 1992.

É interessante destacar que a Convenção também prevê a possibilidade de que certos direitos e garantias fundamentais sejam suspensos sob determinadas circunstâncias, conforme o disposto em seu art. 27. Em caso de guerra, perigo público ou outra situação de emergência que ponha em risco a independência ou a segurança do Estado parte, poderão ser suspensos alguns dos direitos protegidos pelo Pacto, desde que tal ato não seja incompatível com as demais obrigações do Direito Internacional e não constitua discriminação baseada em raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.

Mas existem certas garantias que nunca poderão ser suspensas, como o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal, à liberdade de pensamento e à liberdade religiosa, entre outros previstos no inc. 2o do art. 27 daquele instrumento internacional.

Outro ponto a ser ressaltado é que, em razão de sua natureza, os direitos civis e políticos são auto-aplicáveis, podendo o seu cumprimento ser exigido desde o momento em que a Convenção entrou em vigor. Já os econômicos, sociais e culturais são direitos programáticos, que necessitam de tempo pra serem implementados pelo Estado. Desse modo, as formas de se cobrar a sua observância são diferentes. Os primeiros são supervisionados tanto pela Comissão quanto pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, e seu descumprimento pode gerar responsabilidade internacional para o Estado, de imediato. Os segundos, em regra, são supervisionados apelas pela Comissão Interamericana, que se restringe a acompanhar as políticas estatais por meio de relatórios periódicos encaminhados pelos governos e a solicitar a avaliação de outros órgãos da OEA, podendo formular as recomendações que considerar pertinentes, consoante o art. 19 do Protocolo de San Salvador e o art. 64 do Regulamento da Comissão. Os relatórios da Comissão são incluídos no relatório anual a ser encaminhado à Assembleia-Geral da organização. (COELHO, 2008, p. 61-62).

Apenas Estados membros da OEA podem participar do Pacto de São José da Costa Rica. Dos trinta e cinco membros da OEA, vinte e cinco Estados hoje são parte na Convenção Americana e, dentre esses, vinte e dois reconheceram também a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Mas duas importantes nações do continente americano não se submeteram à Convenção, os Estados Unidos e o Canadá – o primeiro firmou o compromisso, mas não ratificou, e o segundo, sequer assinou o Pacto (COELHO, 2008, p. 60). Assim, em tese, há um só sistema interamericano para verificação da responsabilidade do Estado por violações a direitos humanos. Mas, na prática, esse sistema é formado por dois procedimentos complementares: o da OEA e da Convenção Americana, aplicável somente a seus Estados partes Para estes, entende-se por direitos humanos aqueles consagrados na CADH, e para os Estados membros da OEA, considera-se o disposto na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (COELHO, 2008, p. 62-66).

A Comissão Interamericana até hoje participa tanto do sistema OEA quanto do sistema da Convenção Americana, atuando conforme cada uma. Pode fiscalizar todos os Estados, no âmbito da OEA, mas somente os Estados que se submeteram à Convenção Americana de

Direitos Humanos (CADH), nessa esfera. É competente para analisar comunicações entre Estados – um Estado pode reclamar contra o outro –, para verificar violações a direitos humanos nas Américas por meio de missões ou visitas *in loco*, e para analisar casos individuais.

A atuação perante a Comissão Interamericana se dá por meio da submissão de petições, que podem ser elaboradas por um indivíduo, grupo de pessoas ou por ONGs legalmente reconhecidas, e deve ser apresentada no prazo máximo de seis meses da decisão interna definitiva. É necessário também que tenham sido esgotados os recursos internos e que não haja litispendência internacional, e a petição deve ser interposta no prazo máximo de 6 meses da decisão interna definitiva.

A Comissão Interamericana, após o não acatamento das conclusões de suas recomendações pelo Estado, pode acioná-lo perante a Corte Interamericana (Corte IDH), caso o Estado tenha reconhecido sua jurisdição.<sup>73</sup> Além da Comissão, outros Estados partes da Convenção Americana também podem acionar o Estado violador perante a Corte, “já que a garantia de direitos humanos é uma obrigação objetiva de interesses de todos contratantes da Convenção Americana de Direitos Humanos” (RAMOS, 2001, 89).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) é instituição judiciária autônoma – e não membro da OEA – e suas atividades são desempenhadas com fundamento no direito interamericano e internacional, e seu âmbito de atuação se limita aos Estados partes da Convenção Americana que reconheceram a obrigatoriedade de sua competência contenciosa.

A Corte IDH tem competência consultiva e jurisdicional. A primeira abrange a interpretação dos tratados internacionais aplicáveis aos Estados membros da OEA, e a segunda, refere-se exclusivamente à aplicação de preceitos da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A quarta etapa corresponde à consolidação do sistema com a jurisprudência da Corte Interamericana e a adoção dos protocolos adicionais à Convenção sobre direitos econômicos, sociais e culturais (1998) e sobre a abolição da pena de morte (1990). A esses se somam a Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura (1985), a Convenção sobre o desaparecimento forçado de pessoas (1994), a Convenção para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (1994), e a Convenção Interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra pessoas portadoras de deficiências (1999).

---

<sup>73</sup> Aceitar a Convenção não significa aceitar sua jurisdição. Ademais, o caso pode ou não ser levado à Corte IDH, não há uma obrigatoriedade, mesmo que o Estado não cumpra as recomendações da Comissão.

A Corte tem conferido importância à especificidade dos instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos e ao amplo alcance de sua faculdade consultiva em seus primeiros pareceres. Tem tratado também de temas como liberdade de expressão e garantias judiciais – intangibilidade do recurso de amparo e do habeas corpus – mesmo em estado de emergência. Relaciona em seus pareceres aos direitos protegidos pela Convenção com a obrigação geral dos Estados de assegurar o seu respeito e de adotar as medidas legislativas e outras necessárias para conferir efetividade a tais direitos.

As decisões da Corte são obrigatórias para os Estados partes e suas decisões – tomadas colegiadamente – devem ser fundamentadas. Em caso de dúvida, qualquer das partes pode solicitar interpretação da sentença. Decisões de reparações podem ser emitidas quando a sentença não for líquida ou não especificar o que precisa ser feito. Os Estados têm a obrigação de cumprir integralmente a sentença jurisdicional da Corte IDH, conforme preceitua o artigo 68, 1, da Convenção. “Assim, exige-se o cumprimento no sistema interamericano por parte do Estado das necessárias obrigações de fazer e não fazer exigidas para que a vítima possa fazer valer o seu direito violado” (RAMOS, 2001, p. 95-96).

Lorena González Volio, funcionária do Instituto Interamericano de Direitos Humanos, indica que as sentenças da Corte IDH devem, primeiramente, ser executadas pelos tribunais nacionais, conforme o procedimento interno de cada Estado (2005, p. 317-318). O novo regulamento da Corte Interamericana – que passou a vigor a partir de janeiro de 2010 – dispõe que a supervisão de cumprimento de suas sentenças e outras decisões dar-se-á por meio de apresentação pela Comissão Interamericana de relatórios estatais e das correspondentes observações por parte das vítimas ou de seus representantes (Corte IDH, 2009).

Quando os Estados não implementarem as decisões da Corte, ela dará ciência à OEA, “que, por ser destinatária final dos informes da Corte e da Comissão, deve retomar suas funções de promoção de direitos humanos e de condenação aos Estados violadores de direitos protegidos”. (RAMOS, 2001, 98).

O não cumprimento por parte do Estado de suas obrigações internacionais, especialmente no tocante ao respeito pelos direitos humanos, tem reflexos imediatos, por meio de *horizontal enforcement*, com a comunicação ao órgão de cúpula do sistema regional e/ou global e aos Estados partes; elaboração de uma resolução incluída no relatório anual informando toda a situação de maus tratos e opressão e a falta de providências adequadas e eficazes; uso de todos os meios diplomáticos possíveis, além de medidas sancionatórias de caráter econômico, com a possibilidade de embargos. Isso é uma decorrência direta do fato de que existem milhares de pessoas que necessitam de algo mais que palavras de compreensão e da simpatia da comunidade internacional. Carecem de um

compromisso real, efetivo e permanente, traduzido em ações práticas, que os ajudem a terminar com os ciclos de violência e desmandos estatais. Muitas vezes, as Constituições nacionais, leis máximas de proteção, não conseguem ser instrumentos eficazes para conter os abusos, os arbítrios e violações dos direitos humanos e, por que não, de toda a humanidade. (BARBOSA, 2005, p. 255).

André de Carvalho Ramos tece críticas muito pertinentes à atuação da Organização dos Estados Americanos na execução e cumprimento das sentenças da Corte Interamericana:

No âmbito da OEA, a obrigação de garantia de direitos humanos é inserida no artigo 5º da Carta da OEA, mas não há nenhum procedimento expresso de edição de sanção por violação destes direitos protegidos. De fato, a Carta de Bogotá é omissa quanto à possibilidade de expulsão, por exemplo, de Estado violador contumaz de direitos humanos.

(...)

Assim, são necessárias reformas para aumentar a efetividade das decisões da Corte. Como sugestão, a sentença poderia ser executada em sua integralidade perante os Tribunais internos, ampliando-se a permissão observada no artigo 68 (2) da Convenção Americana.

Finalmente, deveria haver menção expressa ao poder-dever da Assembleia-Geral de estipular sanções aos Estados que descumprissem deliberação da Corte Interamericana de Direitos Humanos. (RAMOS, 2001, 99).

No mesmo sentido, Cançado Trindade reconhece que “a Corte ainda pode – e deve – em muito desenvolver sua jurisprudência sobre a obrigação geral de adotar medidas de direito interno, em relação aos deveres de proteção dos direitos garantidos sob a Convenção Americana” (TRINDADE, 2000, p. 48). Alerta que a sua jurisprudência tem se preocupado mais com o dever tríplice do Estado de prevenir, investigar e punir as violações de direitos protegidos, bem como reparação de danos e indenização pelas violações.

A partir da última década, vivencia-se o advento da quinta fase, que é a do fortalecimento do sistema interamericano de proteção (TRINDADE, 2000).

Esse fortalecimento ocorre com a adoção de dois Protocolos Adicionais à Convenção, o primeiro em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais (1988) e o segundo, relativo à abolição da pena de morte (1990). A esses, agregam-se a Convenção Interamericana para prevenir e repelir a tortura (1985) – que estabelece a responsabilidade individual pelo delito (artigo 3) e as obrigações dos Estados de prevenir e puni-lo, além do dever de compensação às vítimas -, a Convenção Interamericana sobre desaparecimento forçado (1994) – que estabelece as consequências jurídicas do delito internacional (artigo II), além responsabilidade individual dos agentes responsáveis e do Estado –, a Convenção

Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (1994) – que trata da questão no âmbito público e privado, a partir da integração entre direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais –, e, por fim, a Convenção Interamericana sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra portadores de deficiência física – que dispõe sobre medidas para a integração desses indivíduos de forma plena na sociedade.

Essa classificação proposta por Cançado Trindade (2000) é importante para situar a evolução do controle de convencionalidade, que ocorre concomitantemente às duas últimas etapas da evolução do sistema interamericano de proteção, a partir da consolidação das decisões da Corte e dos novos documentos internacionais, destinados à proteção mais abrangente dos direitos humanos nesse contexto.

### 3.2. RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL

Paralelamente ao desenvolvimento dos sistemas de proteção dos direitos humanos, desenvolveram-se as questões da sua garantia e da responsabilização pelas violações cometidas, seja individual ou estatal. Essa responsabilização tem origem no direito costumeiro e vem se desenvolvendo na jurisprudência dos tribunais internacionais, que têm reconhecido que a violação de normas internacionais de direitos humanos gera responsabilidade para os Estados e o dever de reparação para os Estados.<sup>74</sup>

A responsabilidade é característica essencial de um sistema jurídico, como o internacional (RAMOS, 2004), tendo seu fundamento no princípio da igualdade – formal – entre os Estados soberanos. Se um Estado reivindica o cumprimento das normas que o beneficiam, deve, por seu turno, cumprir as obrigações que lhe são impostas, sejam ou não interessantes a ele.

Essa responsabilidade, quando o agente violador de direitos humanos é o Estado, surge com a violação de uma obrigação, caracterizando um ato ilícito, que pode consistir, por exemplo, no descumprimento dos deveres básicos de garantia e respeito aos direitos inseridos na Convenção Americana de Direitos Humanos ou em qualquer outra norma internacional a

---

<sup>74</sup> Nesse sentido, André de Carvalho Ramos assinala que: “a responsabilidade do Estado consolidou-se no Direito Internacional graças a uma série de casos internacionais que atestou a existência de um princípio de Direito Internacional reconhecido pelos Estados de responsabilização e reparação de fatos internacionalmente ilícitos”. (RAMOS, 2004, 71).

que o Estado está obrigado. Ela pode ser entendida como a reação jurídica do direito internacional face ao descumprimento das obrigações internacionais assumidas pelos Estados.

Existem duas grandes correntes sobre a natureza dessa responsabilidade, a subjetiva e a objetiva. De acordo com a teoria subjetiva, para um Estado ser responsável perante o direito internacional não basta a mera violação a uma norma ou obrigação. A violação deve ser praticada com culpa. Essa doutrina baseia-se numa previsibilidade razoável ou numa previsão sem intenção de causar consequências – negligência inconsciente ou culpa lata.

Para a teoria objetiva, o Estado é responsável pela mera violação de uma norma internacional. A responsabilidade surge da simples verificação do nexo de causalidade entre o ilícito e o Estado. Para ambas as teorias, os atos *ultra vires* dos agentes estatais não afetam a responsabilidade do Estado. Aliás, o princípio da responsabilidade objetiva dita a irrelevância da intenção, do dolo do agente, como condição da responsabilidade (BROWNLIE, 2008, p. 437-441).

A teoria da culpa é que prevalece hoje no direito internacional geral, apesar das críticas quanto à dificuldade de sua comprovação.<sup>75</sup> Contudo, como se verá adiante, no campo dos direitos humanos, a teoria da culpa dos Estados tem sido descartada, especialmente na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Europeia.

A responsabilidade estatal pode ser direta ou indireta, por comissão ou omissão, convencional ou delituosa. É direta quando decorre de ato ilícito praticado por seu governo, seja um órgão ou seus agentes, e indireta na hipótese de o ilícito ser praticado por uma coletividade que tinha por função representar o Estado na ordem internacional. É convencional quando viola um tratado internacional, e delituosa quando o objeto da ofensa for uma norma costumeira (MELLO, 2004).

Dentre os três Poderes estatais tradicionalmente conhecidos, o Poder Executivo é o maior responsável pelos ilícitos internacionais que dão origem à responsabilidade internacional por violações de direitos humanos. Mas isso não exclui a possibilidade de se imputar ao Estado o ilícito resultante de atividades legislativas e judiciárias que descumpram obrigações internacionais assumidas pelo Estado.

Independentemente da tripartição dos poderes, para o direito internacional, somente o Estado possui personalidade jurídica, responsabilizando-se pelos atos de qualquer um de seus órgãos.

---

<sup>75</sup> Nesse sentido, para Ian Brownlie, a culpa – no sentido de negligência – deve ser relevante quando a demanda se pautar numa regra particular de direito. Para ele, a responsabilidade objetiva deve se tornar um princípio geral porque provê uma base melhor para a manutenção de bons *standards* nas relações internacionais e para a efetividade dos princípios da reparação (BROWNLIE, 2008, p. 439).

A responsabilidade internacional está relacionada com dois princípios: o da não intromissão nos assuntos internos e o do esgotamento dos recursos estatais. O princípio da não intervenção impede que outros Estados intervenham em assuntos internos uns dos outros. Na seara da responsabilidade internacionais, esse princípio é limitado pela prevalência dos direitos humanos, para evitar o cometimento de crimes massivos. Já o princípio do esgotamento de recursos internos para se recorrer a uma jurisdição internacional é uma manifestação da prevalência da jurisdição doméstica sobre a internacional (BECERRA RAMÍREZ, 2006, p. 21).

Há uma tendência no sentido de se admitir a responsabilidade internacional do Estado por crimes por ele praticado. Para Antonio Cassese, a responsabilidade internacional por violações cometidas pelo comportamento dos Estados não recai sobre o transgressor – o agente estatal individual –, mas sobre o grupo ao qual ele pertence – a comunidade estatal. Em outras palavras, coletiviza-se a responsabilidade no âmbito internacional. Isso significa que a comunidade estatal é responsável por cada violação ao direito internacional cometida por qualquer agente estatal, e que toda a comunidade pode sofrer as consequências desse ato (CASSESE, 2005, p. 6-8).

### **3.2.1. A responsabilidade internacional no sistema universal de proteção aos direitos humanos**

A atual regulamentação da responsabilidade internacional tem sido influenciada pelos debates travados na Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (CDI), que culminaram com a adoção do *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongfull Acts* pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 2001.<sup>76</sup> O seu artigo 19 prevê a possibilidade de os Estados serem responsáveis pelo cometimento de crimes e delitos internacionais.<sup>77</sup>

<sup>76</sup> De 1953 a 1961, o relator responsável foi García Amador, que concentrou os estudos na responsabilidade do Estado por danos causados a estrangeiros. De 1962 a 1980, Roberto Ago foi o responsável pelo estudo do tema, propondo uma análise mais abrangente, ocorrendo uma verdadeira “virada” na codificação da responsabilidade internacional, introduzindo inclusive a noção de crime internacional. A partir de 1980, outros relatores o seguiram, como Wilhelm Riphagen, Gaetano Arangio-Ruiz e James Crawford (GALINDO, 2000, p. 202).

<sup>77</sup> “Article 19. *Effect of this chapter. This chapter is without prejudice to the international responsibility, under other provisions of these articles, of the State which commits the act in question, or of any other State*”. Para o professor George Galindo, “Ao elaborar o art. 19, a Comissão, tendo em vista isso, concluiu que a opinião geral seria de que alguns desses atos genuinamente constituem em crimes internacionais, ou seja, que determinados

Os *Draft Articles* de 2001 se destacam do projeto inicial da CDI – sob a relatoria de Garcia Amador (1953-1961) –, que tratava apenas da responsabilidade internacional em relação a estrangeiros. Isso se deu graças à virada hermenêutica proposta por Roberto Ago, relator da Comissão de 1962 a 1980, que introduziu a noção de crimes internacionais e privilegiou o estudo das regras secundárias sobre responsabilidade internacional, conforme a distinção clássica de Herbert Hart (GALINDO, 2000, p. 202-204).

Para Herbert L. A. Hart, no clássico *O conceito de direito*, existem dois tipos de regras: as primárias e as secundárias. As regras primárias são aquelas decorrentes das próprias normas. A violação dessas regras dá origem às regras secundárias, destinadas a remediar a ineficácia de sua pressão social difusa. Essas normas secundárias conferem aos indivíduos “poder para proferir determinações dotadas de autoridade respeitantes à questão sobre se, numa ocasião concreta, foi violada uma regra primária” (HART, 1994, p. 106). Em outras palavras, as regras secundárias são criadas para regular as primárias.

Mas Hart critica a aplicação dessa ideia ao direito internacional. Ele entende que a ausência de um poder legislativo internacional, de tribunais com jurisdição obrigatória e de sanções centralmente organizadas, inspira desconfiança nesse ramo do direito. A ausência dessas instituições indica que as regras aplicáveis aos Estados se assemelham às formas simples de estrutura social, compostas apenas de regras primárias de obrigação (HART, 1994).

Essas regras, no direito internacional, correspondem aos costumes e tratados que contêm em si obrigações substantivas para os Estados – como imunidades diplomáticas e consulares, tratamento de estrangeiros, respeito pela soberania territorial, entre outras. Já as regras secundárias estabelecem em que condições uma violação da norma primária deve ocorrer e suas consequências legais dessa violação (CASSESE, 2005, p. 244). Essas regras secundárias correspondem à cessação de atos praticados – como tortura sistemática –, à garantia de não repetição ou obrigações de diligência – como educar novamente os agentes estatais ofensores, criar instâncias de reclamação –, e, por fim, a reparação do dano, que consiste na restituição, indenização e satisfação.

Os *Draft Articles*, em sua atual redação, conferem precisão a um número prévio de regras controversas de responsabilidade estatal, como a questão de quando a culpa é necessária ou da natureza dos danos sofridos pelo Estado lesado ou as circunstâncias de preclusão do ato ofensor. Os artigos distinguem duas categorias de responsabilidade: por

---

ilícitos são mais graves que outros, devendo possuir, portanto, consequências mais graves”. (GALINDO, 2000, p. 208).

violações ordinárias ao direito internacional e por violações graves de regras fundamentais que contêm em si valores fundamentais – como paz, direitos humanos, autodeterminação dos povos. O Estado ofendido pode optar por uma ação de força como forma de punir o Estado ofensor ou, em vez disso, requerer reparação.

A tentativa de resolução pacífica dos conflitos deve ocorrer obrigatoriamente antes das contramedidas, o que obriga os Estados a seguirem uma série de sucessivos passos. Primeiro, eles precisam requerer a reparação. Se esta não for possível ou satisfatória, devem tentar resolver o problema pacificamente, por meio de negociações, de conciliação, arbitragem. Apenas quando todas as tentativas falharem, podem os Estados adotar contramedidas, desde que pacíficas.

Antonio Cassese define como elementos subjetivos da responsabilidade estatal a imputabilidade de uma conduta contrária a uma obrigação internacional – ação ou omissão – e a culpa do Estado pelo cometimento do ato violador.

Os elementos objetivos são, por sua vez, a discrepância de uma conduta particular em relação a uma obrigação internacional, o dano material ou moral a outro sujeito de direito internacional e a ausência de circunstâncias excludentes de ilegalidade, como o consentimento do Estado injuriado, legítima defesa, estado de necessidade e perigo (CASESSE, 2005, p. 245-258).

Os *Draft Articles* da Comissão de Direito Internacional da ONU não preveem todos esses elementos, mas apenas dois: o primeiro é que a conduta deve ser atribuída a um Estado conforme o direito internacional (elemento subjetivo) e o segundo é que essa conduta corresponda a uma violação de uma obrigação internacional (elemento objetivo).<sup>78</sup> Não há, portanto, a necessidade de dano para ensejar a responsabilidade internacional.

As circunstâncias excludentes não se aplicam quando envolverem violações de obrigações derivadas de uma norma peremptória – *jus cogens*.<sup>79</sup> Por exemplo, um Estado não pode tomar como contramedida o genocídio, em reação à prática de genocídio cometida por outro Estado, *proibida* pelo *jus cogens*. A invocação dessas circunstâncias não exige a

---

<sup>78</sup> “Article 2. Elements of an internationally wrongful act of a State. There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission: (a) is attributable to the State under international law; and (b) constitutes a breach of an international obligation of the State”. (UNITED NATIONS, 2001).

<sup>79</sup> De acordo com o artigo 26 dos *Draft Articles*, “Nothing in this chapter precludes the wrongfulness of any act of a State which is not in conformity with an obligation arising under a peremptory norm of general international law”. (UNITED NATIONS, 2001).

compensação e reparação pelos danos materiais causados pelo ato ofensor.<sup>80</sup> (CASESSE, 2005, p. 245-258).

As graves violações ao direito internacional podem trazer consequências não apenas para o Estado infrator, mas para todos os Estados. Além disso, todos os Estados podem invocar a responsabilidade em relação a essas violações.

O artigo 40 dos *Draft Articles* estabelece dois critérios para distinguir uma violação ordinária de uma grave.<sup>81</sup> O primeiro se relaciona com as características da obrigação violada, que corresponde à norma de *jus cogens* no caso da grave violação a direitos humanos. O segundo qualifica a intensidade da violação, que deve ser séria.

O artigo 41 traz as consequências particulares dessa espécie de violação.<sup>82</sup> A primeira é que os Estados devem cooperar para por um fim a graves violações ao direito internacional. A segunda tem a ver com as obrigações secundárias de abstenção e persecução. Essas obrigações não excluem aquelas anteriormente citadas e outras estabelecidas por normas e decisões dos tribunais internacionais.

A obrigação de perseguir (*prosecution*) corresponde à obrigação de realizar a persecução penal dos responsáveis e garantir que não haja violações de terceiros. Essa obrigação corresponde, em certa medida, à pretensão punitiva da comunidade internacional, porque ela precisa garantir que quem praticou dado crime responda por ele.<sup>83</sup>

Mas se um Estado não cumpre as obrigações primárias, irá cumprir as secundárias? E se o Estado não respeita as obrigações secundárias?

A questão do não cumprimento das obrigações internacionais – e a consequente violação da responsabilidade perante a comunidade internacional – nos conduz ao problema da eficácia das normas internacionais.

---

<sup>80</sup> O artigo 27 dos *Draft Articles* prevê como consequências da invocação de uma circunstância excludente: “*The invocation of a circumstance precluding wrongfulness in accordance with this chapter is without prejudice to: (a) compliance with the obligation in question, if and to the extent that the circumstance precluding wrongfulness no longer exists; (b) the question of compensation for any material loss caused by the act in question*”. (UNITED NATIONS, 2001).

<sup>81</sup> “*Article 40. Application of this chapter. 1. This chapter applies to the international responsibility which is entailed by a serious breach by a State of an obligation arising under a peremptory norm of general international law. 2. A breach of such an obligation is serious if it involves a gross or systematic failure by the responsible State to fulfil the obligation*”. (UNITED NATIONS, 2001).

<sup>82</sup> “*Article 41. Particular consequences of a serious breach of an obligation under this chapter. 1. States shall cooperate to bring to an end through lawful means any serious breach within the meaning of article 40. 2. No State shall recognize as lawful a situation created by a serious breach within the meaning of article 40, nor render aid or assistance in maintaining that situation. 3. This article is without prejudice to the other consequences referred to in this Part and to such further consequences that a breach to which this chapter applies may entail under international law*”. (UNITED NATIONS, 2001).

<sup>83</sup> A obrigação de punir, além de uma responsabilidade do Estado, é um pressuposto de funcionamento do sistema internacional ao garantir a responsabilização individual. Portanto, o Estado que não pune viola o sistema e incorre numa responsabilidade continuada de violação do direito internacional.

Os *Drafts Articles* preveem as *countermeasures* (contramedidas) ou represálias para solucionar esse impasse.<sup>84</sup> As contramedidas são o recurso desse sistema descentralizado pelo qual os Estados lesados podem reivindicar seus direitos e restabelecer a relação legal que o Estado ofensor rompeu com o ato violador do direito internacional.

Os *Draft Articles* foram elaborados pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas a fim de normatizar, em linhas gerais, a responsabilidade internacional dos Estados. Mas existem outros mecanismos de responsabilização mais específicos, como o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

### **3.2.2. A responsabilidade internacional no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos**

Na esfera dos direitos humanos, os sistemas regionais de proteção – europeu, interamericano e africano – criaram mecanismos próprios – não penais – para julgar os Estados sob sua jurisdição. No sistema interamericano, a petição é apresentada à Comissão Interamericana que, caso haja fundamento, pode levar o caso à Corte Interamericana. Aqui, a Comissão faz as vezes de um órgão acusatório perante a Corte Interamericana. Caso um Estado parte da Convenção Americana de Direitos Humanos descumpra os compromissos internacionais assumidos com a sua aceitação, poderá responder perante esses órgãos internacionais, devendo cumprir as decisões emitidas por eles e reparar os eventuais danos causados às vítimas.

A regra geral é que somente pode ser atribuída ao Estado a conduta de seus órgãos de governo ou de pessoas que tenham agido sob sua direção, instigação ou controle desses

---

<sup>84</sup> “*Article 49. Object and limits of countermeasures. 1. An injured State may only take countermeasures against a State which is responsible for an internationally wrongful act in order to induce that State to comply with its obligations under Part Two. 2. Countermeasures are limited to the non-performance for the time being of international obligations of the State taking the measures towards the responsible State. 3. Countermeasures shall, as far as possible, be taken in such a way as to permit the resumption of performance of the obligations in question*”. (UNITED NATIONS, 2001).

“*Article 50. Obligations not affected by countermeasures. 1. Countermeasures shall not affect: (a) the obligation to refrain from the threat or use of force as embodied in the Charter of the United Nations; (b) obligations for the protection of fundamental human rights; (c) obligations of a humanitarian character prohibiting reprisals; (d) other obligations under peremptory norms of general international law. 2. A State taking countermeasures is not relieved from fulfilling its obligations: (a) under any dispute settlement procedure applicable between it and the responsible State; (b) to respect the inviolability of diplomatic or consular agents, premises, archives and documents*”. (UNITED NATIONS, 2001).

órgãos – isto é, agentes do Estado –, ainda que, em circunstâncias especiais, a responsabilidade do Estado possa surgir, também, pela conduta de indivíduos.

Em virtude do princípio da autodeterminação dos povos, não importa como o Estado se organiza internamente para o direito internacional. “A sociedade internacional recebe, então, a organização interna do Estado como um fato, qualificando-o juridicamente segundo as próprias normas internacionais” (RAMOS, 2004, p. 154). Assim, a conduta de certas instituições públicas, no exercício de suas funções - como a polícia, por exemplo – é atribuída ao Estado, ainda que elas sejam autônomas e independentes do governo. O Estado é único para fins da responsabilidade internacional e deve responder por cada ente federado. Desse modo, condutas que excedam as competências de seus entes, órgãos e agentes devem ser atribuídas ao Estado no âmbito internacional, independente da posição interna desses órgãos ou instituições.

O artigo 4º dos *Draft Articles* prevê que ato de qualquer Poder constituído internamente pode ser utilizado para demonstrar a responsabilização internacional. Assim, nenhuma distinção é feita entre os atos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário para efeitos dessa responsabilização.

Os Estados não somente devem reconhecer sua culpa pelas violações graves aos direitos humanos, mas também devem procurar reparar as vítimas e suas famílias, nos termos do artigo 63.1 da Convenção Americana. Na fixação da forma de reparação e de seu alcance, deve-se levar em conta a gravidade dos fatos que causaram a violação, o sofrimento da vítima e de sua família e as consequências materiais e imateriais no tempo.<sup>85</sup>

Os principais meios de reparação utilizados hoje em dia são a restituição (reparação integral), a indenização (conversão *in pecunia*), quando aquela não mais for possível, e a satisfação, consubstanciada no dever de perseguir. Alguns casos admitem especificamente o

---

<sup>85</sup> A primeira vez em que a Corte Interamericana se valeu de formas de reparação não pecuniárias foi no caso *Aloeboetoe y otros vs. Suriname*, quando ao fixar as indenizações considerou que os beneficiários menores de idade deveriam ter a possibilidade efetiva de estudar em suas aldeias. Dessa forma, a Corte ordenou ao Suriname que reabrisse a escola do lugar dos acontecimentos e a dotasse de corpo docente e administrativo para seu funcionamento regular e permanente (Corte IDH, 1993).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos têm focado formas de reparação não pecuniárias, o que demonstra a flexibilidade e criatividade deste tribunal internacional, como ressaltado por Cançado Trindade em seu voto no caso *Niños de la calle*: “O dia em que o trabalho de determinar reparações devidas às vítimas de violações de direitos humanos fundamentais se refuzir exclusivamente a uma simples fixação de compensações na forma de indenizações, já não se necessitaria do conhecimento pacientemente adquirido, assimilado e sedimentado ao largo de anos de leituras, estudos e reflexão: para isso bastaria uma máquina calculadora. O dia em que isso ocorrer, espero quenunca chegue, opróprio trabalho de um tribunal internacional de direitos humanos estaria irremediavelmente desprovido de todo sentido. (...) A Convenção Americana, ao contrario, possibilita e requer que se amplie, e não se reduzam, as reparações, em sua multiplicidade de formas. A fixação das reparações deve basear-se na consideração da vítima como ser humano integral, não na perspectiva degradada do *homoeconomicus* de nossos dias”. (Corte IDH, 2001).

não pagamento de multas decorrentes de acusações de supostos crimes políticos, como no caso *Suárez Rosero*, julgado pela Corte IDH em 20/1/1999; ou do cerceamento da liberdade de pessoas encarceradas, como no caso *Loyasa Tamayo*, julgado em 17/9/1997.

As reparações podem incluir a anulação de antecedentes judiciais, administrativos, penais ou policiais, como no caso *Cantoral Benevides*, julgado em 3/12/2001; a restituição ou indenização pelo projeto de vida, a assistência psicológica às vítimas e familiares, ou até mesmo a designação de um bem público com os nomes das vítimas, com nos como nos citados casos *Loyasa Tamayo* e *Cantoral Benevides*.<sup>86</sup> Atos de desagravo público e a própria publicação das sentenças da Corte Interamericana no Diário Oficial ou em veículo de informação de notória circulação no Estado também são considerados em si mesmos reparações.

Sobre o crime de desaparecimento forçado — um fato ilícito que gera uma violação múltipla e continuada de vários direitos protegidos pela CADH —, a Corte IDH entende que “a responsabilidade internacional do Estado se agrava quando o desaparecimento forma parte de um padrão sistemático ou prática aplicada ou tolerada pelo Estado”. (Corte IDH, 2006, parágrafo 82). Quanto à reparação pelos danos causados, a Corte Interamericana asseverou:

A reparação do dano ocasionado pela infração de uma obrigação internacional requer, sempre que seja possível, a plena restituição (*restitutio in integrum*), a qual consiste no restabelecimento da situação anterior. Caso não seja possível, cabe ao tribunal internacional determinar uma série de medidas para, além de garantir os direitos assegurados, reparar as consequências que as infrações produziram, assim como estabelecer o pagamento de uma indenização como compensação pelos danos causados. É necessário acrescentar as medidas de caráter positivo que o Estado deve adotar para assegurar que não se repitam fatos lesivos como aqueles ocorridos no presente caso. (...)

As reparações são medidas que tendem a fazer desaparecer os efeitos das violações cometidas. Sua natureza e seu montante dependem das características da violação e do dano ocasionado nos planos material e imaterial. Não podem implicar enriquecimento ilícito nem empobrecimento para a vítima ou seus sucessores, e deve guardar relação com as violações declaradas na Sentença. (Corte IDH, 2006, parágrafos 142 e 143). (tradução nossa).<sup>87</sup>

86 A indenização do projeto de vida é uma espécie de reparação subjetiva que tomou grande repercussão internacional a partir dos casos *Loyasa Tamayo* e *Cantoral Benevides*. Em ambos os casos, a Corte Interamericana verificou que os fatos violadores de direitos humanos alteraram substancialmente a vida das vítimas, impedindo seu desenvolvimento pessoal e profissional. No primeiro caso, a Corte somente desenvolveu a idéia, sem reconheceu nenhuma reparação em concreto. Entretanto no segundo, determinou ao Estado o oferecimento de uma bolsa de estudos a Luis Alberto Cantoral Benevides, a fim de cobrir os gastos da carreira profissional da vítima.

87 No original: “La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para,

A Corte Interamericana tem firmado entendimento segundo o qual o direito de reparação se transmite por sucessão aos herdeiros das vítimas e àquelas pessoas que – sem ser sucessores – sofreram alguma consequência do ato ilícito.<sup>88</sup> No caso *Aloeboetoe y otros*, a Corte Interamericana entendeu que a reparação de danos materiais e imateriais a terceiros pode ser reclamada perante a Corte Interamericana com fundamento em um direito próprio, respeitando-se as seguintes condições: (a) a vítima deveria ter efetuado habitualmente prestações em favor do terceiro, (b) a relação entre a vítima e o terceiro deveria ser supostamente continuada, (c) o terceiro deveria ter tido sua necessidade econômica suprimida pela vítima. (Corte IDH, 1993).

### 3.2.2.1. Responsabilidade internacional pela conduta dos Poderes Executivo e Legislativo

A responsabilidade internacional dos Estados por violação aos direitos humanos pode ocorrer no âmbito do Legislativo, por seus atos ou omissões no processo de elaboração das normas internas, e do Executivo, por atos ou omissões de autoridades e funcionários dos órgãos estatais, independente da hierarquia funcional.

O Estado deve comprometer-se a implementar os mecanismos administrativos e jurídicos necessários para que os indivíduos possam exercer de fato os direitos previstos nas Convenções internacionais. “O Estado deve organizar todo o aparato governamental, através das estruturas nas quais é exercido o poder público, para assegurar o livre e pleno exercício dos direitos humanos” (PIOVESAN, 2000, p.

---

*además de garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados. Es necesario añadir las medidas de carácter positivo que el Estado debe adoptar para asegurar que no se repitan hechos lesivos como los ocurridos en el presente caso. (...)Las reparaciones son medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen de las características de la violación y del daño ocasionado en los planos material e inmaterial. No pueden implicar enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores, y deben guardar relación con las violaciones declaradas en la Sentencia<sup>9</sup>” (Corte IDH, 2006, parágrafo 142).*

<sup>88</sup> No caso *Aloeboetoe y otros*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos consignou que a reparação de danos materiais e imateriais a terceiros não sucessores da vítima pode ser reclamada perante a Corte Interamericana com fundamento em um direito próprio, respeitando-se as seguintes condições: (a) a vítima deveria ter efetuado habitualmente prestações em favor do terceiro, (b) a relação entre a vítima e o terceiro deveria ser supostamente continuada, (c) o terceiro deveria ter tido sua necessidade econômica suprimida pela vítima. (Corte IDH, 1993).

59). Nesse sentido, Cançado Trindade indica as obrigações que devem ser encarregadas a cada um dos Poderes:

Ao Poder Executivo incumbe tomar todas as medidas (administrativas e outras) a seu alcance para dar fiel cumprimento às obrigações convencionais; ao Poder Legislativo incumbe tomar todas as medidas cabíveis para harmonizar o direito interno com a normativa de proteção dos tratados de direitos humanos, dando-lhes eficácia; e ao Poder Judiciário incumbe aplicar efetivamente as normas de tais tratados no plano do direito interno, e assegurar que sejam respeitadas (TRINDADE, 2003, p. 511).

No caso *La última tentación de Cristo*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu que a responsabilização internacional do Estado por atos oriundos de quaisquer dos seus três poderes é um princípio não convencional reconhecido e que deve ser acatado em virtude do *jus cogens*, pois o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados reconhece que um Estado não pode invocar disposições de direito interno para deixar de cumprir tratados internacionais.<sup>89</sup>

A obrigação internacional dos Estados de proteção dos direitos humanos requer a compatibilização entre as normas domésticas e as convenções internacionais para prevenir violações, o que pressupõe um diálogo efetivo entre as normas nacionais e internacionais. A ausência dessa interação constitui um desafio enfrentado pelos responsáveis por elaborar as normas internas dos Estados para a concretização da proteção interna dos direitos humanos em conformidade com os ditames internacionais.

A contrariedade às convenções internacionais de direitos humanos por legislar em desconformidade com a Convenção Americana indica a ofensa aos direitos humanos e, por consequência, enseja a responsabilidade internacional do Estado por atos do Poder Legislativo. “Essa responsabilidade pode decorrer por ato do Poder Legislativo, inclusive do poder constituinte, quando deixa de legislar, legisla de modo insuficiente ou legisla contrariando os Tratados e as Convenções Internacionais” (TRINDADE, 2003, p. 511). Para tanto, a Corte Interamericana atua no controle de convencionalidade da legislação interna, verificando se as normas internas são ou não compatíveis com as normas internacionais de regência – no caso da Corte IDH, com a Convenção Americana.

---

<sup>89</sup> De acordo com o entendimento da Corte proferida no caso *La Última Tentación de Cristo*, “la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado”. (Corte IDH, 2001, parágrafo 72).

Para que os Estados cumpram os compromissos internacionais assumidos, os Poderes Legislativos devem adequar sua atuação aos textos das convenções internacionais e às decisões das cortes internacionais, promovendo uma integração normativa entre disposições internas e internacionais. Contudo, na maioria das vezes, o que se nota é que os Estados, ao legislarem, não observam além da constituição. Isso tem ensejado a responsabilização perante as instâncias internacionais pela edição de leis contrárias às Convenções ou que deixem de regulamentá-las internamente, dificultando sua consolidação no âmbito interno.

O dever de adotar as disposições legislativas está previsto no artigo 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos da seguinte forma:

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades. (Corte IDH, 1969).

Conforme a Opinião Consultiva 6/86 da Corte IDH, o sentido da palavra “lei” a que se refere o artigo 30 da CADH – que se refere às restrições aos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção – equivale a norma jurídica de caráter geral, emanada dos órgãos legislativos constitucionalmente previstos e democraticamente eleitos, e elaborada de acordo com o procedimento estabelecido pelas constituições dos Estados partes para a formação das leis (Corte IDH, 1986, parágrafo 38).

Assim, a Convenção Americana impõe a seus Estados partes o dever genérico de adoção das disposições legislativas internas. A responsabilização internacional por ato do legislador ocorre então quando o Estado falha na tarefa de internalizar o disposto na convenção, mesmo quando contrarie normas internas. O legislador deve amoldar as normas infraconstitucionais tendo como parâmetro a Constituição e a Convenção Americana – dentre outras convenções de direitos humanos. A partir do momento em que os Estados aderem às convenções internacionais, se obrigam a revogar as leis contrárias, a regulamentar internamente e a não legislar contrariamente aos ditames internacionais (RAMOS, 2002, p. 348).

Para André de Carvalho Ramos, “mesmo se as leis tiverem sido adotadas de acordo com a Constituição, e em um Estado democrático, isso não as exime do confronto com os dispositivos internacionais de proteção aos direitos humanos” (RAMOS, 2005, p. 56). A

justificativa para isso é que “a razão de ser do Direito Internacional dos Direitos Humanos é justamente oferecer uma garantia subsidiária e mínima aos indivíduos, em especial às minorias” (RAMOS, 2005, p. 56). Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, na Opinião Consultiva 13/1993, afirmou que

São muitas as maneiras como um Estado pode violar um tratado internacional e, especificamente, a Convenção. Nesse último caso, pode fazê-lo, por exemplo, omitindo de ditar as normas a que está obrigado pelo artigo 2. Também, por suposto, ditando disposições que não estejam em conformidade com o que exigem suas obrigações dentro da Convenção. Se essas normas foram adotadas de acordo com o ordenamento jurídico interno ou contra ele, é indiferente para esses efeitos. (Corte IDH, 1993, parágrafo 26).<sup>90</sup>

Há casos em que alguns Estados promulgaram leis em conformidade com sua estrutura jurídica, mas não ofereceram as garantias adequadas para o exercício dos direitos humanos, impondo restrições inaceitáveis ou, simplesmente, não os considerando. Uma norma interna pode violar a Convenção Americana também por não ser razoável ou por não estar em conformidade com ela (Corte IDH, 1993, parágrafo 35).

Tal como já havia se manifestado a Corte IDH na Opinião Consultiva 6/86, o cumprimento de um procedimento constitucional “não impede em todo caso que uma lei aprovada pelo Parlamento chegue a ser violadora dos direitos humanos” (Corte IDH, 1986, parágrafo 22). Mas isso não significa que a Comissão Interamericana ou a Corte tenham competência para se manifestar sobre a forma como se adota uma norma jurídica no ordenamento interno.

Na Opinião Consultiva 13/1993, a Corte IDH decidiu que a Comissão Interamericana era competente para qualificar qualquer norma de direito interno de um Estado parte como violadora das obrigações assumidas ao ratificar a Convenção Americana ou aderir a ela, mas não para dizer se essa mesma norma contradiz ou não o ordenamento jurídico interno desse Estado (Corte IDH, 1993). Os órgãos do sistema interamericano devem tão somente verificar, num caso concreto, se uma norma interna é compatível ou não com a Convenção Americana. (Corte IDH, 1993, parágrafo 30).

---

<sup>90</sup> No original: “ *Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención. Si esas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, es indiferente para estos efectos*”. (Corte IDH, 1993, parágrafo 26).

Na Opinião Consultiva 14/94, a Corte Interamericana teve oportunidade de responder a consulta proposta pela Comissão Interamericana, na qual se questionava os efeitos jurídicos de uma lei interna que manifestamente violasse as obrigações internacionais assumidas com a CADH. Para a Corte, se um Estado contraiu a obrigação de adotar as medidas internas, está obrigado a não adotar aquelas que contradigam o objeto e o fim da Convenção Americana. À Corte cabe determinar os efeitos jurídicos no âmbito internacional. Internamente, essa determinação compete aos tribunais, consoante seu próprio direito (Corte IDH, 1994, parágrafos 33 e 34).

Segundo a Corte, as obrigações internacionais devem ser cumpridas de boa fé e não se pode invocar o direito interno para seu não cumprimento. Essas regras podem ser consideradas como princípios gerais de direito – além de estarem codificadas nos artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 – e têm sido aplicadas até mesmo em face de disposições constitucionais.<sup>91</sup> A obrigação de ditar as medidas necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades reconhecidos na Convenção compreende também a de não aprová-las quando possam conduzir violações desses direitos e liberdades.

A Comissão Interamericana é competente para qualificar qualquer norma de direito interno como violadora das obrigações que o Estado assumiu ao ratificar ou aderir a ela. “Como consequência desta qualificação, poderá a Comissão recomendar ao Estado a derrogação ou reforma da norma violadora e para isso é suficiente que tal norma tenha chegado por qualquer meio ao seu conhecimento, tenha sido ou não aplicada num caso concreto” (Corte IDH, 1994, parágrafo 39).

Entretanto, o tratamento da questão é diferente quando se trata do exercício da função contenciosa da Corte Interamericana, como reconhecido na Opinião Consultiva 14/94. Na ocasião, assinalou-se que uma lei em vigor não necessariamente afeta a esfera jurídica de pessoas determinadas. Pode ocorrer que esteja sujeita a atos normativos posteriores, ao cumprimento de certas condições ou à sua aplicação por funcionários do Estado, antes de afetar a esfera de terceiros. Ou, ao contrário, as pessoas sujeitas à jurisdição da norma podem ser afetadas pela sua mera vigência. Estas últimas, a Corte IDH classifica como leis de aplicação imediata.

---

<sup>91</sup> Aqui, a Corte Interamericana valeu-se de entendimento firmado pela Corte Permanente de Justiça Internacional e pela Corte Internacional de Justiça nos seguintes casos: Caso das Comunidades Greco-Búlgaras (1930), Serie B, No. 17, pág. 32; Caso dos Nacionais Polacos de Danzig (1931), Series A/B, No. 44, pág. 24; Caso das Zonas Livres (1932), Series A/B, No. 46, pág. 167; Aplicabilidade da obrigação de arbitrar sob o Convênio de Sede das Nações Unidas (Caso da Missão do PLO) (1988), págs. 12, a 31-2, parágrafo 47.

Caso a lei não seja de aplicação imediata e não tenha sido ainda aplicada em um caso concreto, a Comissão não pode comparecer perante a Corte para submeter um caso contra o Estado com base apenas na emissão da lei. A lei que não é de aplicação imediata é mera faculdade dada às autoridades para tomar medidas de acordo com ela. Não representa, *per se*, violação dos direitos humanos.<sup>92</sup> (Corte IDH, 1994, parágrafo 42).

Caso a lei seja de aplicação imediata, a violação aos direitos humanos, individual ou coletiva, se produz pelo mero fato de sua expedição. Quando se tratar de normas que somente violem direitos humanos quando sejam aplicadas, para evitar que tais violações se consumem, a Comissão Interamericana dispõe do mecanismo das medidas provisórias,<sup>93</sup> que poderia corresponder, no ordenamento brasileiro, às medidas cautelares.

Não obstante seja importante o dever do Poder do Legislativo em editar atos em conformidade com o direito internacional, os atos do Poder Executivo são, em geral, os mais analisados na jurisprudência internacional relativa a violações de direitos humanos. Isso porque “as violações de direitos humanos ocorrem menos por falta de um instrumental normativo e mais pela falta de implementação prática dos comandos legais” (RAMOS, 2004, p. 158), e também porque, em regra, o Poder Executivo é quem detém capacidade para representar o Estado no âmbito internacional.

Nesse sentido, no caso *Godinez Cruz vs. Honduras* (Corte IDH, 1989), a Corte Interamericana de Direitos Humanos consolidou entendimento no sentido de que a obrigação de garantir o livre e pleno exercício dos direitos humanos não se esgota na existência de um ordenamento jurídico, mas comporta a necessidade de uma conduta governamental que assegure uma eficaz garantia do livre e pleno exercício dos direitos humanos.<sup>94</sup>

Não há nenhuma distinção no artigo 4 dos *Draft Articles* entre os atos de agentes estatais superiores ou subordinados para fins de responsabilidade estatal. Esse artigo é

---

<sup>92</sup> No original: “*En el caso de que la ley no sea de aplicación inmediata y no haya sido aún aplicada a un caso concreto, la Comisión no puede comparecer ante la Corte para someter un caso contra el Estado con base en la sola emisión de la ley. La ley que no es de aplicación inmediata es mera facultad dada a las autoridades para tomar medidas de acuerdo con ella. No representa, per se, violación de los derechos humanos*”. (Corte IDH, 1994, parágrafo 42).

<sup>93</sup> “Artigo 63. 1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada. 2. Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão”. (CIDH, 1969).

<sup>94</sup> “176. *La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos*” (Corte IDH, 1989).

expresso ao prever “*whatever position it holds in the organization of the State*”. A conduta de pessoas ou entidades que não sejam órgãos do Estado, mas que exercem suas atividades típicas, também deve ser considerada um ato do Estado para fins de responsabilidade internacional.<sup>95</sup>

Os agentes ou órgãos do Poder Executivo podem violar os direitos humanos protegidos internacionalmente quando agem de acordo com normas internas ou de modo *ultra vires* ou, ainda, quando se omitem injustificadamente. No caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (Corte IDH, 1988), a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu que é imputável ao Estado toda violação a direitos reconhecidos pela Convenção Americana cometida por ato do Poder Público ou por pessoa ocupante de cargos oficiais: “conforme o artigo 1.1 é ilícita toda forma de exercício do poder público que viole os direitos reconhecidos pela Convenção” (Corte IDH, 1988). Desse modo, em qualquer circunstância em que um órgão ou funcionário do Estado lesione indevidamente um desses direitos, se estará diante de uma inobservância desse artigo.

Nesse caso, a Corte IDH afirmou também que essa inobservância independe se o órgão ou funcionário tenha atuado contrariamente a disposições do direito interno ou excedido os limites de sua própria competência. Isso porque “o Estado responde pelos atos de seus agentes realizados ao amparo de seu caráter oficial e pelas omissões dos mesmos ainda se atuam fora dos limites de sua competência ou em violação do direito interno”. Entendimento contrário “tornaria ilusório o sistema de proteção previsto na Convenção” (Corte IDH, 1988).

O Estado também está obrigado a prevenir, investigar e sancionar as violações aos direitos humanos, podendo responder também pelo não cumprimento desse dever. Nesse sentido, a Corte IDH (1988) reconhece que um fato ilícito violador dos direitos humanos praticado por um particular, inicialmente, pode não resultar na imputabilidade do Estado. Mas este pode responder internacionalmente pela falta da devida diligência para prevenir a violação ou para tratá-la nos termos requeridos pela Convenção Americana.

Ainda no caso *Velásquez Rodríguez* (Corte IDH 1988), a Corte Interamericana posicionou-se no sentido de que “as infrações à Convenção não podem ser julgadas aplicando regras que tenham em conta elementos de natureza sociológica, orientados a qualificar a

---

<sup>95</sup> “Article 5. Conduct of persons or entities exercising elements of governmental authority. The conduct of a person or entity which is not an organ of the State under article 4 but which is empowered by the law of that State to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law, provided the person or entity is acting in that capacity in the particular instance”. (UNITED NATIONS, 2001).

culpabilidade individual de seus autores” (Corte IDH, 1988). Dessa feita, é irrelevante a intenção do agente que tenha violado os direitos reconhecidos pela Convenção. O que importa é saber se uma determinada violação à CADH teve apoio ou tolerância do poder público, ou se este atuou de maneira que a transgressão se haja cumprido por ausência de prevenção ou impunemente. Em resumo, “o que se trata é de determinar se a violação aos direitos humanos resulta da inobservância por parte de um Estado de seus deveres de respeitar e de garantir esses direitos, o que lhe é imposto pelo artigo 1.1 da Convenção” (Corte IDH 1988).

Para a Corte Interamericana, o Estado tem o dever jurídico de prevenir, razoavelmente, as violações de direitos humanos, e de investigá-las seriamente, a fim de identificar os responsáveis, de impor-lhes as sanções pertinentes e de assegurar à vítima uma adequada reparação. Esse dever de prevenção abarca todas as medidas de caráter jurídico, político, administrativo e cultural que promovam a salvaguarda desses direitos e que assegurem que as eventuais violações aos mesmos sejam efetivamente consideradas um fato ilícito, suscetível de acarretar sanções e a obrigação de indenizar às vítimas (Corte IDH 1988).

Como se pode notar, no âmbito da responsabilidade internacional pela conduta do Poder Executivo, dois aspectos são relevantes: o primeiro refere-se à conduta *ultra vires* de um agente estatal e o segundo ao ato de particular, mas que é imputado ao Estado pela omissão injustificada dos agentes públicos.

Para André de Carvalho Ramos, o ato *ultra vires* deve ser atribuído ao Estado em razão de sua própria conduta, ao escolher agente que ultrapassou suas competências oficiais. “Os funcionários exercem o poder somente porque estão a serviço do Estado, que deve, então, responder pela escolha dos mesmos” (RAMOS, 2004, p. 160).

O artigo 7 dos *Draft Articles* confere suporte a esse entendimento quando prevê que esses atos não alteram a responsabilidade internacional do Estado.<sup>96</sup> A dificuldade da distinção entre uma conduta oficial não autorizada e uma conduta privada pode ser amenizada quando se verifica se a conduta é sistemática ou recorrente e o Estado se absteve de preveni-la ou puni-la adequadamente.

Na Opinião Consultiva 14/94, a Corte Interamericana foi consultada acerca das obrigações e responsabilidades dos agentes ou funcionários do Estado que cumprem determinada lei em desacordo com as obrigações assumidas com a Convenção Americana. Na ocasião, a Corte consignou que “o direito internacional pode conceder direitos aos indivíduos

---

<sup>96</sup> “Article 7. *Excess of authority or contravention of instructions.* The conduct of an organ of a State or of a person or entity empowered to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law if the organ, person or entity acts in that capacity, even if it exceeds its authority or contravenes instructions” (UNITED NATIONS, 2001).

e, inversamente, determinar que haja atos e omissões pelos quais são criminalmente responsáveis sob esse ponto de vista. Essa responsabilidade é exigível em alguns casos por tribunais internacionais”. (Corte IDH, 1994, parágrafo 52).

Para a Corte IDH, não há importância para o direito internacional o fato de que as violações aos direitos humanos sejam ou não praticadas em cumprimento de uma lei do Estado a que pertença o agente ou funcionário. O fato de o ato se ajustar ao direito interno não constitui uma justificção do ponto de vista do direito internacional. (Corte IDH, 1994, parágrafos 53 e 54).

Como visto, nos casos *Velásquez Rodríguez* e *Godínez Cruz* (Corte IDH, 1988 e 1989), a Corte Interamericana reconheceu que toda violação de direitos humanos praticada por agentes ou funcionários estatais é responsabilidade deste. Se, porventura, constitui também um delito internacional, ensejará também a responsabilidade individual. Assim, o cumprimento de uma lei manifestamente contrária à Convenção Americana por parte de agentes ou funcionários de um Estado parte gera responsabilidade internacional do Estado.

Na hipótese de responsabilização de atos praticados a título privado, seja por particulares ou por agentes estatais agindo neste intuito, a responsabilização do Estado ocorre quando seus órgãos são omissos. Essa omissão consiste no descumprimento de um de dois deveres: prevenção ou punição, como visto na análise dos casos *Velásquez Rodríguez* e *Godínez Cruz*.

A falta da devida diligência para prevenir ou reprimir e reparar as violações de direitos humanos pode ensejar a responsabilidade internacional do Estado por omissão. “A devida diligência deve ser aferida como uma obrigação de meio ou de conduta” (RAMOS, 2004, p. 168). Dessa forma, caso o Estado haja de modo razoável, assegurando minimamente os direitos humanos protegidos pelas Convenções internacionais, os atos dos particulares rompem o nexo causal e o Estado não pode ser responsabilizado.

No que concerne aos direitos humanos protegidos pela Convenção Americana, a competência dos órgãos estabelecidos por ela se refere exclusivamente à responsabilidade internacional dos Estados – e não de indivíduos. Mas os funcionários estatais estão sujeitos à responsabilidade internacional.

A responsabilidade individual pode ser atribuída por violações consideradas como os crimes contra a paz, crimes de guerra e os crimes contra a humanidade ou o genocídio que, naturalmente, também afetam direitos humanos específicos. Para os crimes internacionais, não importa se o ato foi praticado em cumprimento de disposições internas ao Estado a que pertence o funcionário, porque o fato de ele estar em conformidade com o ordenamento

interno não constitui uma justificação do ponto de vista internacional, ainda que possa constituir uma atenuante<sup>97</sup>.

A responsabilidade individual é importante porque violações contra o direito internacional são praticadas por indivíduos e não por entidades abstratas e o direito internacional penal é uma forma de dar eficácia a esse direito.

Bassiouni se utiliza do *duty to prosecute* para justificar a perseguição e criminalização do indivíduo no âmbito internacional (BASSIOUNI: 1988, xiv). Em hipóteses como essas, a pretensão punitiva é também internacional, como uma expropriação da decisão interna por meio de tribunais internacionais, quando há omissão do Estado na sua obrigação de perseguir ou contrariedade às normas de direito internacional.<sup>98</sup> Nesses casos, ainda assim, o Estado pode responder por omissão em prevenir ou reprimir tais práticas no âmbito doméstico.

O agir em conformidade com uma lei interna que manifestamente viole a Convenção Americana produz responsabilidade internacional do Estado por ato de seus agentes. Caso esse fato configure um crime internacional, gera também a responsabilidade individual dos agentes que executaram tais normas. Mas vale ressaltar que ainda não há um sistema de aferição simultânea tanto da responsabilidade do Estado como do indivíduo.

### 3.2.2.2. Responsabilidade pelas decisões do Poder Judiciário

Uma violação aos direitos humanos pode decorrer também de uma decisão judicial interna contrária às Convenções internacionais, o que enseja o controle de convencionalidade

---

<sup>97</sup> O artigo 7.4 do Estatuto do Tribunal Internacional para a ex-Iugoslávia, aprovado pela Resolução 827, de 25 de maio de 1993, afirma: “O fato de que o acusado tenha atuado no cumprimento de uma ordem emanada do Governo ou por um superior não o eximirá da responsabilidade penal, mas poderá ser considerado circunstância atenuante se o Tribunal Internacional determinar que assim exige a equidade”. (tradução livre).

<sup>98</sup> “*Treaties, customary practice, and the national laws of states establish the basis of international cooperation in prevention and suppression of criminality. The maxim commonly referred to in this context is aut dedere aut iudicare. The state's duty is restricted to the prosecution or extradition of the alleged offender. This duty is an extension of the state's responsibility for the prevention and control of violence. The failure of a state to carry out such a duty can only frustrate the effectiveness of any domestic or international crime control scheme. Thus the international duty to extradite or prosecute becomes a significant factor in assessing the effectiveness of domestic and international prevention and enforcement scheme. It should be observed, however, that the apparent principal impediment to this international duty is the 'political offense exception' to extradition and inter-state cooperation in penal matters. The real impediment, however, is the difference in ideological values among states, and the political will of governments in carrying out such a duty to prosecute or extradite. But it should also be stated that the existence of certain states which violate fundamental human rights make the task of those states seeking to carry the duty to prosecute or extradite a difficult, if not at times, an impossible one.*” (BASSIOUNI, 1988, xiv).

das decisões internas. Reconhecida a incompatibilidade, o Estado deve responder no âmbito internacional pela violação de direitos humanos pela atuação do Poder Judiciário em desconformidade com os parâmetros convencionais.

Um obstáculo à efetividade da responsabilidade internacional é a resistência dos Estados em implementar as decisões dos tribunais internacionais, o que ocorre, muitas vezes, com fundamento na coisa julgada nacional.<sup>99</sup>

A responsabilidade estatal em razão da atuação do Poder Judiciário decorre da atuação desse órgão em dissonância com os compromissos internacionais. Nesse sentido, uma decisão do Supremo Tribunal Federal contrária à Convenção Americana de Direitos Humanos, por exemplo, pode ensejar a responsabilidade internacional do Estado brasileiro perante a Corte Interamericana, como no caso *Gomes Lund*. Portanto, a Corte IDH atua no controle da convencionalidade da jurisprudência nacional.

A responsabilidade internacional decorrente de ato judicial pode ocorrer em duas hipóteses. A primeira ocorre quando a decisão judicial é tardia ou inexistente e a segunda quando a decisão judicial viola o direito internacional, na análise do mérito da causa (RAMOS, 2004, p. 175-176).

Quando a decisão é tardia, a demora impede que a prestação judicial seja útil e eficaz. A denegação de justiça engloba tanto a inexistência do remédio judicial como as deficiências do mesmo, o que ocorre na demora do provimento judicial ou na inexistência de tribunais. O artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê que toda pessoa “tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo” (CIDH, 1969). O artigo 7.6 assegura que “toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais” (CIDH, 1969). O artigo 8.1 da Convenção é ainda mais específico:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente,

---

<sup>99</sup> Leonardo Brant explica que “no direito interno, a norma jurídica conhece uma importante concretização. Isto quer dizer que a significação de um princípio constitucional, por exemplo, é sistematicamente desvendada pelo conjunto de regras hierarquicamente inferiores. Essa atividade reduz a margem de dúvida a respeito da legalidade de um determinado comportamento, e esclarece, com maior certeza, a questão do lugar do direito nas relações sociais. Entretanto, no direito internacional, a situação apresenta-se sob uma forma inteiramente excepcional. De fato, salvo o caráter muito vago da regra de *jus cogens*, não verdadeiramente hierarquia piramidal entre as normas. Isso quer dizer que o direito internacional está fundado, principalmente, em princípios menos concretos, logo, mais aberto à liberdade de interpretação. (...) Essa falta de precisão da norma internacional permite aos Estados encontrar argumentos jurídicos podendo justificar os comportamentos mais diversos. (2002, p. 326).

independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (CIDH, 1969).

No caso *Loyaza Tamayo vs. Peru*, os votos concorrentes dos juízes Cançado Trindade e Jackman consignaram que aquele Estado violou a garantia do devido processo legal ao atribuir a tribunais militares especiais – compostos por militares nomeados pelo Poder Executivo e subordinados à disciplina militar – a função típica de poder judicial, cabendo-lhes julgar militares e civis sem a obrigação de fundamentar suas decisões (Corte IDH, 1997, p. 40).

No caso *Maria da Penha vs. Brasil*, a Comissão Interamericana considerou que a demora injustificada de mais de 17 anos para concluir o julgamento, havendo elementos probatórios claros e determinantes, não é razoável e “constitui uma violação do direito a obter o recurso rápido e efetivo estabelecido na Declaração e na Convenção” (CIDH, 2001, parágrafo 41).

A segunda hipótese de violação de obrigação internacional por ato do Poder Judiciário ocorre quando uma decisão, em seu mérito, é injusta e leva à violação de uma obrigação internacional primária. No caso dos direitos humanos, a decisão doméstica ofende direito convencionalmente protegido (RAMOS, 2004, p. 178).

Essa hipótese dá ensejo a controvérsias quando a violação está abarcada pela coisa julgada nacional. Desse modo, a eficácia interna das sentenças internacionais é dificultada por figuras processuais que tendem a garantir a estabilidade e a segurança jurídica no âmbito doméstico (MAEOKA; MUNIZ, 2008).<sup>100</sup> “Essa escusa baseia-se no caráter imutável, que adquire uma sentença judicial transitada em julgado, insuscetível, por definição, de alteração por nova apreciação do caso”. (RAMOS, 2004, p. 180).

No caso dos *Niños de la calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, em exceções preliminares, o Estado alegou que as sentenças emitidas por seu Tribunal de Justiça, revestidas da coisa julgada, somente seriam passíveis de revisão judicial pela Corte Suprema de Justiça e pelos demais tribunais internos competentes, e que nenhuma outra autoridade poderia intervir na administração da justiça. Para a Guatemala, isso seria um óbice à atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que careceria de faculdades judiciais para

---

<sup>100</sup> Para Leonardo Brant, “de certa maneira, o conteúdo do princípio da autoridade da coisa julgada no direito internacional é uma reprodução de seu conteúdo no direito interno, e traduz-se, sobretudo, pela impossibilidade jurídica de recolocar em questão os pontos sobre os quais o tribunal já estatuiu a título definitivo e irrevogável.” (2002, p. 75).

conhecer do caso, porque isso implicaria, necessariamente, a criação de uma instância jurisdicional. Sustentou, ainda, que a demanda perante a Corte contrariaria os artigos 8.4 e 25.2 da Convenção Americana, que proíbem um novo julgamento pelos mesmos fatos no caso de absolvição e estabelecem a garantia do cumprimento das decisões que tenham julgado procedente um recurso. Desse modo, considerou que uma revisão pela Corte violaria a soberania dos Estados, a independência e a separação de poderes do Estado. Por fim, recorreu à jurisprudência da Corte e aos Informes da Comissão Interamericana no sentido de que o mero fato de uma investigação não produzir resultados satisfatórios, *per se*, não representa uma ofensa à Convenção (Corte IDH, 1997, parágrafo 15).

A Corte Interamericana, preliminarmente, rebateu o argumento de que lhe faltaria competência para conhecer numa “quarta instância” da sentença que absolveu acusados de tortura e assassinato, apesar de provas contundentes suficientes para demonstrar sua participação. A Corte julgou improcedente essa preliminar porque a demanda apresentada pela Comissão Interamericana não pretendia a revisão da decisão da Corte Suprema da Guatemala, mas solicitava a declaração de que o Estado teria violado vários preceitos da Convenção Americana pela morte dos jovens, atribuída a membros da polícia do Estado (Corte IDH, 1997, parágrafos 17 a 19).

Na análise do mérito, a Corte IDH ressaltou que tem atribuições não para investigar e sancionar a conduta individual dos agentes do Estado que perpetraram violações de direitos humanos, mas para estabelecer a responsabilidade internacional dos Estados em razão dessa violação. Para esses efeitos, dadas as especificidades do caso e a natureza das infrações, a Corte deve efetuar um exame do conjunto das atuações judiciais internas para obter uma percepção integral do caso, a fim de afirmar se resulta ou não evidente a contrariedade ao dever de investigação (Corte IDH, 1999, parágrafos 223 e 224).

A ofensa ao direito internacional por uma decisão interna transitada em julgado está intimamente vinculada à regra do esgotamento prévio dos recursos internos.<sup>101</sup> Essa regra deriva da obrigação dos Estados de assegurarem o acesso à justiça. Supõe a existência de um aparelho judicial que contemple os meios apropriados para a proteção dos indivíduos no

---

<sup>101</sup> O artigo 46.1, *a*, da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê que “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”. O artigo 46.2, *b*, da Convenção dispõe sobre a exceção à regra do esgotamento prévio, quando o Estado “ 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”. (CIDH, 1969).

exercício dos direitos humanos. A inexistência desses recursos justifica a proteção internacional em razão de o Estado permitir a vulnerabilidade das vítimas.<sup>102</sup>

A proteção dos indivíduos não se restringe à mera tramitação de um processo judicial conforme o direito doméstico, nem se extingue com a coisa julgada. Isso porque o compromisso de respeitar os direitos humanos implica não só no trânsito em julgado de um processo, mas também na verificação da compatibilidade da atuação dos poderes públicos do Estado pela jurisdição interamericana. Veja-se que a própria admissão da denúncia pela Comissão Interamericana está condicionada ao fato de que o caso denunciado tenha atingido a coisa julgada nacional.

A regra do prévio esgotamento dos recursos internos dá testemunho da interação entre o direito internacional e o direito interno no presente contexto de proteção; os recursos internos formam parte integral da própria proteção internacional dos direitos humanos, recaindo a ênfase na capacidade de tais recursos de remediar a situação impugnada e reparar os danos causados, e não no processo mecânico de esgotamento (CANÇADO TRINDADE, 1998, p. 19).

O sistema internacional de proteção dos direitos humanos atua somente após o uso dos recursos jurisdicionais domésticos – incluindo-se a coisa julgada –, sem ter obtido judicialmente uma resposta satisfatória para a ofensa que se alega. O sistema interamericano já reconheceu inúmeras vezes seu caráter subsidiário e preventivo, proporcionando que o Estado, em primeiro lugar, adote as medidas jurisdicionais necessárias, em respeito à soberania.

No sistema interamericano, os processos em matéria de direitos humanos não se esgotam com a coisa julgada nacional. Isso porque os Estados partes da Convenção têm excepcionado a soberania do Estado nacional para permitir que a Corte Interamericana revise a atuação dos poderes públicos nacionais na tutela desses direitos, desde que se tenham esgotado todos os recursos internos (MAEOKA; MUNIZ, 2008). Ou seja, a Corte IDH analisa se decisões judiciais internas são compatíveis ou não com dispositivos da Convenção, isto é, realiza o controle de convencionalidade.

---

<sup>102</sup> André de Carvalho Ramos assinala que “o Direito Internacional dos Direitos Humanos tem como fundamento a garantia dos direitos protegidos a todos que se encontrem sob a jurisdição de um Estado. Quando um Estado assinala o desrespeito de direitos humanos em outro Estado, não defende interesse próprio, mas sim, defende o interesse comum de toda a comunidade internacional. Logo, a regra do esgotamento dos recursos deve ser interpretada no sentido de favorecer o indivíduo. O aspecto fundamental dessa regra é, diante do Direito Internacional dos Direitos Humanos, positivo. Os Estados têm o dever de prover recursos internos aptos a reparar os danos porventura causados aos indivíduos”. (RAMOS, 2004, p. 214-215).

Essa natureza jurídica de Direito Internacional faz com que as cortes internacionais só se relacionem com sujeitos de Direito Internacional, o que redundará na ausência de hierarquia entre o tribunal local e o órgão internacional. Logo, quando analisam a responsabilidade do Estado não são sujeitas às limitações de um tribunal nacional (que deve respeitar a coisa julgada local), mas somente às limitações impostas pelo Direito Internacional.

A separação entre a esfera judicial nacional e a esfera internacional é essencial, justamente para evitar que eventuais exceções processuais de Direito Interno sejam utilizadas para tolher o exercício da jurisdição internacional.

Além disso, uma análise mais acurada do instituto da coisa julgada, que fundamenta a pretensa imutabilidade das decisões internas, demonstra a impossibilidade de utilizarmos tal instituto em sede internacional, já que seria necessária a identidade de partes, pedido e causa de pedir entre a causa local e a causa internacional.

Com efeito, na jurisdição internacional as partes e o conteúdo da controvérsia são, por definição, distintos dos da jurisdição interna. (RAMOS, 2004, p. 181-182).

Nesse sentido, no caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou que, de acordo com o direito internacional geral, “a Corte Interamericana não tem o caráter de tribunal de apelação ou cassação dos organismos jurisdicionais de caráter nacional”. Só pode assinalar as violações processuais de direitos consagrados na Convenção porque não tem competência para sanar essas violações no âmbito interno, cabendo aos órgãos jurisdicionais internos fazê-lo (Corte IDH, 1997, parágrafo 94).<sup>103</sup>

Vale recordar que, para o direito internacional, as decisões judiciais internas, assim como todas as normas que compõem o ordenamento interno, são meros fatos praticados pelo Estado, independente do órgão que o praticou.

Um dos efeitos das sentenças internacionais sob as decisões internas é a suspensão de sua eficácia. Nesse sentido, entende André de Carvalho Ramos que “a sentença internacional, ao ser implementada internamente, suspende a eficácia do comando judicial interno, como decorrência implícita do próprio ato brasileiro de adesão à jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos” (RAMOS, 2002, p. 359).

Para André de Carvalho Ramos, “a implementação interna da decisão internacional, superando todo óbice de direito interno, é o fecho final do ciclo da responsabilidade

<sup>103</sup> No original: “94. Finalmente de acuerdo con el derecho internacional general, la Corte Interamericana no tiene el carácter de tribunal de apelación o de casación de los organismos jurisdiccionales de carácter nacional; sólo puede en este caso, señalar las violaciones procesales de los derechos consagrados en la Convención que hayan perjudicado al señor Raymond Genie Peñalba, que es el afectado en este asunto, pero carece de competencia para subsanar dichas violaciones en el ámbito interno, lo que corresponde hacer, según se ha expresado anteriormente, a la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua al resolver el recurso de casación que se encuentra pendiente” (Corte IDH, 1997).

internacional do Estado por violação de direitos humanos” (RAMOS, 2002, p. 346). A eficácia do sistema internacional de proteção dos direitos humanos está diretamente vinculada ao êxito da exigibilidade dessas decisões, que permitem sancionar os Estados pelas suas respectivas falhas. A falta de cumprimento das decisões da Corte Interamericana é um de seus principais desafios.

A aparente controvérsia entre a eficácia das decisões internacionais e coisa julgada nacional se dá porque, no momento em que um caso é denunciado perante as instâncias internacionais, é verificado se a sentença interna violou ou não os direitos humanos. Uma vez reconhecida a violação, a decisão internacional determina a correção. Porém, ao ser implementada a decisão, a sentença internacional depara-se com a garantia da coisa julgada nacional. Ou seja, ao mesmo tempo em que a coisa julgada é pressuposto para o acesso às instâncias internacionais, limita a implementação de suas decisões (MAEOKA; MUNIZ, 2008).

Esse conflito poderia ser evitado se os Estados adotassem uma postura aberta ao direito internacional e às decisões das Cortes internacionais, observando-as como precedentes vinculantes também na esfera doméstica e contribuindo para o diálogo entre o direito internacional e os direitos constitucionais, como preceituam as teorias do Estado constitucional cooperativo, do interconstitucionalismo e do transconstitucionalismo, estudadas acima. Isso porque o princípio da dignidade da pessoa humana deve se sobrepor ao exercício do poder do Estado, diferenciando-se a violação de direitos humanos das demais atividades judiciais internas.

### 3.3. O QUE É CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE?

Norberto Bobbio, em sua obra *A era dos direitos* (2004), entende que as atividades dos organismos internacionais em vista da tutela dos direitos do homem podem ser consideradas sob três aspectos: o da promoção, o do controle e o da garantia. A promoção se relaciona com o incentivo à introdução da tutela dos direitos do homem nos Estados que não têm uma disciplina específica e ao aperfeiçoamento daqueles que já a possuem, seja quanto ao direito substancial (quantidade e qualidade dos direitos a tutelar) ou ao aspecto procedimental (qualidade dos controles jurisdicionais). Por controle entende-se o conjunto de medidas de que os organismos internacionais se valem para verificar o grau de acolhimento e respeito das

recomendações. Por fim, as atividades de garantia correspondem à tutela jurisdicional em nível internacional, em substituição à nacional.<sup>104</sup>

É nesse contexto de atividades de garantia que se encontra o controle de convencionalidade, ou a verificação por uma Corte internacional da compatibilidade das normas e atos internos dos Estados partes com Convenções de direitos humanos.

Para Bobbio, só é possível falar legitimamente da tutela internacional dos direitos humanos “quando uma jurisdição internacional consegue impor-se e superpor-se às jurisdições nacionais, e quando se realizar a passagem da garantia dentro do Estado – que é ainda a característica predominante da atual fase – para a garantia contra o Estado” (BOBBIO, 2004, p. 40).

Bobbio (2004) sustenta que a afirmação dos direitos humanos contra o Estado pressupõe uma mudança sobre a concepção do poder externo do Estado em relação aos demais, bem como um aumento do caráter representativo dos organismos internacionais. No mesmo sentido, Antonio Augusto Cançado Trindade entende que

Os fundamentos últimos da proteção dos direitos humanos transcendem o direito estatal, e o consenso generalizado formado hoje em torno da necessidade da internacionalização de sua proteção corresponde a uma manifestação cultural de nossos tempos, juridicamente viabilizada pela coincidência de objetivos entre o direito internacional e o direito interno, quanto à proteção da pessoa humana. Como, também nesse domínio, a um Estado não é dado deixar de cumprir suas obrigações convencionais sob o pretexto de supostas dificuldades de ordem constitucional ou interna, com maior razão ainda não haverá desculpa para um Estado de não se conformar a um tratado de direitos humanos no qual é Parte pelo simples fato de seus tribunais interpretarem, no plano do direito interno, o tratado de modo diferente do que se impõe no plano do direito internacional. (CANÇADO TRINDADE, 1996, p. 211).

Cançado Trindade ressalta alguns aspectos da interação entre o direito internacional e o interno importantes, para o que chama de “supervisão internacional da compatibilidade dos atos internos dos Estados com suas obrigações internacionais de proteção” (1996, p. 212), o que denominaremos aqui, simplesmente, controle de convencionalidade.

O primeiro aspecto é que os próprios tratados de direitos humanos atribuem uma função essencial à proteção desses direitos por parte dos tribunais internos. Esses, por sua vez,

---

<sup>104</sup> A separação entre as duas primeiras formas de tutela dos direitos do homem e a terceira é bastante nítida: enquanto a promoção e o controle se dirigem exclusivamente para as garantias existentes ou a instituir no interior do Estado, ou seja, tendem a reforçar ou a aperfeiçoar o sistema jurisdicional nacional, a terceira tem como meta a criação de uma nova e mais alta jurisdição, a substituição da garantia nacional pela internacional, quando aquela for insuficiente ou mesmo inexistente. (BOBBIO, 2004, p. 39).

devem conhecer e interpretar as disposições pertinentes dos tratados de direitos humanos porque, como visto, a instância internacional é subsidiária da doméstica.<sup>105</sup> O segundo corresponde à redução ou eliminação de controvérsias, “na medida em que os tratados disponham sobre a função e o procedimento dos tribunais internos na aplicação das normas internacionais de proteção neles consagradas”. Mais especificamente, “nos casos em que a atuação dos tribunais internos envolve a aplicação do direito internacional dos direitos humanos, assume importância crucial a autonomia do Judiciário, a sua independência de qualquer tipo de influência executiva”. O último aspecto é o da não substituição dos tribunais internos pelas Cortes internacionais, que “tampouco operam como tribunais de recursos ou de cassação de decisões dos tribunais internos”. (CANÇADO TRINDADE, 1996, p. 212-213).

Isso se aplica à legislação doméstica tanto quanto às decisões judiciais e atos administrativos. Uma decisão judicial interna pode conferir uma interpretação incorreta – ou melhor, em desacordo com a interpretação das Cortes internacionais – a uma norma de direitos humanos, ou qualquer órgão estatal pode deixar de cumprir uma obrigação internacional do Estado. Nessas hipóteses, pode-se configurar a responsabilidade internacional do Estado, porque seus órgãos internos não são os intérpretes finais de suas obrigações internacionais em matéria de direitos humanos (CANÇADO TRINDADE, 1996, p. 213).

Os órgãos de supervisão internacionais não são obrigados a conhecer o direito interno dos diversos Estados, mas sim a tomar conhecimento dele como elemento de prova, no processo de verificação da conformidade dos atos internos (judiciais, legislativos, administrativos) dos Estados com as obrigações convencionais que a estes se impõem. Este exame de aplicação do direito interno é de certo modo *incider tantum*, como parte essencial ou integral da função de supervisão internacional, e elemento probatório para o exame do comportamento estatal interno de relevância internacional. Nessa ótica, é o próprio direito interno que assume importância no processo legal internacional. (CANÇADO TRINDADE, 1996, p. 213).

Nos sistemas de proteção coletiva dos direitos humanos, os órgãos de supervisão internacionais podem ser convocados por um Estado parte para verificar se os atos internos de outro se encontram em conformidade com disposições convencionais.<sup>106</sup>

---

<sup>105</sup> “Tendo em si a confiada proteção primária dos direitos humanos, os tribunais internos têm, em contrapartida, que conhecer e interpretar as disposições pertinentes dos tratados de direitos humanos. Donde a propalada subsidiariedade do processo legal internacional, a qual encontra sólido respaldo na prática internacional, na jurisprudência, nos tratados, assim como na doutrina”. (CANÇADO TRINDADE, 1996, p. 212).

<sup>106</sup> Cançado Trindade, em suas lições acadêmicas, relata que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em seu relatório anual de 1977, já constatava deficiências na proteção às vítimas de violações de direitos humanos em muitos Estados do sistema interamericano – como a inoperância de garantias e meios de defesa e a falta de independência do Judiciário. Em relatórios mais recentes, a Comissão relacionou essa deficiência com a

Aos tribunais internos cabe não apenas aplicar as normas do ordenamento doméstico, mas também assegurar a implementação nacional das normas internacionais de proteção dos direitos humanos. Isso realça a importância do papel do Judiciário em um sistema integrado, em que as obrigações convencionais abrigam um interesse comum e superior a todos os Estados, que é a proteção do ser humano. Por outro lado, os órgãos de supervisão internacional controlam a compatibilidade da interpretação e aplicação do direito interno com as obrigações convencionais (*Idem*).

Desse modo, por meio da compatibilização entre direitos internos e internacional, as convenções de direitos humanos pretendem prevenir ou evitar conflitos entre as jurisdições de cada esfera, harmonizando a legislação nacional com as obrigações convencionais. “Daí a total improcedência da invocação da soberania estatal no tocante à interpretação e aplicação dos tratados de direitos humanos vigentes”. (CANÇADO TRINDADE, 1996, p. 217). Como vimos anteriormente, no paradigma do direito internacional dos direitos humanos, o conceito tradicional de soberania flexibiliza-se em prol da afirmação desses direitos.

Em 1998, o Brasil reconheceu a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, submetendo-se a suas decisões. Desde então, não é mais possível permitir violações dos direitos protegidos pela Convenção em nosso território ou postergar reformas legislativas e institucionais para promover e garantir os direitos ali assegurados.

Caso o Brasil mantenha uma conduta inerte, poderá ser condenado perante a Corte e será obrigado a implementar suas decisões, que podem conter inclusive obrigações de reforma de nossa Constituição.

O controle de convencionalidade em face da Convenção Americana de Direitos Humanos, e de outras convenções relacionadas ao tema,<sup>107</sup> é possível na medida em que sua aplicação possa constituir ofensa aos direitos internacionais ali assegurados. Muitos desses direitos encontram-se também reproduzidos na Constituição Federal de 1988, como o direito à vida, à integridade física e à verdade – e até mesmo os direitos sociais –, numa harmonização entre o direito brasileiro e o direito internacional dos direitos humanos. Essa sintonia favorece a efetivação desses direitos, seja pelos instrumentos internos ou internacionais.

---

própria organização política interna e incentivou os Estados a incorporarem aos textos de suas Constituições preceitos contidos nas convenções internacionais a fim de harmonizar o direito internacional e os direitos internos. Em decorrência dessas recomendações, conseguiu “que se modificassem ou derrogassem leis violatórias dos direitos humanos, e que se estabelecessem ou aperfeiçoassem recursos e procedimentos de direito interno para a plena vigência dos direitos humanos”. (CANÇADO TRINDADE, 1996, p. 216).

<sup>107</sup> O artigo 31 da Convenção Americana afirma que “poderão ser incluídos no regime de proteção desta Convenção outros direitos e liberdades que forem reconhecidos de acordo com os processos estabelecidos nos artigos 76 e 77”. (CIDH, 1969).

Em consonância com o princípio da prevalência dos direitos humanos, norteador da Carta de 1988,<sup>108</sup> o controle de convencionalidade pode ser feito de modo unilateral pelo Brasil por meio do controle de constitucionalidade – concentrado ou difuso –, quando os direitos assegurados pela Convenção Americana coincidirem com aqueles dispostos na Constituição Federal. Para Eduardo Ferrer Mac-Gregor, o controle de constitucionalidade difuso é exercido pelos juízes nacionais.

El “control difuso de convencionalidad” consiste en el deber de los jueces nacionales en realizar un examen de tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta. Este nuevo tipo de control no tiene sustento en la CADH, sino que deriva de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de derechos humanos. (FERRER MAC-GREGOR, p. 176).

Por outro lado, pode também ser realizado pelos órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos, como no sistema interamericano, quando a verificação da compatibilidade do comportamento do Estado é feita a partir da Convenção Americana, respectivamente.

O controle de convencionalidade é um mecanismo do direito internacional, desenvolvido especialmente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, para conferir efetividade a normas da Convenção e à responsabilização estatal pelo não cumprimento delas. Mas, como ressaltado anteriormente, a validade de suas normas frente à soberania dos Estados é importante para o direito internacional na medida em que determina os detalhes do cumprimento das normas internacionais no âmbito interno. O direito internacional se preocupa apenas com o resultado, e não com o meio.

O conflito entre uma lei manifestamente contrária às obrigações assumidas pelo Estado quando da ratificação da Convenção Americana envolve a interpretação dos artigos 1 e 2 da Convenção, que estabelecem o compromisso dos Estados de respeitar os direitos e liberdades reconhecidos nela e garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa submetida a sua jurisdição, além de adotar, neste caso, as medidas legislativas ou outras que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos.<sup>109</sup>

---

<sup>108</sup> “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) II - prevalência dos direitos humanos”. (BRASIL, 1988).

<sup>109</sup> “Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Obviamente, se um Estado contraiu a obrigação de adotar tais medidas, não deve criar ou manter disposições internas contrárias ao objeto e finalidade da Convenção Americana. Mas quais os efeitos das normas e atos internos do ponto de vista internacional, já que não compete à Comissão ou à Corte Interamericana pronunciar-se sobre sua validade no âmbito doméstico? Nesta esfera, a invalidade ou não do ato ou norma compete exclusivamente aos tribunais nacionais e deve ser resolvida conforme seu próprio direito.

Desde 1996, a partir do voto dissidente do juiz Cançado Trindade no caso *El Amparo vs. Venezuela*, passou-se a desenvolver na Corte Interamericana de Direitos Humanos a ideia de que dispositivos legais podem, por si só, criar situações que afetam direitos consagrados na Convenção Americana.<sup>110</sup> Na ocasião, Cançado Trindade consignou que “a própria existência de uma disposição legal pode *per se* criar uma situação que afeta diretamente os direitos protegidos pela Convenção Americana”. Para ele, “uma lei pode certamente violar esses direitos em razão de sua própria existência, e, na ausência de uma medida de aplicação ou execução, pela ameaça real à(s) pessoa(s), representada pela situação criada pela lei” (Corte IDH, 1996, parágrafo 2). E arrematou:

Não me parece necessário esperar a ocorrência de um dano (material ou moral) para que uma lei possa ser impugnada; pode sê-lo sem que isto represente um exame ou determinação *in abstracto* de sua incompatibilidade com a Convenção. Se fosse necessário aguardar a aplicação efetiva de uma lei ocasionando um dano, não haveria como sustentar o dever de prevenção. Uma lei pode, por sua própria existência e na ausência de medidas de execução, afetar os direitos protegidos na medida em que, por exemplo, por sua vigência priva às vítimas ou a seus familiares de um recurso efetivo ante os juízes ou tribunais nacionais competentes, independentes e imparciais, assim como das garantias judiciais plenas (nos termos dos artigos 25 e 8 da Convenção Americana). (Corte IDH, 1996, parágrafo 3).

Nesse julgamento, a Corte Interamericana absteve-se de pronunciar sobre o posicionamento do juiz. Para Cançado Trindade, com isso, a Corte deixou de proceder, como lhe competia, ao exame ou determinação da incompatibilidade de dispositivos do Código de

---

2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”. (CIDH, 1969).

<sup>110</sup> No mesmo sentido: *Caso Genie Lacayo (Solicitud de Revisión de la Sentencia de 29 de enero de 1997)*. Resolución de la Corte de 13 de septiembre de 1997. Serie C. n. 45, § 10; *Caso “La última tentación de Cristo”*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C. n. 73, §§ 87-88; *Caso Barrios Altos*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C. n. 75.

Justiça Militar da Venezuela com os deveres gerais consagrados na Convenção Americana de garantir os direitos nela reconhecidos de adotar disposições de direito interno.

Esse entendimento firmou-se no caso *Suárez Rosero vs Ecuador*, em que a Corte Interamericana estabeleceu que o artigo 114 do Código Penal equatoriano violou o artigo 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos, ao privar acusados de tráfico de drogas da garantia da razoável duração do processo (Corte IDH, 1997). Esse artigo 114 afirma que deverá ser posto em liberdade aquele que estiver preso, sem ter recebido sentença, por tempo igual ou maior àquele estabelecido pelo Código Penal como pena máxima para o delito de que é acusado. Entretanto, exclui desse direito os acusados pelos crimes previstos na Lei de substâncias entorpecentes e psicotrópicas (Corte IDH, 1997, parágrafo 95).

A Corte IDH não declarou a culpabilidade de *Suárez Rosero* quanto ao tráfico de entorpecentes, por entender que essa decisão cabia exclusivamente aos tribunais internos (Corte IDH, 1997, parágrafo 37). Contudo, consignou que

... Essa exceção despoja uma parte da população carcerária de um direito fundamental em virtude do delito imputado contra os acusados e, assim, lesiona intrinsecamente a todos os membros dessa categoria de acusados. No caso concreto do senhor *Suárez Rosero*, essa norma foi aplicada e lhe produziu um prejuízo indevido. A Corte faz notar, ademais, que a seu juízo, essa norma viola per se o artigo 2 da Convenção Americana, independente de que tenha sido aplicada no presente caso. (...) Em conclusão, a Corte assinala que a exceção contida no artigo 114 citado infringe o artigo 2 da Convenção porquanto o Equador não tomou as medidas adequadas de direito interno que permitam fazer efetivo o direito contemplado no artigo 7.5 da Convenção. (Corte IDH, 1997, parágrafos 98 e 99).<sup>111</sup>

Assim, a Corte Interamericana assumiu a possibilidade de se realizar um juízo de compatibilidade abstrato entre uma norma interna e a Convenção Americana de Direitos Humanos, efetuando um verdadeiro controle jurisdicional de convencionalidade das normas.

Em 2006, a Corte IDH analisou se a execução extrajudicial poderia constituir, ou não, crime contra a humanidade, no caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. Iniciou traçando um histórico dos principais documentos internacionais sobre a proibição de crimes contra a

<sup>111</sup> No original: “... esa excepción despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados. En el caso concreto del señor Suárez Rosero esa norma ha sido aplicada y le ha producido un perjuicio indebido. La Corte hace notar, además, que, a su juicio, esa norma per se viola el artículo 2 de la Convención Americana, independientemente de que haya sido aplicada en el presente caso. 99. En conclusión, la Corte señala que la excepción contenida en el artículo 114 bis citado infringe el artículo 2 de la Convención por cuanto el Ecuador no ha tomado las medidas adecuadas de derecho interno que permitan hacer efectivo el derecho contemplado en el artículo 7.5 de la Convención”. (Corte IDH, 1997).

humanidade, incluindo o Estatuto do Tribunal Penal de Nuremberg (1946) e as Convenções de Genebra (1949), da qual o Chile era parte desde 1950, que proibia o homicídio, em todas as suas formas, de pessoas que não tenham participado diretamente das hostilidades. Nesse sentido, considerou que havia evidências para concluir que, em 1973, ano da morte de Almonacid Arellano, o cometimento de crimes de lesa humanidade – incluindo o assassinato num contexto de ataque generalizado ou sistemático contra setores da população civil – violava norma imperativa do direito internacional. Isso porque a proibição de crimes de lesa humanidade é uma norma *jus cogens* e a penalização para esses crimes é obrigatória conforme o direito internacional geral. Por fim, concluiu pela impossibilidade de se anistiar crimes de lesa humanidade (Corte IDH, parágrafos 97 a 100). Ao tratar especificamente do Decreto Lei chileno 2.191, que anistiou crimes cometidos entre 1973 e 1978, a Corte IDH registrou que

123. A descrita obrigação legislativa do artigo 2 da Convenção tem também a finalidade de facilitar a função do Poder Judicial de tal forma que o aplicador da lei tenha uma opção clara de como resolver um caso particular. Sem embargo, quando o Legislativo falha em sua tarefa de suprimir e/ou não adotar leis contrárias à Convenção Americana, o Judicial permanece vinculado ao dever de garantia de estabelecido no artigo 1.1 da mesma e, conseqüentemente, deve abster-se de aplicar qualquer norma contrária a ela. O cumprimento por parte de agentes ou funcionários do Estado de uma lei violadora da Convenção produz responsabilidade internacional do Estado, e é um princípio básico do direito da responsabilidade internacional do Estado, reconhecido no Direito Internacional dos Direitos Humanos, nos sentido de que todo Estado é internacionalmente responsável por atos ou omissões de qualquer de seus poderes ou órgãos em violação dos direitos internacionalmente consagrados, segundo o artigo 1.1 da Convenção Americana.

124. A Corte é consciente que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado tenha ratificado um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que lhes obriga a velar porque os efeitos das disposições da Convenção não se veem esgotadas pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e fim, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judicial deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas que se aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nessa tarefa, o Poder Judicial deve ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana. (Corte IDH, 2006, parágrafos 123 e 124).

No caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, a Corte Interamericana reafirmou e consolidou a posição defendida desde 1997 sobre o controle de convencionalidade interno exercido pelo Poder Judiciário.

Como vimos, o controle de convencionalidade é uma expressão antiga, criada a partir de casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Apenas recentemente a doutrina brasileira e latino-americana vêm se ocupando do tema.<sup>112</sup>

Os tribunais mexicanos são exemplos para todos os Estados partes da Convenção Americana sobre o exercício interno do controle de convencionalidade. O Quarto Tribunal Colegiado em matéria administrativa do México julgou um recurso em que se impugnou decisão na qual o Tribunal Federal de Justiça Fiscal e Administrativa se julgou incompetente para conhecer a causa, sobrestando o processo. A recorrente alegou que essa decisão não cumpriu as formalidades essenciais do procedimento, por não analisar a matéria de fundo e sobrestar o processo (MÉXICO, 2010).

A partir de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos – que não envolviam o México<sup>113</sup> – o Tribunal Colegiado exerceu um controle de convencionalidade ao interpretar a sentença. Assinalou que, quando um Estado ratifica um tratado internacional, como a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), seus juízes devem velar pelo seu cumprimento, porque seu alcance não pode ser limitado por disposições internas contrárias a seu objeto ou a sua finalidade. O controle de convencionalidade deve ser feito entre as normas de direito interno e disposições da CADH considerando não apenas seu texto, mas também a interpretação da Corte IDH. Desse modo, a partir do direito à proteção judicial (artigo 25 da Convenção), bem como de acordo com a jurisprudência da Corte, o Tribunal Colegiado determinou que os órgãos jurisdicionais devem suprimir práticas tendentes a denegar ou limitar o acesso à justiça. Isto é, devem evitar formalismos ou tecnicismos desarrazoados que impeçam o acesso à justiça. Por consequência, o Tribunal concedeu o recurso de amparo e decidiu que, para não violar a garantia do acesso à justiça, o Tribunal Federal deveria declinar do conhecimento do assunto em favor de uma autoridade competente. (MÉXICO, 2010).

Assim, o México tem efetuado um controle de convencionalidade interno de suas normas, tendo como parâmetro não apenas o texto da Convenção Americana de Direitos Humanos como também as decisões da Corte Interamericana. Esse exemplo foi seguido também pela Argentina, Chile e Uruguai, quando declaram nulas suas leis de anistia com fundamento em decisões da Corte Interamericana. O Brasil também já demonstrou observar

---

<sup>112</sup> Em 2009, foi lançado no Brasil a primeira obra que tratava exclusivamente do tema, *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*, de Valério de Oliveira Mazzuoli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>113</sup> Nessa sentença, o Tribunal Colegiado se referiu a diversos julgados da Corte IDH, como os casos *Lopez Álvarez vs. Honduras*, *Baldeón García vs. Peru*, *Ximenes Lopes vs. Brasil*, e *Claude Reyes vs. Chile*. Ao se referir ao controle de convencionalidade, o Tribunal Colegiado baseou-se nos casos *Radilla Pacheco vs. México* e *Almonacid Arellano vs. Chile*.

as determinações da Comissão Interamericana e da Corte, nos casos *Maria da Penha Maia Fernandes*, *Ximenes Lopes*, além dos casos da *ilegalidade da prisão civil do depositário infiel* e da *inexigibilidade de diploma de jornalista para o exercício da profissão*.

### 3.4. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DE CONVENCIONALIDADE

Para Peter Häberle, “se até agora se falava da ‘interpretação conforme a Constituição’ das leis ordinárias, hoje nos encontramos ante o mandato da interpretação dos direitos fundamentais conforme os direitos humanos”. (HÄBERLE, 2003, p. 185). Em outras palavras, o jurista alemão reconhece que o direito interno – inclusive a Constituição – deve ser interpretado em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos.

No âmbito interno, o controle de convencionalidade se confunde com o de constitucionalidade quando os preceitos internacionais de direitos humanos se possuem o mesmo teor de normas constitucionais.

Para Vitor Bazán, a tarefa do controle de constitucionalidade dos tratados internacionais passa antes pela presença ou ausência de disposições expressas que determinem o modo de recepção das normas convencionais e os princípios consuetudinários internacionais no direito interno e que lugar eles ocupam entre as fontes de direito. Como fatores de análise para o problema, sublinha a crescente interdependência entre os Estados, a impossibilidade de isolamento frente aos fenômenos das globalizações e integração econômica, a confiabilidade diante de uma comunidade internacional e a solidificação da política de cumprimento dos compromissos internacionais que envolvam o Estado (BAZÁN, 2002, p. 111-112).

A declaração de inconstitucionalidade de um tratado internacional pelo Estado somente poderia declarar a sua inaplicabilidade, mas não sua nulidade, como ocorre com as leis internas submetidas ao crivo das cortes constitucionais. Isso porque a sanção de nulidade somente poderia se basear em cláusulas de direito internacional, não podendo ser determinada unilateralmente por uma das partes,<sup>114</sup> ainda que a declaração de inaplicabilidade da norma possa incorrer em responsabilidade internacional do Estado.

Nesse sentido, o Ministro Xavier de Albuquerque ressaltou em seu voto no RE 80.004 (STF, 2000) a primazia do direito internacional sobre o direito interno. “A norma

---

<sup>114</sup> O artigo 42.1 da Convenção de Viena de 1969 prevê que: “a validade de um tratado ou do consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado só pode ser contestada mediante a aplicação da presente Convenção”.

internacional tem sua própria forma de revogação, a denúncia, só pode ser alterada por outra norma de categoria igual ou superior, internacional ou supranacional, e jamais pela inferior, interna ou nacional”. Desse modo, a Lei 427, de 1969, e seu decreto de regulamentação, como leis ordinárias, não puderam se sobrepor à Convenção de Genebra,<sup>115</sup> consotante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Bazán (2002) considera inconveniente o controle de constitucionalidade *a posteriori* dos tratados internacionais integrados ao ordenamento jurídico. Isso contribuiria para o esvaziamento do conteúdo axiológico e jurídico da exigência imposta a todos os Estados de honrar seus compromissos internacionais baseada no respeito aos princípios gerais de direito e ao *pacta sunt servanda*, à boa-fé e impossibilidade de alegar disposições internas para justificar o não cumprimento dos acordos internacionais. Ao contrário, propiciaria o demérito da segurança jurídica e da potencial responsabilidade internacional do Estado em questão. (BAZÁN, 2002, p. 111-112).

Para o jurista argentino, eventuais dificuldades políticas, estratégicas ou jurídicas que gerem um instrumento internacional podem ser verificadas pelo Poder Executivo – auxiliado pelo Legislativo –, a quem incumbe a atribuição de obrigar internacionalmente o Estado e manifestar externamente essa vontade (BAZÁN, 2002, p. 111-112).

Assim, deve-se atuar com prudência no procedimento de internalização de tratados, cuidando para que seus preceitos não violem cláusula constitucional alguma, a fim de preservar a supremacia constitucional. Num sistema de controle preventivo e posterior, eventual possibilidade de lesão a ditames constitucionais pode desqualificar o instrumento internacional num exame prévio, o que confere maior credibilidade ao Estado no âmbito internacional (BAZÁN, 2002, p.113).

### **3.4.1. Controle de constitucionalidade dos tratados internacionais na América Latina**

---

<sup>115</sup> Na ementa do RE 80.004, o Supremo Tribunal Federal consignou: “embora a Convenção de Genebra que previu uma Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do país, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do dec-lei nº 427/69, que instituiu o registro obrigatório da nota promissória em repartição fazendária, sob pena de nulidade do título”. George Galindo explica que nesse julgado, o tribunal considerou que se aplica o princípio *lex posterior derogat priori* no conflito entre tratado e lei. Mas o voto do Ministro Xavier de Albuquerque, único a defender um monismo incondicional, afirmou que a prevalência do tratado se baseava na jurisprudência firmada pelo Tribunal, com fundamento no artigo 98 do Código Tributário Nacional. (GALINDO, 2002, p.175-178).

Na Argentina, compete à Corte Suprema de Justiça e aos tribunais inferiores o controle de constitucionalidade das leis.<sup>116</sup> A Colômbia confia à Corte Constitucional a guarda da supremacia da Constituição, que decide definitivamente sobre a exequibilidade dos tratados internacionais previamente. De acordo com o artigo 241 de sua Carta,<sup>117</sup> qualquer cidadão poderá questionar a constitucionalidade dessas normas, e caso a Corte considere inconstitucionais dispositivos de um tratado, o Presidente só poderá manifestar seu consentimento se opor as devidas reservas. Há, aqui, uma obrigatoriedade do controle preventivo de constitucionalidade dos tratados pela Corte, que deve considerar o tratado internacional em sua esfera material e formal a fim de preservar a segurança jurídica. Desse modo, a declaração de inconstitucionalidade do tratado ou da lei aprovadora não permite a sua ratificação pelo Presidente da República (BAZÁN, 2002, p. 125).<sup>118</sup>

A Constituição chilena de 1980 também atribui ao Tribunal Constitucional a competência para exercer o controle de constitucionalidade prévio de tratados submetidos à apreciação do Congresso.<sup>119</sup> Assim, o mecanismo de fiscalização estabelecido concentra-se no controle preventivo de constitucionalidade dos tratados internacionais, que não é obrigatório para o Tribunal, mas facultado à provocação dos legitimados.

---

116 “Artículo 116.- Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del Artículo 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero”. (ARGENTINA, 1994).

117 “ARTICULO 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: (...) 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. (...) 10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva”. (COLÔMBIA, 1991).

118 A Corte Constitucional colombiana também examina a constitucionalidade de tratados aperfeiçoados. A Corte firmou entendimento de que eventual declaração de inconstitucionalidade desses tratados já aperfeiçoados e em vigor não constitui intromissão na competência de juízes internacionais já que não afeta o vínculo internacional porque nessa esfera a sentença não tem validade jurídica alguma – é apenas um aspecto fático a ser considerado para avaliar se a Colômbia está ou não cumprindo suas obrigações internacionais (BAZÁN, 2002, p. 127).

119 “Artículo 82.-Son atribuciones del Tribunal Constitucional: (...) 2º Resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad de los auto acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones; 3º Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso” (CHILE, 1980).

No Chile, é permitido o controle de constitucionalidade difuso dos tratados internacionais, mas apenas perante a Corte Suprema, no exercício do controle incidental de constitucionalidade das leis, que pode deixar de aplicar a norma no caso concreto. Por sua vez, o Tribunal possui prerrogativas limitadas e somente pode atuar no controle preventivo, isto é, antes da sanção presidencial. Trata-se, assim, de um modelo político *sui generis*, em que o a Corte atua como filtro da atividade legislativa (BAZÁN, 2002, p.127-128). Mas a Carta chilena não dispõe acerca da prevalência dos direitos humanos sobre o ordenamento interno – até mesmo porque ainda é a mesma Constituição vigente desde o governo Pinochet. Prevê apenas que é dever dos órgãos estatais respeitar e promover esses direitos.<sup>120</sup>

À Corte Suprema de Justiça uruguaia corresponde julgar quem ofenda os direitos previstos na Constituição, o *jus gentium* e os tratados internacionais.<sup>121</sup> A declaração de inconstitucionalidade de uma lei e das disposições afetadas por ela pela Suprema Corte poderá ser solicitada por juízes, tribunais ou qualquer indivíduo que se considere lesionado em seu interesse pessoal, direto e legítimo, pela via de ação – diretamente à Corte – ou pela via de exceção – por qualquer procedimento judicial.<sup>122</sup>

A Constituição do Peru, apesar de dispor que os tratados celebrados pelo Estado formam parte do direito nacional, credita a eles hierarquia infraconstitucional, embora todas as normas relativas a direitos e liberdades devam ser interpretadas conforme a DUDH. A ação de inconstitucionalidade preserva a constituição em face de normas contrárias a ela que tenham *status* de lei, como os tratados internacionais.<sup>123</sup> Esgotada a jurisdição interna, quem

---

<sup>120</sup> “Artículo 5°. *La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*” (CHILE, 1980).

<sup>121</sup> O artigo 239 da Constituição uruguaia prevê: “*Suprema Corte de Justicia corresponde: 1º Juzgar a todos los infractores de la Constitución, sin excepción alguna; sobre delitos contra Derecho de Gentes y causas de Almirantazgo; en las cuestiones relativas a tratados, pactos y convenciones con otros Estados; conocer en las causas de los diplomáticos acreditados en la República, en los casos previstos por el Derecho Internacional*”. (URUGUAY, 1967).

<sup>122</sup> “Artículo 258.- *La declaración de inconstitucionalidad de una ley y la inaplicabilidad de las disposiciones afectadas por aquélla, podrán solicitarse por todo aquel que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo: 1º Por vía de acción, que deberá entablar ante la Suprema Corte de Justicia. 2º) Por vía de excepción, que podrá oponer en cualquier procedimiento judicial. El Juez o Tribunal que entendiere en cualquier procedimiento judicial, o el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en su caso, también podrá solicitar de oficio la declaración de inconstitucionalidad de una ley y su inaplicabilidad, antes de dictar resolución. En este caso y en el previsto por el numeral 2º), se suspenderán los procedimientos, elevándose las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia*”. (URUGUAY, 1967).

<sup>123</sup> Segundo o artigo 200.4 da Constituição peruana, “*la Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo*”. (PERU, 1993).

se considere lesado em seus direitos e garantias constitucionais pode recorrer a tribunais ou organismos internacionais constituídos segundo os tratados de que o Peru seja parte.<sup>124</sup> No Peru, cabe ao Tribunal Constitucional conhecer, em única instância, a ação de inconstitucionalidade.<sup>125</sup>

Para Vitor Bazán, essas características do sistema constitucional peruano têm grande relevância para prevenir a reiteração de eventos censuráveis da história recente desse Estado, como no ocorrido no governo Fujimori, dentre eles o desconhecimento de sentenças emitidas contra o Peru pela Corte Interamericana; à declaração de inexecutoriedade por organismos de justiça internos; à devolução das demandas notificadas pelo organismo internacional; e ao retiro, com efeitos imediatos, do Estado peruano da competência contenciosa da Corte Interamericana, aprovado mediante a Resolução 27.152/1999 (BAZÁN, 2002, p. 142-143).

Uma importante característica da maioria dos ordenamentos latino-americanos estudados é o controle de constitucionalidade prévio ou preventivo dos tratados internacionais, que pode ser obrigatório, como na Colômbia ou Equador, ou facultativo, como na Bolívia e no Chile. Esse tipo de controle é muito importante no processo de integração do direito internacional aos internos, porque os tratados somente são ratificados após a verificação de sua constitucionalidade pela Corte Suprema do Estado, o que evita a impugnação posterior das leis de aprovação e suas consequências negativas, analisadas no primeiro capítulo.

### **3.4.2. Controle de constitucionalidade dos tratados no Brasil**

O controle de constitucionalidade dos tratados – e porque não dizer também o de convencionalidade – depende do modo de incorporação desses textos ao direito interno de cada Estado. Deve haver normas claras a esse respeito – ao contrário do Chile e do Brasil – para que não haja um labor jurisprudencial excessivo dos Tribunais Constitucionais, que determinam, contramajoritariamente, o alcance dessas normas nos ordenamentos jurídicos.

---

124 O artigo 205 da Constituição do Peru prevê: “*Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituídos según tratados o convenios de los que el Perú es parte*”. (PERU, 1993).

125 “*Artículo 202. Corresponde al Tribunal Constitucional: 1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad*”. (PERU, 1993).

Vitor Bazán (2002, p. 154) propõe para os sistemas jurídicos que não tratam do modo de recepção dos tratados internacionais que confirmam prioridade aos tratados e convenções internacionais e que, ao menos, sejam respeitados pelas leis posteriores. Incentiva tais sistemas a adotarem o controle de constitucionalidade preventivo e obrigatório, permanecendo o controle repressivo para os tratados que já se encontrem em vigor. Essas medidas possibilitam a acomodação das normas internacionais nos ordenamentos internos sem distúrbios institucionais e permitem prevenir contradições, contribuindo para o fortalecimento da imagem do Estado em questão. O professor argentino defende, ainda, que tratados de direitos humanos tenham força de norma constitucional, ainda que não integrem o texto formal da Carta – como atualmente é possível no Brasil, a partir da EC 45/2004. Essas medidas contribuem para a consolidação dos direitos humanos nos ordenamentos jurídicos internos e asseguram sua aplicação obrigatória pelos órgãos judiciais.

Em sentido amplo, no ordenamento brasileiro, todas as normas internacionais relativas a direitos humanos possuem hierarquia constitucional, conforme o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição da República, o qual prevê que os direitos e garantias constitucionais não excluem outros decorrentes de tratados internacionais de que o Estado faça parte. Portanto, todos esses tratados poderiam ser parâmetro do controle de convencionalidade, ou constitucionalidade, *a priori*.

Entretanto, a Emenda Constitucional 45/2004 dispôs que apenas os tratados de direitos humanos internalizados pelo rito legislativo das emendas constitucionais teriam hierarquia constitucional e poderiam ser parâmetro para esse controle.

Desse modo, caso o tratado tenha *status* constitucional, seu controle de constitucionalidade se dará em relação às exigências formais e às cláusulas pétreas, da mesma forma que as emendas constitucionais.<sup>126</sup> Mas quando essas normas têm hierarquia supralegal, a solução é distinta porque a força normativa e soberana da Constituição se impõe sobre elas.

O controle de constitucionalidade no Brasil pode ser preventivo ou repressivo. Esse pode ser feito pelo Supremo Tribunal Federal por meio das ações direta de inconstitucionalidade (ADI) e declaratória de constitucionalidade (ADC), bem como pela arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), previstas no artigo 102 da Constituição da República e nas Leis 9.868/1999 e 9.882/1999.<sup>127</sup> Pode ser feito também pelo

---

<sup>126</sup> “É admissível a aferição de constitucionalidade do chamado direito constitucional secundário, uma vez que, segundo a doutrina e jurisprudência dominantes, a reforma constitucional deve observar não apenas as exigências formais do art. 60, I, II e III, e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, como também as cláusulas pétreas (art. 60, § 4º). (BRANCO, COELHO e MENDES, 2008, p. 1.111).

<sup>127</sup> “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

STF e por qualquer juiz ou órgão especial dos Tribunais em sede de controle difuso, nos moldes do sistema americano da *judicial review* (CLÈVE, 2000, p. 64-66).<sup>128</sup>

Como vimos no primeiro capítulo, os tratados de direito internacional devem se submeter a um procedimento de internalização que, em regra, se inicia com as negociações e assinatura pelo Presidente da República e culmina com a promulgação do decreto presidencial e sua publicação. É esse decreto que pode se submeter ao crivo do controle de constitucionalidade, e não o tratado propriamente dito.

O Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, III, “b” da Constituição de 1988, tem competência para julgar recurso extraordinário quando a decisão recorrida declara a inconstitucionalidade de tratado ou lei.<sup>129</sup> Desse modo, entendemos que o STF tem competência para a apreciação do controle de constitucionalidade difuso dos tratados internacionais em modo geral e daqueles que tenham hierarquia supralegal.

O controle de constitucionalidade preventivo pode ser exercido na via política, pelas Comissões de Constituição e Justiça no Congresso Nacional, ao se verificar a compatibilidade de um projeto de lei (em sentido lato) com as disposições constitucionais. Pode também ser feito pelo Supremo Tribunal Federal, excepcionalmente, pela via do mandado de segurança impetrado por parlamentar, que tenha por objeto o direito líquido e certo de não votar projetos de lei que considerem inconstitucionais ou que supostamente violem cláusulas pétreas. Esse controle por meio do mandado de segurança é possível apenas quando se tratar de inconstitucionalidade formal, e não material.<sup>130</sup>

---

I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”. (BRASIL, 1988).

<sup>128</sup> O artigo 97 da Constituição brasileira de 1988 dispõe que “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”. (BRASIL, 1988).

<sup>129</sup> Para José Afonso da Silva, “é esse inciso III do art. 102 que dá fundamento constitucional ao controle de constitucionalidade pelo método difuso. Por ele se vê que qualquer juízo, em única ou última instância, pode conhecer da matéria constitucional, mediante declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou julgando válida - quer dizer, constitucional - lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição. (...) Observe-se que é na alínea ‘b’ do inciso III do art. 102 que se acha o fundamento de que os tratados internacionais não de subordinar-se aos ditames constitucionais. Adotou-se o princípio da primazia do direito constitucional em relação ao Direito Internacional” (SILVA, 2005, p. 553).

<sup>130</sup> “Ainda sob a Constituição de 1967/69, o Supremo Tribunal Federal, no MS 20.257, entendeu admissível a impetração do mandado de segurança contra ato da Mesa da Câmara ou do Senado Federal, asseverando-se que quando ‘a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda (...), a inconstitucionalidade (...) já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformarem em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição”. (BRANCO, COELHO e MENDES, 2008, p. 1.078).

O controle preventivo não é predominante no sistema brasileiro, mas deve ser priorizado, sobretudo no que tange ao controle de normas internacionais, porque a ratificação de um tratado gera obrigações no plano internacional, ainda que sua vigência no plano interno só ocorra com a publicação do decreto do Poder Executivo. Assim, a declaração de inconstitucionalidade posterior desse Decreto o torna nulo no âmbito interno, mas a obrigação em adimpli-lo persiste e somente cessa com a denúncia.<sup>131</sup> Caso o rito da denúncia não seja observado, há possibilidade de responsabilização internacional pelo descumprimento do tratado.<sup>132</sup> A fim de evitar declarações de inconstitucionalidade posteriores e de harmonizar os direitos interno e internacional, é possível o estabelecimento de reservas pelo Estado, desde que respeitadas o objeto e a finalidade do tratado.<sup>133</sup>

Observe-se que o art. 46.1, da Convenção de Viena de 1969 afirma que não se pode alegar disposições de direito interno para o não cumprimento de tratados internacionais:

Um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental.

Essa disposição limita o controle de constitucionalidade *a posteriori* dos tratados, que somente pode ser realizado quando a afronta se referir à norma de importância fundamental. Claramente, a Convenção de Viena prezou pelo respeito às normas de direito internacional e pela primazia do controle de constitucionalidade prévio.

---

<sup>131</sup> Celso Albuquerque de Mello aponta como causas que põem fim ao tratado a sua execução integral; o consentimento mútuo; o termo ou prazo final; condições resolutorias; renúncia do beneficiário; caducidade; guerra; fato de terceiro; impossibilidade de execução, física ou jurídica, e desde que não resulte de uma violação sua ao tratado; a ruptura das relações diplomáticas e consulares; a inexecução do tratado por uma das partes; e, a causa por excelência, que é a denúncia unilateral. (MELLO, 2004, p. 257-259).

<sup>132</sup> “Estipula a Convenção de Viena que a anulação só pode ser invocada se a ‘violação for manifesta’ e se a norma do direito interno violada era de ‘importância fundamental’. Considera ‘violação manifesta’ aquela que é ‘objetivamente evidente a qualquer Estado’, levando-se em consideração a prática normal e a boa fé. Esta concepção é a que melhor atende às necessidades da vida internacional, uma vez que resguarda a segurança das relações internacionais e ao mesmo tempo responde às maiores necessidades do direito interno dos Estados”. (MELLO, 2004, p. 239).

<sup>133</sup> A Convenção de Viena define reserva do seguinte modo: “uma declaração unilateral, qualquer que seja sua redação ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar os efeitos jurídicos de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado”. Para Celso de Albuquerque Mello, “As reservas, para serem válidas, devem preencher uma condição de forma e outra de fundo. A condição de forma é que ela deve ser apresentada por escrito pelo poder competente dentro do Estado para o trato dos assuntos internacionais, isto é, pelo Poder Executivo. O Legislativo não pode apresentar reservas no plano internacional. A condição de fundo é a aceitação da reserva pelos outros contratantes”. (MELLO, 2004, p. 247).

Acreditamos que a diferença de um tratado aprovado sob o rito do parágrafo 3º – como a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – de um anterior à Emenda Constitucional 45/2004, não aprovado sob esse rito – como a Convenção Americana de Direitos Humanos – é apenas formal, em virtude da aprovação da primeira por quórum qualificado. Materialmente, ambos tratam da proteção internacional dos direitos humanos e vinculam o Estado no âmbito internacional da mesma forma.<sup>134</sup> Desse modo, os tratados internacionais de direitos humanos podem servir de parâmetro a ser observado por todo o ordenamento infraconstitucional, inclusive para outros tratados internacionais ratificados pelo Brasil. E não apenas. Como materialmente ampliam direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição, tratados de direitos humanos devem ser observados também nas reformas constitucionais, na qualidade de cláusulas pétreas.<sup>135</sup> Mas, nesses casos, como não se tratam de normas formalmente constitucionais, seu respeito deve ter amparo por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental e do controle difuso.

Por isso, concordamos com a ideia de que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil podem até não possuir hierarquia constitucional – no sentido formal da EC 45/2004 –, mas se equiparam a preceitos fundamentais assegurados pela Constituição, no aspecto material, e podem servir de parâmetro para o controle de convencionalidade interno.

Contudo, reconhecemos que esse posicionamento está, no momento, superado, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que conferiu aos tratados de direitos humanos em geral a hierarquia supralegal, afirmando que somente os tratados submetidos ao quórum qualificado teriam *status* constitucional.

### **3.4.3. Controle de constitucionalidade de Convenções com *status* supralegal**

Após a consagração do entendimento de que Convenções de direitos humanos no Brasil tem hierarquia supralegal quando não aprovados sob o rito do parágrafo 3º do artigo 5º

---

<sup>134</sup> Cançado Trindade defende que se devem buscar soluções que façam interagir normas constitucionais e normas internacionais de proteção tendo como parâmetro as normas que confirmam maior proteção ao indivíduo e não pelo conceito apriorístico de superioridade hierárquica. Desse modo, o direito internacional não seria superior ao interno pela forma, mas pela substância: se fornecer proteção mais ampla (TRINDADE, 1996, p. 205-236). No mesmo sentido, Ingo Sarlet defende que os direitos materialmente fundamentais oriundos de tratados internacionais pertencem à constituição material e possuem, portanto, status equivalente, denominando esse fenômeno de tese de equiparação (SARLET, 2001, p. 132).

<sup>135</sup> O parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição de 1988 prevê que não será objeto de deliberação nas Casas congressuais a proposta de emenda tendente a abolir direitos e garantias fundamentais.

da Constituição da República (BRASIL, 2009), como poderia se realizar o controle de convencionalidade interno desses tratados?

Inicialmente, dado seu caráter infraconstitucional, esses tratados poderão servir tão somente de parâmetro de aferição da legalidade de outras normas pelo Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 105, III, da Constituição da República.<sup>136</sup>

Contudo, se considerarmos a relevância dos direitos humanos para o direito internacional e para o direito interno, e tendo em vista que os direitos e garantias previstos nas convenções internacionais podem ser considerados cláusulas pétreas, afigura-nos possível o controle de constitucionalidade – ou convencionalidade – pelo Supremo Tribunal Federal por meio de arguição de descumprimento se os equiparmos a preceitos fundamentais.

Para Gilmar Mendes, esses preceitos fundamentais estão enunciados – de forma explícita – no texto constitucional, como os direitos e garantias individuais, as cláusulas pétreas, os fundamentos e princípios da ordem constitucional, e os princípios sensíveis. Ensina que “é o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais” (MENDES, 2007, p. 83).

No julgamento da ADPF 77 (DJ de 6/11/2007), o relator Ministro Menezes Direito, em seu voto, procurou determinar o alcance da expressão “preceitos fundamentais”. Para ele, essa expressão pretendeu alcançar todos os direitos e garantias fundamentais, e também todos os direitos vinculados ao exercício das liberdades públicas e aos direitos sociais, relacionados ao princípio da dignidade humana. Esses preceitos seriam suscetíveis de abusos dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Desse modo, verifica-se a importância do Supremo Tribunal Federal na conformação do significado de “preceito fundamental”, de acordo com a evolução valorativa do conceito, que pode considerar os tratados internacionais de direitos humanos como preceitos fundamentais e parâmetro para a arguição de descumprimento, efetuando, assim, o controle de convencionalidade das demais normas infraconstitucionais federais, estaduais, municipais e, até mesmo, anteriores à Constituição vigente.

---

<sup>136</sup> “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: (...) III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal” (BRASIL, 1988).

Assim, consideramos mitigada a competência do Superior Tribunal de Justiça para julgar recurso especial quando a decisão recorrida contrariar tratado ou negar-lhe vigência, consoante o disposto no artigo 105, III, 'a', da Constituição de 1988.<sup>137</sup>

---

<sup>137</sup> “O que dá característica própria ao STJ são as atribuições de controle da inteireza positiva, da autoridade e da uniformidade de interpretação da lei federal, consubstanciando-se, aí, jurisdição de tutela do princípio da incolumidade do direito objetivo (...). As letras ‘a’ e ‘c’ contêm questão federal que cabe ao STJ resolver, reformando a decisão se ela, de fato, contrariar tratado ou lei federal ou negar-lhes vigência – que, no fundo, significa negar-lhes aplicação –, ou lhe cabe dar a interpretação correta. Nesses casos está o Tribunal no exercício do controle da inteireza positiva, da autoridade e da interpretação da lei federal” (SILVA, 2005, p. 570).

## 4. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL

Após analisarmos as relações entre os direitos internos e o direito internacional, compreendermos o que é o controle de convencionalidade e como se o controle de constitucionalidade dos tratados internacionais no Brasil e na América Latina, veremos agora como ele se aplica ao Brasil e em que medida o Estado brasileiro efetiva internamente as determinações dos órgãos do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

Iniciaremos com o estudo da efetividade das sentenças da Corte Interamericana, em razão de seu caráter jurisdicional, que confere a elas a autoridade da coisa julgada no âmbito internacional. Depois, observaremos as iniciativas brasileiras que visam conferir efetividade no âmbito doméstico a essas decisões que, por enquanto, se restringem a estabelecer parâmetros pecuniários para as indenizações determinadas pela Corte.

Na sequência, estudaremos os casos em que o Brasil promoveu uma ampla reforma político-legislativa pautada em recomendações e decisões da Comissão Interamericana e da Corte, e outros em que o Supremo Tribunal Federal demonstrou sua abertura hermenêutica a julgados da Corte Interamericana, reformando sua jurisprudência consolidada e assegurando a devida proteção a direitos e garantias previstos na Convenção Americana.

Por fim, será analisada a declaração de constitucionalidade da lei de anistia pela Suprema Corte e repercussão interna da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos que declarou a nulidade da lei de anistia brasileira.

### 4.1. EFEITOS DAS SENTENÇAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Como as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos são implementadas no Brasil? Essa pergunta é de extrema relevância para a crescente inter-relação entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno brasileiro, sobretudo face às recentes condenações que o Estado vem sofrendo pelos órgãos do sistema interamericano.

Diferentemente da regra em relação às sentenças estrangeiras, as decisões de mérito da Corte IDH não necessitam de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Entretanto, não há uma regulamentação legal sobre como essas sentenças deverão ser

implementadas no âmbito interno. Como então proceder nos casos de condenações do Estado brasileiro por tribunais internacionais?

A princípio qualquer decisão estrangeira é destituída de eficácia na jurisdição interna, em razão da prevalência prevalece do princípio da independência das jurisdições no âmbito internacional. A soberania dos Estados ficaria comprometida se fosse possível a execução de decisões estrangeiras sem um reconhecimento ou uma validação no ordenamento jurídico do país que irá utilizar da força executória da sentença (MACIEL, 2010, p. 765).

O artigo 15 da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC)<sup>138</sup> e o artigo 105, inciso I, “i”, da Constituição da República<sup>139</sup> preveem que será executada no Brasil a sentença proferida por juiz competente, respeitado o devido processo legal, transitada em julgado, traduzida por intérprete autorizado, e homologada pelo Superior Tribunal de Justiça. O artigo 17 da LICC dispõe que essas sentenças não terão eficácia no Brasil quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.<sup>140</sup>

Esse exame formal do cumprimento de requisitos processuais básicos para o cumprimento da sentença estrangeira no país chama-se processo de delibação. É nesse juízo de delibação que se verifica a regularidade da sentença estrangeira, quanto à forma, à autenticidade e competência do órgão prolator, bem como se o mérito da decisão não ofende os princípios do artigo 17 da LICC.

Mas nem toda sentença estrangeira deve passar pelo processo de homologação – ou delibação – para ser executada no Brasil. “É que tratado internacional pode estabelecer a desnecessidade de análise de requisitos processuais próprios de tal juízo”. (MACIEL, 2010, p. 768).

De acordo com a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), em seus artigos 67 e 68, as sentenças proferidas pela Corte Interamericana são definitivas e inapeláveis. Os Estados partes, ao aceitarem a jurisdição contenciosa da Corte, comprometeram-se a cumprir a decisão sempre que forem partes, devendo executar a indenização compensatória “pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado” (BRASIL, 1992).

<sup>138</sup> “Art. 15. Será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro, que reúna os seguintes requisitos: a) haver sido proferida por juiz competente; b) terem sido os partes citadas ou haver-se legalmente verificado à revelia; c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida; d) estar traduzida por intérprete autorizado; e) ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal. (Vide art.105, I, i da Constituição Federal)”. (BRASIL, 1942).

<sup>139</sup> “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: (...) i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias” (BRASIL, 1988).

<sup>140</sup> “Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”. (BRASIL, 1942).

Assim, as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos não necessitam de homologação no ordenamento jurídico interno, porque não são oriundas de uma soberania estrangeira, mas de uma jurisdição internacional ao qual o Brasil aderiu voluntariamente. Essas sentenças se baseiam no direito internacional já incorporado ao nosso ordenamento, ao contrário das sentenças estrangeiras.

As sentenças estrangeiras “têm origem em um Estado cujo ordenamento jurídico poderá apresentar particularidades e discrepâncias em relação ao nosso” (COELHO, 2008, p. 90) e necessitam de homologação do Superior Tribunal de Justiça (STJ) para que tenham repercussão no Brasil. Já as sentenças internacionais, como aquelas proferidas pela Corte Interamericana, não têm origem em nenhum Estado e, portanto, não se subordinam a nenhuma soberania. “Na verdade, essas decisões só são obrigatórias para os Estados que previamente acordaram (princípio do *pacta sunt servanda*) em se submeter à jurisdição do tribunal internacional que as proferiu” (*Ibid*, p. 93).

A Convenção Americana de Direitos Humanos dispõe, em seu artigo 25.2, c, sobre o compromisso dos Estados partes de garantir o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão da Corte Interamericana. O artigo 65 prevê que a Corte submeterá à Assembleia-Geral da OEA, em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre suas atividades no ano anterior, que indicará os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças (BRASIL, 1992).

O novo regulamento da Corte Interamericana – que passou a vigor a partir de janeiro de 2010 – dispõe sobre a supervisão de cumprimento de sentenças e outras decisões do Tribunal, em seu artigo 69, da seguinte forma:

1. A supervisão das sentenças e das demais decisões da Corte realizar-se-á mediante a apresentação de relatórios estatais e das correspondentes observações a esses relatórios por parte das vítimas ou de seus representantes. A Comissão deverá apresentar observações ao relatório do Estado e às observações das vítimas ou de seus representantes.

2. A Corte poderá requerer a outras fontes de informação dados relevantes sobre o caso que permitam apreciar o cumprimento. Para os mesmos efeitos poderá também requerer as perícias e relatórios que considere oportunos.

3. Quando considere pertinente, o Tribunal poderá convocar o Estado e os representantes das vítimas a uma audiência para supervisionar o cumprimento de suas decisões e nesta escutará o parecer da Comissão.

4. Uma vez que o Tribunal conte com a informação pertinente, determinará o estado do cumprimento do decidido e emitirá as resoluções que estime pertinentes.

5. Essas disposições também se aplicam para casos não submetidos pela Comissão. (Corte IDH, 2009).

As disposições contidas na Convenção Americana e no regulamento da Corte Interamericana não comportam mecanismos asseguradores da execução de suas sentenças, sejam internos ou internacionais. A fim de preencher essa lacuna, Cançado Trindade defende a criação de um mecanismo de supervisão internacional das sentenças da Corte.<sup>141</sup>

Esse mecanismo de supervisão de sentenças proposto pelo autor situar-se-ia no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) e seria permanente, suprindo, desse modo, essa lacuna do sistema interamericano – que, ao contrário do sistema de proteção europeu, não conta com um Comitê de Ministros para essa finalidade (TRINDADE, 2003, p. 369). Essa proposta ainda está sendo discutida e não foi adotada no regulamento da Corte Interamericana de 2009. Enquanto isso, permanece o vazio e a Corte IDH sobrecarrega-se com a tarefa adicional de supervisão da execução de suas sentenças no plano do direito interno dos Estados.

Cançado Trindade sustenta que “o descumprimento de uma Sentença da Corte faz com que o Estado em questão incorra em uma violação adicional da Convenção” (2003, p. 125). No caso *Eloisa Barrios y otros vs. Venezuela* (Corte IDH, 2005), em seu voto concorrente, o juiz Cançado Trindade transpareceu esse entendimento em relação às Medidas Provisórias proferidas pela Corte:

6. As Medidas Provisórias de Proteção acarretam obrigações para os Estados em questão, que se distinguem das obrigações que emanam das respectivas Sentenças enquanto o mérito dos casos respectivos. Por exemplo, no presente caso de *Eloisa Barrios y Otros*, as obrigações estabelecidas nos pontos resolutivos ns. 9 e 10 da presente Resolução da Corte (dever de investigação dos fatos e identificação e sanção dos responsáveis) são deveres que incumbem ao Estado precisamente em consequência do descumprimento das Medidas Provisórias de Proteção ordenadas pela Corte.

7. E antes desse descumprimento, existiam – e existem – obrigações emanadas das Medidas Provisórias de Proteção per se. São elas totalmente distintas de obrigações que eventualmente se desprendam de uma Sentença de mérito (e, nesse caso, reparações) sobre o cas d'espèce. Isto significa que as Medidas Provisórias de Proteção constituem um instituto jurídico dotado de autonomia própria, têm efetivamente um regime jurídico próprio, o que, por sua vez, revela a alta relevância da dimensão preventiva da proteção internacional dos direitos humanos.

8. Tanto é assim que, sob a Convenção Americana (artigo 63(2)), a responsabilidade internacional de um Estado pode configurar-se pelo

---

<sup>141</sup> É de se esperar que todos os Estados partes busquem equipar-se para assegurar a fiel execução das Sentenças da Corte Interamericana. (...) As vítimas de violações de direitos humanos, em cujo favor tenha a Corte Interamericana declarado um direito – quanto ao mérito do caso, ou reparações lato sensu – ainda não têm inteira e legalmente assegurada a execução das sentenças respectivas no âmbito do direito interno dos Estados demandados. Cumpre remediar prontamente esta situação. (TRINDADE, 2003, p. 184).

descumprimento de Medidas Provisórias de Proteção ordenadas pela Corte, sem que o caso respectivo se encontre, enquanto ao mérito, em conhecimento da Corte (ainda mais da Comissão Interamericana de Direitos Humanos). Isto reforça minha tese, que me permito avançar neste Voto Concorrente, no sentido de que as Medidas Provisórias de Proteção, dotadas que são de autonomia, têm um regime jurídico próprio, e seu descumprimento gera a responsabilidade do Estado, têm consequências jurídicas, além de destacar a posição central da vítima (desse descumprimento), sem prejuízo do exame e resolução do caso concreto em seu mérito. (Corte IDH, 2005).

Esse entendimento pode ser perfeitamente aplicado às decisões da Corte Interamericana de caráter contencioso. Isso porque o descumprimento dessas decisões viola a obrigação internacional secundária de o Estado cumpri-las, que se distingue da obrigação primária relativa ao cumprimento da sentença de mérito.

No plano interno, tem-se notícia de três Estados partes na Convenção Americana de Direitos Humanos que adotaram mecanismos permanentes para a execução das sentenças internacionais: o Peru, a Colômbia e a Costa Rica. A Costa Rica e a Corte Interamericana firmaram um acordo, o qual estabeleceu que as resoluções da Corte, uma vez comunicadas às autoridades administrativas ou judiciais, terão a mesma força executiva das sentenças ditas pelos tribunais estatais (GONZÁLEZ VOLIO, 2005, p. 318).

A Colômbia aprovou a Lei 288 por meio da qual se estabeleceram instrumentos para a indenização pelo prejuízo causado a vítimas de violações de direitos humanos, em virtude do disposto pelos órgãos internacionais. Essa lei criou trâmites conciliatórios e incidentes de liquidação do prejuízo e adotou mecanismo que exige uma decisão prévia, escrita e expressa do Comitê de Direitos Humanos criado pelo Pacto dos Direitos Civis e Políticos ou da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Entretanto, a lei se limitou a dar eficácia às resoluções desses órgãos internacionais, deixando de fora a Corte Interamericana (*Idem*).

A Constituição do Peru de 1993 estabeleceu que, uma vez esgotada a jurisdição interna, quem se considerar lesado em seu direito pode recorrer aos tribunais e organismos internacionais constituídos segundo tratados ou convênio de que o Estado seja parte. O Peru atribui ao órgão judiciário máximo de seu ordenamento interno (a Corte Suprema de Justiça) a faculdade de dispor sobre a execução e o cumprimento das decisões de órgãos de proteção internacional a que estiver submetido (modelo judicial); e a Colômbia, a um Comitê de Ministros com a mesma função (modelo executivo) (COELHO, 2008, p. 15).

Diante dos empecilhos de ordem interna, a interpretação dos efeitos da sentença internacional e a sua exigibilidade devem ser feitas a partir dos princípios que regem o direito

internacional, visto que frente às obrigações internacionais não se pode arguir impedimentos de ordem interna.

Como visto, a sentença internacional não necessita de regulamentação doméstica para adquirir eficácia. Contudo, ante a resistência dos Estados em acatar as decisões de órgãos internacionais, a previsão expressa, seja em nível convencional, constitucional ou legal, pode facilitar a exigibilidade dessas sentenças. Como bem observa Mireille Delmas-Marty:

Os efeitos dos julgados da Corte se observa também, em longo prazo, sobre a legislação e a jurisprudência nacionais. Efeito corretivo, às vezes após inúmeras condenações, até que o direito nacional terminará por ser modificado para evitar novos recursos; mas também, efeito preventivo, por modificação espontânea da nação. (DELMAS-MARTY, 2003, p. 31).

A falta de sanções aos Estados violadores de direitos humanos é a principal causa da não eficácia das decisões internacionais – e do próprio direito internacional. Em razão dessa falta de mecanismos coercitivos, muitos Estados praticaram – e continuam praticando – violações aos direitos previstos não só na Convenção Americana, como em tantos outros documentos internacionais, comprometendo, assim, a eficácia das sentenças da Corte IDH nos Estados partes da Convenção Americana.

A adesão voluntária do Estado brasileiro aos principais tratados de direitos humanos e o respeito às obrigações contraídas internacionalmente é tarefa complexa, tendo em vista a estrutura federal descentralizada e a multiplicidade de instituições envolvidas. Para o aperfeiçoamento da tutela interna desses direitos, é necessário que os entes federativos e suas instituições se convençam da necessidade das instâncias internacionais as quais o Estado integra. Essa integração ocorre por meio da colaboração entre o governo brasileiro e os órgãos componentes do sistema interamericano.

O Brasil colabora com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos quando, por exemplo, aceita as funções de monitoramento externo dos direitos humanos, com visitas realizadas por seus membros, que elaboram relatórios periódicos sobre a situação desses direitos aqui – se estão ou não sendo respeitados e como isso ocorre. Outro exemplo são as “soluções amistosas” em que a Comissão Interamericana promove o diálogo do Estado com as vítimas, comprometendo-se o Estado a cumprir as medidas propostas pela Comissão e pela vítima, a fim de reparar os danos causados.

O Brasil promulgou a Convenção Americana de Direitos Humanos por meio do Decreto 678/1992, e reconheceu a competência obrigatória da Corte Interamericana por meio do

Decreto Legislativo 89/ 1998. Mas, ao contrário do Peru e da Colômbia, não tem uma norma interna que regule a implementação das decisões da Corte.

Em 2000, foi apresentado o Projeto de Lei 3.214, que tratava dos “efeitos jurídicos das decisões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos e dá outras providências” (BRASIL, 2000). A justificativa para a apresentação desse projeto vai ao encontro do anseio de estreita interligação entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno:

... Apesar da ratificação, as decisões dessas instâncias não estão sendo respeitadas pelo Brasil. O Poder Executivo manifesta interesse em cumprir com as decisões da CIDH e da Corte Interamericana, que também é hoje presidida por um brasileiro, Dr. Antônio Augusto Cançado Trindade, porém alega a inexistência de legislação ordinária nacional destinada a disciplinar a matéria.

O intuito desse projeto de lei é sanar as lacunas jurídicas entre a jurisdição dos organismos estabelecidos na Convenção Americana de Direitos Humanos e a jurisdição nacional. Não é possível admitir-se que, mesmo depois da ratificação, o Brasil não implemente as recomendações e decisões dessas instâncias. Hoje existem dezenas de casos brasileiros que estão sendo apreciados pela CIDH e, em breve, certamente, existirão outros que serão decididos no âmbito da Corte Interamericana. Ressalta-se que somente são apreciados no âmbito dessas instâncias internacionais os casos extremamente graves de violações de direitos humanos que tenham ficado impunes embora já tramitados nas vias internas.

Através desse projeto de lei, queremos também permitir que a União assumira a responsabilidade pelo pagamento das indenizações quando assim for decidido pelo organismo podendo, no entanto, intentar ação regressiva contra o Estado da Federação, pessoa jurídica ou física que tenha sido responsável pelos danos causados à vítima. Desta forma, é um projeto que aperfeiçoa a vigência e eficácia jurídica do sistema interamericano de direitos humanos na jurisdição brasileira. (BRASIL, 2000).

A redação do Projeto de Lei 3.214/2000 era simples. Previa em seu artigo 1º que as decisões da CIDH e da Corte IDH produziram “efeitos jurídicos imediatos no âmbito do ordenamento interno brasileiro”. O artigo 2º dispunha que as decisões de caráter indenizatório constituir-se-iam títulos executivos judiciais sujeitos à execução contra a Fazenda Pública. O valor fixado na indenização corresponderia aos parâmetros fixados por organismos internacionais e o crédito teria natureza alimentícia. Por fim, o artigo 3º viabilizava ações regressivas da União “contra as pessoas físicas ou jurídicas, privadas ou públicas, responsáveis direta ou indiretamente pelos atos ilícitos que ensejaram a decisão de caráter indenizatório” (BRASIL, 2000).

A Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional da Câmara dos Deputados (CREDN) alterou algumas disposições do projeto, tendo em vista dificuldades enfrentadas

para sua aprovação. Para a Comissão, as decisões da Corte devem ser consideradas, formalmente, sentenças estrangeiras, ainda que produzidas por organização internacional, submetendo-se, portanto, à homologação interna. Assim consignou-se que caberia ao Poder Executivo encaminhar a decisão para homologação pelo Poder Judiciário.

Rodrigo Meirelles Gaspar Coelho considera as alterações feitas pela CREDN retrógradas e contrárias à interpretação sistemática da Convenção Americana e do ordenamento jurídico nacional.<sup>142</sup>

Concordamos com o posicionamento do autor, porque, ao aprovar a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Estado brasileiro se comprometeu a não editar normas posteriores que restringisse sua aplicação. Com efeito, se o PL 3.214/2000 fosse aprovado com as alterações sugeridas pela CREDN, a lei interna contrariaria um compromisso internacional assumido pelo Brasil anteriormente.

Apesar de essa tentativa de regulamentação interna ter sido frustrada, com o arquivamento do PL 3.214/2000, encontra-se em tramitação o Projeto de Lei 4.667/2004, que reproduz, em grande parte, o teor do projeto anterior.<sup>143</sup>

Na justificativa do projeto, entendeu-se ser mais adequado que o texto contemplasse todos os organismos internacionais, cuja competência é reconhecida pelo Estado brasileiro – em vez de apenas a Comissão e a Corte Interamericana.

A Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM) da Câmara dos Deputados apresentou um substitutivo que alargou bastante a proposta inicial do projeto, conferindo maior efetividade a essas decisões no âmbito interno (BRASIL, 2006).<sup>144</sup> A Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional aprovou o substitutivo da CDHM.

---

<sup>142</sup> Ao exigir a prévia homologação pelo Supremo Tribunal Federal (STF), das sentenças proferidas pela Corte Interamericana, o referido projeto de lei equiparou-as às sentenças estrangeiras (antigo art. 102, I, “h”, da Constituição), o que constitui equívoco quanto à sua natureza jurídica. A homologação é formalidade necessária para garantir a execução de sentenças estrangeiras no Estado, justamente porque são decisões de outros Estados fundamentadas em leis estranhas ao ordenamento jurídico brasileiro, não integradas à nossa legislação. As decisões da Corte Interamericana são sentenças internacionais, e não estrangeiras... (COELHO, 2008, p. 101).

<sup>143</sup> Seu texto original dispunha: “Art. 1º. As decisões dos Organismos Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos cuja competência foi reconhecida pelo Estado Brasileiro, produzem efeitos jurídicos imediatos no âmbito do ordenamento interno brasileiro. Art. 2º. Quando as decisões forem de caráter indenizatório, constituir-se-ão em títulos executivos judiciais e estarão sujeitas à execução direta contra a Fazenda Pública Federal. § 1º. O valor a ser fixado na indenização respeitará os parâmetros estabelecidos pelos organismos internacionais. § 2º. O crédito terá, para todos os efeitos legais, natureza alimentícia. Art. 3º. Será cabível ação regressiva da União contra as pessoas físicas ou jurídicas, privadas ou públicas, responsáveis direta ou indiretamente pelos atos ilícitos que ensejaram a decisão de caráter indenizatório”. (BRASIL, 2004).

<sup>144</sup> Acrescentou ao artigo 1º a previsão de que a União adotará “todas as medidas necessárias ao integral cumprimento das decisões e recomendações internacionais, conferindo-lhes absoluta prioridade”. O artigo 2º passou a prever que o pagamento das reparações econômicas às vítimas deve ser feito pelo órgão competente da União “no prazo de sessenta dias a contar da notificação da decisão ou recomendação do organismo internacional de proteção dos direitos humanos”, e os recursos necessários a esses pagamentos terão rubrica própria no Orçamento Geral da União. O artigo 3º autorizava a União “a descontar do repasse ordinário das

Entretanto, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania ofertou um novo substitutivo, não impugnado, do qual resultou a redação final do projeto de lei, que tramita hoje com o seguinte texto:

Art. 1º As decisões dos Organismos Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos cuja competência for reconhecida pelo Estado brasileiro produzirão efeitos jurídicos imediatos no âmbito do respectivo ordenamento interno.

Art. 2º Caberá ao ente federado responsável pela violação dos direitos humanos o cumprimento da obrigação de reparação às vítimas dela.

Parágrafo único. Para evitar o descumprimento da obrigação de caráter pecuniário, caberá á União proceder à reparação devida, permanecendo a obrigação originária do ente violador.

Art. 3º A União ajuizará ação regressiva contra as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, responsáveis direta ou indiretamente pelos atos que ensejaram a decisão de caráter pecuniário.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. (BRASIL, 2007).

Embora consideremos a redação atual um retrocesso em relação ao substitutivo da Comissão de Direitos Humanos e Minorias, a aprovação do PL 4.667/2004 nos moldes atuais continua representando um avanço do Estado brasileiro no sentido de conferir aplicabilidade imediata às decisões de organismos internacionais de proteção dos direitos humanos, como a Corte Interamericana.

O cumprimento das sentenças da Corte Interamericana é obrigação legal do Estado brasileiro e implica o cumprimento de seus comandos, incluindo o pagamento das indenizações pecuniárias de modo espontâneo pelo Estado. Cabe ao Estado prover a dotação orçamentária para tal fim, conforme a legislação vigente (RAMOS, 2008, p. 460).

André de Carvalho Ramos assinala que: “na ausência do cumprimento sponte propria do comando pecuniário da Corte, é perfeitamente cabível o cumprimento forçado por meio da tradicional ação de execução contra o Estado” (*Idem*), prevista no artigo 68.2 da CADH.

Observo que, no caso brasileiro, a execução de quantia certa contra o Estado é regida genericamente pelo artigo 100 da Constituição Federal e pelos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil. Admite-se tal execução

---

receitas destinadas aos entes federativos os valores despendidos com o pagamento das reparações previstas nas decisões dos órgãos internacionais de proteção de direitos humanos” (BRASIL, 2006).

O artigo 4º do substitutivo criava um órgão de acompanhamento e implementação das decisões internacionais. Os últimos artigos do substitutivo da CDHM preveem que os entes competentes pelo cumprimento das obrigações determinadas pelas decisões devem apresentar, no prazo de vinte dias, plano de cumprimento com previsão das ações e identificação das autoridades responsáveis pela sua execução. As autoridades policiais, judiciárias ou do Ministério Público deverão apresentar, no mesmo prazo, relatório sobre a investigação ou apuração em curso sobre a matéria (BRASIL, 2006).

com base em título executivo judicial, que é a sentença transitada em julgado.

Assim, é certo que a Convenção Americana de Direitos Humanos, uma vez que plenamente reconhecida no Brasil a jurisdição da Corte, introduz um novo tipo de sentença judicial, apta a desencadear o processo de execução contra a Fazenda Pública, a saber, a sentença internacional da Corte Interamericana de Direitos Humanos. (RAMOS, 2008, p. 460-461).

Desse modo, embora não haja uma lei interna que disponha sobre a execução das sentenças da Corte Interamericana no Brasil, na ausência do cumprimento voluntário da decisão internacional, a vítima e seus familiares podem se socorrer das vias judiciais internas, tendo em vista o princípio da proteção da dignidade humana.

#### 4.2. DE FORA PARA DENTRO: A IMPLEMENTAÇÃO DAS DECISÕES DA COMISSÃO E DA CORTE INTERAMERICANA NO BRASIL

Como visto, o Brasil ainda não dispõe de uma normativa interna que discipline a implementação das decisões e recomendações dos organismos internacionais, como a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A *praxis* atual tem se situado, principalmente, no âmbito da atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, por meio da integração entre o Ministério da Justiça e o Ministério das Relações Exteriores.

Até o momento, o Estado brasileiro já teve cinco casos analisados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. São eles: *Ximenes Lopes vs. Brasil*, *Nogueira de Carvalho y outros vs. Brasil*, *Escher y outros vs. Brasil*, *Garibaldi vs. Brasil*, e *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*.

O primeiro a ser julgado foi o *Ximenes Lopes vs. Brasil*, em 4 de julho de 2006. A Comissão Interamericana apresentou demanda visando à declaração da responsabilidade do Brasil pela violação dos direitos à vida e à integridade pessoal, além das garantias judiciais contidas na Convenção Americana, de Damião Ximenes Lopes. A vítima era portadora de deficiência mental e vivia em condições desumanas e degradantes na Casa de Repouso Guararapes, até sua morte naquele hospital, em que se submetia a tratamento psiquiátrico.<sup>145</sup>

<sup>145</sup> “A suposta vítima foi internada em 1º de outubro de 1999 para receber tratamento psiquiátrico na Casa de Repouso Guararapes, um centro de atendimento psiquiátrico privado, que operava no âmbito do sistema público de saúde do Brasil, chamado Sistema Único de Saúde (doravante denominado “Sistema Único de Saúde” ou “SUS”), no Município de Sobral, Estado do Ceará. O senhor Damião Ximenes Lopes faleceu em 4 de outubro de 1999 na Casa de Repouso Guararapes, após três dias de internação! (Corte IDH, 2006, parágrafo 2).

Ao submeter o caso, a CIDH destacou a situação de vulnerabilidade em que se encontram as pessoas portadoras de deficiência mental no Brasil e a obrigação estatal de oferecer proteção aos que se encontram sob o cuidado de centros de saúde que integram o Sistema Único de Saúde do Estado. A Comissão solicitou que a Corte IDH ordenasse ao Estado a adoção de determinadas medidas de reparação.<sup>146</sup>

Ao longo do julgamento, o Estado brasileiro reconheceu os fatos relacionados com o falecimento de Damião Ximenes Lopes e a falta de prevenção que permitiu que tal incidente ocorresse, bem como a precariedade do sistema de assistência mental a que a vítima fora submetida (Corte IDH, 206, parágrafo 122).

Quanto à violação das garantias judiciais, reafirmou que “todo Estado é internacionalmente responsável por atos ou omissões de quaisquer de seus poderes ou órgãos em violação dos direitos internacionalmente consagrados, segundo o artigo 1.1 da Convenção Americana” (Corte IDH, 2006, parágrafo 172).

A Corte Interamericana considerou que houve uma falha do Estado quanto à devida diligência, ao não iniciar imediatamente a investigação dos fatos, o que impediu a coleta da prova e a identificação de testemunhas. Os funcionários estatais também não inspecionaram a Casa de Repouso Guararapes ou procederam a uma reconstituição dos fatos para explicar as circunstâncias da morte da vítima. Embora o caso tenha sido encaminhado ao Poder Judiciário brasileiro, a Corte assinalou a demora injustificada e desarrazoada dos trâmites processuais penais, “uma vez que, após mais de seis anos, ou 75 meses de iniciado, ainda não se proferiu sentença de primeira instância e não foram apresentadas razões que possam justificar esta demora” (Corte IDH, 206, parágrafo 203).

No que concerne às reparações, a Corte Interamericana reiterou entendimento no sentido de que

A reparação do dano ocasionado pela infração de uma obrigação internacional requer, sempre que seja possível, a plena restituição (*restitutio in integrum*), que consiste no restabelecimento da situação anterior à violação. Caso isso não seja possível, cabe ao Tribunal internacional determinar uma série de medidas para que, além de garantir o respeito dos direitos infringidos, sejam reparadas as consequências das infrações e

---

<sup>146</sup> “... na Casa de Repouso Guararapes existia um contexto de violência contra as pessoas ali internadas (...). Os doentes se encontravam sujeitos a violência também quando seu estado de saúde se tornava crítico, já que a contenção física e o controle de pacientes que entravam em crise eram muitas vezes realizados com a ajuda de outros pacientes. A violência, no entanto, não era o único obstáculo para a recuperação dos pacientes da Casa de Repouso Guararapes, mas também as precárias condições de manutenção, conservação e higiene, bem como da assistência médica, igualmente constituíam uma afronta à dignidade das pessoas ali internadas”. (Corte IDH, 2006, parágrafo 120).

estabelecido o pagamento de uma indenização como compensação pelos danos ocasionados ou outras modalidades de satisfação. A obrigação de reparar, que se regulamenta em todos os aspectos (alcance, natureza, modalidades e determinação dos beneficiários) pelo direito internacional, não pode ser modificada ou descumprida pelo Estado obrigado, mediante a invocação de disposições de seu direito interno. (Corte IDH, 2006, parágrafo 209).

A Corte IDH reconheceu as medidas adotadas pelo Estado brasileiro para melhorar as condições nas instituições psiquiátricas do Sistema Único de Saúde (SUS),<sup>147</sup> e, ao final, destacou que “a presente Sentença constitui per se uma forma de reparação” (Corte IDH, 2006, parágrafo 251) e condenou o Estado a “garantir, em um prazo razoável, que o processo interno destinado a investigar e sancionar os responsáveis pelos fatos deste caso surta seus devidos efeitos”;<sup>148</sup> “continuar a desenvolver um programa de formação e capacitação para o pessoal médico, de psiquiatria e psicologia, de enfermagem e auxiliares de enfermagem e para todas as pessoas vinculadas ao atendimento de saúde mental”; e a pagar indenizações aos familiares da vítima.

É importante ressaltar aqui a modificação legislativa brasileira ocorrida após a denúncia dos fatos à Comissão Interamericana de Direitos Humanos pela mãe da vítima, em 22 de novembro de 1999: a aprovação da Lei 10.216/2000, conhecida como “Lei de Reforma Psiquiátrica”.<sup>149</sup> A lei, além de enumerar os direitos dos portadores de transtorno mental,

---

<sup>147</sup> “... foi constituída uma comissão para investigar a responsabilidade da Casa de Repouso Guararapes em relação com a morte do senhor Damião Ximenes Lopes; foi implementada a Rede de Atenção Integral à Saúde Mental de Sobral; foi assinado no ano 2000 um convênio entre o Programa Saúde na Família e a Equipe de Saúde Mental do Município de Sobral; e foram criados uma Unidade de Internação Psiquiátrica no Hospital Dr. Estevão da Ponte do Município de Sobral; um Centro de Atenção Psicossocial (CAPS) especializado no tratamento de pessoas portadoras de psicose e neurose; um Centro de Atenção Psicossocial (CAPS) especializado no tratamento de pessoas dependentes de álcool e outras substâncias psicotrópicas; o Serviço Residencial Terapêutico; e uma unidade ambulatorial de psiquiatria regionalizada no Centro de Especialidades Médicas e equipes do Programa Saúde na Família” (Corte IDH, 2006, parágrafo 243).

<sup>148</sup> Na supervisão de cumprimento de sentença do Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, a Corte IDH ressaltou a atuação integrada dos órgãos brasileiros no sentido de assegurar a justiça no trâmite processual interno: “A respeito da obrigação de garantir que o processo interno destinado a investigar e, de ser o caso, sancionar os responsáveis pelos fatos deste caso surta seus devidos efeitos (parágrafo resolutivo sexto da Sentença), o Estado informou que, em 7 de outubro de 2009, membros da Advocacia Geral da União (AGU), do Ministério de Relações Exteriores (MRE), do Ministério da Saúde e da Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República (SEDH) empreenderam reuniões com os representantes para tratar do cumprimento da Sentença. Em 7 de dezembro de 2009, os representantes da AGU e do MRE se reuniram com as autoridades do Poder Judicial e do Ministério Público do Estado do Ceará a cargo dos procedimentos judiciais relacionados com o presente caso, com o fim de dialogar sobre a necessidade de cumprimento da Sentença. Por outra parte, o Brasil recordou que em 29 de junho de 2009 a Terceira Vara da Comarca de Sobral, Ceará, emitiu uma sentença condenatória no marco da Ação Penal No. 2000.0172.9186-1, relativa aos fatos deste caso”. (Corte IDH, 2010, parágrafo 8).

<sup>149</sup> A Corte Interamericana destacou também a importância dos seguintes fatos: “a realização do seminário sobre “Direito à Saúde Mental – Regulamentação e aplicação da Lei nº 10.216”, em 23 de novembro de 2001; a realização da Terceira Conferência Nacional de Saúde Mental em dezembro de 2001; a criação a partir de 2002 do Programa Nacional de Avaliação dos Serviços Hospitalares Psiquiátricos; a implementação em 2004 do

afirmou, no artigo 3º, a responsabilidade do Estado com o desenvolvimento da política de saúde mental e a promoção de ações de saúde, que serão prestadas em instituições que ofereçam assistência em saúde aos portadores de transtornos mentais. Prevê que a internação só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes e buscará a reinserção social do paciente e veda a internação de pacientes em instituições com características asilares, como a que Damião Ximenes Lopes foi submetido (BRASIL, 2000).

A Lei de Reforma Psiquiátrica demonstra a preocupação do Estado brasileiro em tornar efetivos os direitos fundamentais das pessoas portadoras de transtornos mentais, harmonizando o direito interno com o direito internacional dos direitos humanos.

Outro caso de obediência do Brasil em relação às medidas impostas pelos órgãos do sistema interamericano de proteção que merece destaque é o caso *Maria da Penha Maia Fernandes*, analisado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 4 de abril de 2001. Em 20 de agosto de 1998, a Comissão Interamericana recebeu denúncia baseada na ofensa a dispositivos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e ao artigo 12 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará ou CVM). A denúncia alegava a tolerância do Estado brasileiro para com a violência cometida por Marco Antônio Heredia Viveiros 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.<sup>150</sup> A vítima, em decorrência dessas agressões, sofre de paraplegia irreversível e outras enfermidades desde esse ano.

Quanto ao esgotamento dos recursos internos no caso, a Comissão Interamericana lembrou que, além de o Brasil não ter contestado a causa, “a justiça brasileira esteve mais de 15 anos sem proferir sentença definitiva neste caso e de que o processo se encontra, desde 1997, à espera da decisão do segundo recurso de apelação perante o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará” (CIDH, 2001, parágrafo 32). A Comissão considerou ainda que houve

---

Programa de Reestruturação Hospitalar do Sistema Único de Saúde; a implementação do “Programa de Volta para Casa”; e a consolidação em 2004 do Fórum de Coordenadores de Saúde Mental” (Corte IDH, 2006, parágrafo 243).

<sup>150</sup> 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. Denuncia-se a violação dos artigos 1(1) (Obrigação de respeitar os direitos); 8 (Garantias judiciais); 24 (Igualdade perante a lei) e 25 (Proteção judicial) da Convenção Americana, em relação aos artigos II e XVIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (doravante denominada “a Declaração”), bem como dos artigos 3, 4,a,b,c,d,e,f,g, 5 e 7 da Convenção de Belém do Pará. (CIDH, 2001).

atraso injustificado na tramitação da denúncia, que pode acarretar a prescrição do delito e a impunidade definitiva do perpetrador e a impossibilidade de ressarcimento da vítima.<sup>151</sup>

44. No caso em apreço, os tribunais brasileiros não chegaram a proferir uma sentença definitiva depois de 17 anos, e esse atraso vem se aproximando da possível impunidade definitiva por prescrição, com a conseqüente impossibilidade de ressarcimento que, de qualquer maneira, seria tardia. A Comissão considera que as decisões judiciais internas neste caso apresentam uma ineficácia, negligência ou omissão por parte das autoridades judiciais brasileira e uma demora injustificada no julgamento de um acusado, bem como põem em risco definitivo a possibilidade de punir o acusado e indenizar a vítima, pela possível prescrição do delito. Demonstram que o Estado não foi capaz de organizar sua estrutura para garantir esses direitos. Tudo isso é uma violação independente dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em relação com o artigo 1(1) da mesma, e dos artigos correspondentes da Declaração. (CIDH, 2001).

No mérito, considerou que o Estado violou os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial assegurados pelos artigos 8 e 25 da CADH, que tratam das garantias e proteção judicial, bem como no artigo 7 da Convenção de Belém do Pará.

55. A impunidade que gozou e ainda goza o agressor e ex-esposo da Senhora Fernandes é contrária à obrigação internacional voluntariamente assumida por parte do Estado de ratificar a Convenção de Belém do Pará. A falta de julgamento e condenação do responsável nessas circunstâncias constitui um ato de tolerância, por parte do Estado, da violência que Maria da Penha sofreu, e essa omissão dos tribunais de justiça brasileiros agrava as conseqüências diretas das agressões sofridas pela Senhora Maria da Penha Maia Fernandes. Além disso, como foi demonstrado anteriormente, essa tolerância por parte dos órgãos do Estado não é exclusiva deste caso, mas

<sup>151</sup> “Transcorreram mais de 17 anos desde que foi iniciada a investigação pelas agressões de que foi vítima a Senhora Maria da Penha Maia Fernandes e, até esta data, segundo a informação recebida, continua aberto o processo contra o acusado, não se chegou à sentença definitiva, nem foram reparadas as conseqüências do delito de tentativa de homicídio perpetrado em prejuízo da Senhora Fernandes. A Corte Interamericana de Direitos Humanos disse que o prazo razoável estabelecido no artigo 8(1) da Convenção não é um conceito de simples definição e referiu-se a decisões da Corte Européia de Direitos Humanos para precisá-lo. Essas decisões estabelecem que devem ser avaliados os seguintes elementos para determinar a razoabilidade do prazo em que se desenvolve o processo: a complexidade do assunto, a atividade processual do interessado e a conduta das autoridades judiciais. (...) Nesse sentido, na determinação de em que consiste a expressão ‘num prazo razoável’ deve-se levar em conta as particularidades de cada caso. *In casu*, a Comissão levou em consideração tanto as alegações dos petionários como o silêncio do Estado. A Comissão conclui que desde a investigação policial em 1984, havia no processo elementos probatórios claros e determinantes para concluir o julgamento e que a atividade processual foi às vezes retardada por longos adiamentos das decisões, pela aceitação de recursos extemporâneos e por demoras injustificadas. Também considera que a vítima e petionária neste caso cumpriu as exigências quanto à atividade processual perante os tribunais brasileiros, que vem sendo impulsionada pelo Ministério Público e pelos tribunais atuantes, com os quais a vítima acusadora sempre colaborou. Por esse motivo, a Comissão considera que nem as características do fato e da condição pessoal dos implicados no processo, nem o grau de complexidade da causa, nem a atividade processual da interessada constituem elementos que sirvam de escusa para o retardamento injustificado da administração de justiça neste caso. (...) Durante todo o processo de 17 anos, o acusado de duas tentativas de homicídio contra sua esposa, continuou – e continua – em liberdade.” (CIDH, 2001, parágrafos 38, 39 e 41).

uma pauta sistemática. Trata-se de uma tolerância de todo o sistema, que não faz senão perpetuar as raízes e fatores psicológicos, sociais e históricos que mantêm e alimentam a violência contra a mulher.

56. Dado que essa violação contra Maria da Penha é parte de um padrão geral de negligência e falta de efetividade do Estado para processar e condenar os agressores, a Comissão considera que não só é violada a obrigação de processar e condenar, como também a de prevenir essas práticas degradantes. Essa falta de efetividade judicial geral e discriminatória cria o ambiente propício à violência doméstica, não havendo evidência socialmente percebida da vontade e efetividade do Estado como representante da sociedade, para punir esses atos. (CIDH, 2001).

Assim, a Comissão Interamericana concluiu que a violação doméstica contra Maria da Penha segue um padrão discriminatório de tolerância da violência doméstica contra mulheres no Brasil, por ineficácia da ação judicial, e recomendou ao Estado que procedesse a uma investigação séria, imparcial e exaustiva, para determinar a responsabilidade penal do autor dos delitos e para determinar se há outros fatos ou ações de agentes estatais que tenham impedido o processamento rápido e efetivo do responsável. Sugeriu a reparação efetiva e imediata da vítima e a adoção de medidas, no âmbito nacional, para eliminar essa tolerância do Estado ante a violência doméstica contra mulheres (CIDH, 2001, parágrafo 61).

No Comunicado de Imprensa 30/06, a Comissão Interamericana comemorou a adoção, no Brasil, da Lei 11.340/2006, que compreende um conjunto de ações estatais destinadas a prevenir, investigar e sancionar a violência doméstica e familiar contra a mulher. A Comissão reconheceu a adoção da lei – denominada *Lei Maria da Penha* – como um passo importantíssimo para o cumprimento das recomendações emitidas ao Estado brasileiro no caso *Maria da Penha Maia Fernandes* e dos princípios consagrados na “Convenção do Belém do Pará” (CIDH, 2006).

Os casos *Ximenes Lopes vs. Brasil* e *Maria da Penha Maia Fernandes* demonstram uma abertura do Estado brasileiro às recomendações e decisões internacionais dos órgãos do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Nesses casos, o controle de convencionalidade de atos dos Poderes Executivo e Judiciário de Estados da federação brasileira tornou-se efetivo, no âmbito doméstico, através da adoção de leis federais que visaram a assegurar os direitos humanos de portadores de transtornos mentais e de mulheres vítimas de violência doméstica reconhecidos na Convenção Americana e em outros documentos internacionais. Por fim, vale destacar que após a adoção da Lei de Reforma Psiquiátrica e da Lei Maria da Penha, verificou-se também uma mobilização de diversos órgãos públicos, no sentido de garantir o cumprimento dos direitos humanos tidos por violados nessas decisões.

### 4.3. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Não apenas os Poderes Executivo e Legislativo brasileiros se atentam para o cumprimento de recomendações e decisões dos órgãos do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, como vimos nos casos *Ximenes Lopes* e *Maria da Penha*. O Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário, tem demonstrado uma crescente preocupação em fundamentar suas decisões de acordo com o entendimento da Corte Interamericana, favorecendo o diálogo transconstitucional.

Destacaremos aqui duas importantes decisões da Suprema Corte: a do caso da *prisão civil do depositário infiel* – já tratado no primeiro capítulo – e o caso da *inexigibilidade do diploma de jornalista para o exercício da profissão*.

Desde 1984, o Supremo Tribunal Federal havia consolidado entendimento no sentido da constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel. A Súmula 619 previa: “a prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito” (STF, 1984). Em 1988, a Constituição brasileira dispôs, em seu artigo 5º, inciso LXVII, que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Em 23 de novembro de 1995, pela primeira vez, veio à tona a discussão acerca da compatibilidade da prisão civil com a Convenção Americana de Direitos Humanos,<sup>152</sup> no julgamento do HC 72.131.<sup>153</sup> Na ocasião, manteve-se entendimento defendido até então, de que os diplomas normativos de caráter internacional adentram o ordenamento jurídico interno

---

<sup>152</sup> O artigo 7.7 da CADH, ao tratar do direito à liberdade pessoal, dispõe que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel” (CIDH, 1969).

<sup>153</sup> “EMENTA: ‘Habeas corpus’. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no parágrafo 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. ‘Habeas corpus’ indeferido, cassada a liminar concedida” (STF, 2003).

no patamar da legislação ordinária. Portanto, a previsão de prisão civil, por estar contida na Constituição, se sobreporia, internamente, ao Pacto de São José.

Os principais argumentos da Suprema Corte, na ocasião, foram assim resumidos: a) o caráter constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos menosprezaria a soberania brasileira; b) o caráter legal de tais tratados possibilitaria o controle de constitucionalidade destes; c) o ordenamento jurídico brasileiro subordinaria o ordenamento internacional, d) os tratados internacionais não poderiam compelir o Congresso Nacional a legislar e não implicariam emendas constitucionais. Nota-se, assim, que a Suprema Corte enxergava o ordenamento internacional sob uma perspectiva interna, subordinando as Convenções de direito internacional à força normativa da Constituição brasileira.

A questão foi novamente levada ao Supremo Tribunal Federal, no RE 206.482, julgado em 27/5/1998 (STF, 2003),<sup>154</sup> que aprimorou o posicionamento anterior, acrescentando os seguintes fundamentos: a Carta Americana seria lei geral, não revogando as leis especiais sobre prisão civil por dívida; o inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal imporia a existência de prisão para o depositário infiel; e o parágrafo 2º desse dispositivo, que prevê a aplicação imediata dos tratados de direitos humanos, não se aplicaria aos tratados ratificados após a Constituição de 1988, pois um tratado não poderia emendar a Constituição.

Todavia, mesmo após a decisão do Supremo, o debate acerca da compatibilidade entre a prisão civil do depositário infiel e a Convenção Americana de Direitos Humanos permaneceu latente na doutrina e na jurisprudência. Isso porque alguns julgados do STJ adotaram a interpretação do Supremo Tribunal Federal e passaram a considerar a legalidade da prisão civil do depositário infiel, mas outros conservaram a tese da ilegalidade desta prisão civil após o advento da Convenção Americana (GALINDO, 2005).<sup>155</sup>

---

<sup>154</sup> “EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DECRETO-LEI 911/69. DEPOSITÁRIO INFIEL. PRISÃO CIVIL. INCOMPATIBILIDADE COM A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. INEXISTÊNCIA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE PARA RECORRER DA DECISÃO QUE CONCEDE HABEAS-CORPUS. 1. Habeas-corpus. Concessão. Ministério Público. Legitimidade para recorrer da decisão. Precedente. 2. O Decreto-lei 911/69 foi recebido pela nova ordem constitucional e a equiparação do devedor fiduciante ao depositário infiel não afronta a Carta da República, sendo legítima a prisão civil daquele que descumpre, sem justificativa, ordem judicial para entregar a coisa ou seu equivalente em dinheiro, nas hipóteses autorizadas por lei. Recurso extraordinário conhecido e provido” (STF, 2003).

<sup>155</sup> A divergência no STJ alcançou o próprio Supremo Tribunal Federal. O Ministro Celso de Mello, relator do HC 81.319, julgado em 24/4/2002 (DJ 19/8/2005), continuou reiterando posição da Corte no sentido de que “a prisão civil do devedor fiduciante, nas condições em que prevista pelo DL nº 911/69, reveste-se de plena legitimidade constitucional e não transgredir o sistema de proteção instituído pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)”. E mais: “os tratados internacionais, necessariamente subordinados à autoridade da Constituição da República, não podem legitimar interpretações que restrinjam a eficácia jurídica das normas constitucionais” (STF, 2005). Entretanto, no julgamento do RHC 79.785, em 29/3/2000 (DJ de 22/11/2002), o Ministro Sepúlveda Pertence já esboçava entendimento divergente, conferindo

Por fim, no RE 466.343, julgado em 3/12/2008 (STF, 2009), e no HC 87.585, julgado na mesma data (STF, 2009), o STF reviu a jurisprudência sobre o tema. De acordo com a maioria do Tribunal, a EC 45/2004 assegurou a hierarquia constitucional somente aos tratados ou convenções de direitos humanos ratificados pelo Congresso Nacional com quórum qualificado. Contudo, asseverou que a prisão civil nesta hipótese não se compatibiliza com os valores assegurados pelo Estado Constitucional, que compartilha com as demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos (STF, 2009).

A ementa do RE 466.343 (STF, 2009) resumiu o entendimento da Suprema Corte da seguinte forma:

EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito (STF, 2009).

Observa-se, nesse julgamento, que a Suprema Corte deixa de adotar um discurso pautado exclusivamente na soberania e na supremacia da Constituição no ordenamento interno. Há uma sensível mudança interpretativa do STF, que passa a dialogar com a Corte Interamericana de Direitos Humanos e – até mesmo – estabelecer uma hierarquia diferenciada para os tratados internacionais de direitos humanos. Podemos afirmar que o giro hermenêutico tomado pelo Tribunal a partir desse julgamento reflete sua inserção nos modelos de relação horizontal entre os Estados e instituições internacionais, especialmente o transconstitucionalismo, que trabalha com a ideia de diálogo entre Cortes constitucionais e Cortes internacionais.

---

relevância supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos, com fundamento no parágrafo 2º do artigo 5º da Carta Federal: “Certo, com o alinhar-me ao consenso em torno da estatuta infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não assumo compromisso de logo – como creio ter deixado expresso no voto proferido na ADIn-MC 1.480 – com o entendimento, até então majoritário – que, também em relação às convenções internacionais de proteção dos direitos fundamentais – preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis. Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande frequência, precisamente porque – alçados ao texto constitucional – se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição (...). Se assim é, à primeira vista, pacificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, § 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos” (STF, 2002).

Pode-se afirmar também que o fato de o STF ter atribuído à CADH *status* supralegal esvaziou o conteúdo material da norma prevista no inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal,<sup>156</sup> considerado norma de eficácia limitada.

No caso da *prisão civil do depositário infiel*, o Supremo Tribunal Federal efetuou internamente o controle de convencionalidade da norma contrária à Convenção Americana de Direitos Humanos. Isso porque no RE 511.961, julgado em 17/6/2009 (STF, 2009), o STF entendeu que a exigência de diploma de curso superior para o exercício da profissão de jornalista violaria as liberdades de profissão, de expressão e de informação. Na ementa, a Corte consignou, expressamente, que seu entendimento ia ao encontro de recomendações da Comissão e da Corte Interamericana:

JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. POSIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS - OEA. A Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisão no dia 13 de novembro de 1985, declarando que a obrigatoriedade do diploma universitário e da inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista viola o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que protege a liberdade de expressão em sentido amplo (caso "*La colegiación obligatoria de periodistas*" - Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985). Também a Organização dos Estados Americanos - OEA, por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, entende que a exigência de diploma universitário em jornalismo, como condição obrigatória para o exercício dessa profissão, viola o direito à liberdade de expressão (Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2009).

O Supremo Tribunal Federal remeteu parte dos fundamentos adotados na decisão à Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985, na qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou que a obrigatoriedade do diploma universitário e da inscrição em ordem profissional para o exercício do jornalismo viola o artigo 13 da CADH,<sup>157</sup> que protege a liberdade de expressão:

---

<sup>156</sup> “Art. 5º (...)LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. (BRASIL, 1988).

<sup>157</sup> “Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões. 4. A lei pode

70. A liberdade de expressão é uma pedra angular na existência de uma sociedade democrática. É indispensável para a formação da opinião pública. É também *conditio sine qua non* para que os partidos políticos, os sindicatos, as sociedades científicas e culturais, e em geral, quem deseje influir sobre a coletividade possam desenvolver-se plenamente. É, enfim, condição para que a comunidade, na hora de exercer suas opções, esteja suficientemente informada. Por fim, é possível afirmar que uma sociedade que não esteja bem informada não é plenamente livre.

71. Dentro desse contexto, o jornalismo é a manifestação primária e principal da liberdade de expressão do pensamento e, por essa razão, não pode conceber-se meramente como a prestação de um serviço ao público através da aplicação de alguns conhecimentos ou capacitação adquiridos numa universidade ou por quem esteja inscrito num determinado conselho profissional, como poderia suceder com outras profissões, pois está vinculado com a liberdade de expressão que é inerente a todo ser humano.

72. O argumento segundo o qual uma lei de filiação obrigatória dos jornalistas não difere da legislação similar, aplicável a outras profissões, não leva em conta o problema fundamental que se coloca a propósito da compatibilidade entre essa lei e a Convenção. O problema surge do fato de que o artigo 13 expressamente protege a liberdade de "buscar, receber e difundir informações e ideias de toda índole... seja oralmente, por escrito ou na forma impressa..." A profissão de jornalista – o que fazem os jornalistas – implica precisamente o buscar, receber e difundir informação. O exercício do jornalismo, portanto, requer que uma pessoa se envolva em atividades que estão definidas ou contidas na liberdade de expressão garantida na Convenção. (Corte IDH, 1985).

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes registrou também que o Decreto 972/1969 – o qual passou a exigir o diploma universitário para o exercício do jornalismo – foi editado no período do regime de exceção instituído pelo Ato Institucional 5, de 1968. Por isso, para o Ministro, “está claro que a exigência de diploma de curso superior em jornalismo para o exercício da profissão tinha uma finalidade de simples entendimento: afastar dos meios de comunicação intelectuais, políticos e artistas que se opunham ao regime militar” (STF, 2009). Acrescenta que “o referido ato normativo atende a outros valores que não estão mais vigentes em nosso Estado Democrático de Direito” e que hoje esse decreto “não passaria sob o crivo do Congresso Nacional no contexto do atual Estado constitucional, em que são assegurados direitos e garantias fundamentais a todos os cidadãos” (*Idem*).

Assim, no caso da *inexigibilidade do diploma de jornalista para o exercício da profissão*, o Supremo Tribunal Federal demonstrou uma abertura hermenêutica de sua

---

submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência” (CIDH, 1969).

jurisprudência em relação ao direito internacional dos direitos humanos, contribuindo para a harmonização da prática jurisdicional interna com a internacional.

Esses dois casos refletem essa abertura da Suprema Corte aos tratados de direitos humanos e ao entendimento adotado pelos órgãos do sistema interamericano de proteção. Demonstram que o Brasil pode ser considerado um Estado constitucional cooperativo e transconstitucional, na medida em que realiza um controle de convencionalidade interno, com fundamento nos direitos fundamentais assegurados pela Constituição.

Há, portanto, forte esperança de que, num futuro não tão distante, essa abertura proporcione também uma maior implementação de direitos socioeconômicos, tal como proposto por Koskenniemi no “constitutionalism as a mindset”.

#### 4.4. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA LEI DE ANISTIA PELA CORTE INTERAMERICANA E SUAS IMPLICAÇÕES PARA O BRASIL

Apesar de nos casos da *prisão civil do depositário infiel* e da *inexigibilidade do diploma de jornalista para o exercício da profissão* o Supremo Tribunal Federal ter adotado entendimento em consonância com a Convenção Americana de Direitos Humanos e com recomendações e decisões de seus principais órgãos, a Corte nem sempre está aberta ao diálogo com o direito internacional, sobretudo quando a demanda perante os órgãos internacionais seja contra o Brasil.

E aqui evidencia-se a crítica apontada ao transconstitucionalismo – e ao próprio direito internacional: quando o Estado se fecha ao diálogo, não existem mecanismos coercitivos suficientes na seara dos direitos humanos que obriguem os Estados a implementarem decisões de Cortes internacionais, tendo em vista que muitos ainda utilizam como escudo uma concepção tradicional de soberania para se esquivarem da responsabilidade internacional por violações a direitos humanos.

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153, julgada em 29/4/2010 (STF, 2010), o Supremo Tribunal Federal afirmou a constitucionalidade da Lei 6.683/1979, a “Lei de Anistia”, em contrariedade às decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos *Barrios Altos vs. Peru*, *La Cantuta vs. Peru*, *Goiburú y otros vs. Paraguay*, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, *Gomes Lund vs. Brasil*, e *Gelman vs.*

*Uruguay*,<sup>158</sup> que condenaram as leis de anistia latino-americanas as quais possibilitaram a impunidade de violações de direitos humanos praticadas por agentes estatais durante o regime militar.<sup>159</sup>

Na transição para o regime democrático no Brasil e em diversos Estados latino-americanos, os governos militares, antes de deixarem o poder, se encarregaram da etapa histórica de transição e tentaram camuflar as violações de direitos humanos ocorridas naquele período com a adoção de instrumentos como a anistia e as cláusulas de exclusão da apreciação judicial, as quais declaravam infensos ao controle jurisdicional os atos praticados com fundamento nos atos institucionais e complementares (BARBOSA; PAIXÃO, 2008).

A Lei 6.683/1979 concede anistia aos crimes políticos, aos conexos a esses e aos crimes eleitorais, não se aplicando aos crimes de tortura e de desaparecimento forçado. O art. 8º do ADCT da Constituição vigente anistiou todos os perseguidos políticos, disposição que foi posteriormente seguida pela Lei 10.559/2002. Ocorre que, sob os auspícios de se preservar a estabilidade institucional democrática, vem se tentando camuflar os crimes cometidos por agentes públicos no regime de exceção, associando-os aos crimes políticos, e contribuindo para sua impunidade.

As Leis 9.140/1995 e 10.559/2002 possibilitaram a indenização a familiares de mortos e desaparecidos no regime de exceção e o ressarcimento dos gravames sofridos àqueles considerados anistiados políticos pelo Governo Federal. A primeira lei reconheceu como mortas as pessoas desaparecidas em razão da participação em atividades políticas entre 1961 e 1979, e a segunda, regulamentou o art. 8º do ADCT.

Apesar dos esforços do governo no sentido de buscar a reparação por meio de indenizações, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ingressou com a ADPF 153 no Supremo Tribunal Federal questionando o caráter ambivalente da anistia brasileira, que a anistia brasileira é considerada bivalente ou de mão dupla: abrange os crimes políticos praticados por cidadãos e as violações de direitos humanos perpetradas por funcionários do Estado contra seus cidadãos, considerados, à época, subversivos.

---

<sup>158</sup> Os dois últimos casos foram julgados após a decisão do STF, mas, como veremos adiante, reproduzem os argumentos dos casos anteriores.

<sup>159</sup> Claudia Perrone-Moisés assinala que “essas leis de anistia têm como função promover a reconciliação nacional e garantir a segurança interna em momentos traumáticos de transição para a democracia. Necessárias por razões políticas, essas leis impedem que se julguem os inculcados por crimes como os de tortura, desaparecimento forçado, sequestro e terrorismo de Estado, considerando que esses crimes foram cometidos em períodos de exceção e que, para garantir a segurança nacional, não deveriam ser levados à julgamento”. (PERRONE-MOISÉS, 2008, p. 30).

#### 4.4.1. A declaração de constitucionalidade da Lei de Anistia brasileira pelo Supremo Tribunal Federal

Na ADPF 153, o Conselho Federal da OAB questionou a constitucionalidade da Lei de Anistia brasileira, sustentando que crimes como a tortura e o desaparecimento forçado, não se legitimam com a mera reparação pecuniária às vítimas, devendo o Estado investigar e punir os agentes estatais responsáveis pelas violações, além de possibilitar o acesso à verdade pelas vítimas e familiares, publicizando os arquivos daquele período. Pleiteava que o Supremo conferisse interpretação conforme a Constituição ao parágrafo 1º do artigo 1º da Lei 6.683/1979,<sup>160</sup> de modo a declarar que a anistia concedida aos crimes políticos, ou conexos a eles, não se estenderia aos crimes praticados por agente públicos contra opositores políticos entre 1961 e 1979.

Em 28 de abril de 2010, o STF, por maioria, julgou improcedente o pedido, fixando o entendimento de que a Lei 6.683/1979 é compatível com a Constituição de 1988 e a anistia por ela concedida foi ampla e geral, alcançando os crimes de qualquer natureza praticados pelos agentes da repressão no período compreendido entre 1961 e 1979 (STF, 2010).

A Suprema Corte concluiu que a Lei de Anistia brasileira não ofende o artigo 5º, *caput*, III e XXXIII, da Constituição da República, que tratam da proibição de tortura e do acesso a informações de órgãos públicos, de interesse particular, coletivo ou geral,<sup>161</sup> além dos princípios democrático e republicano.<sup>162</sup>

Para a maioria dos Ministros da Suprema Corte, essa norma se caracteriza como lei-medida, traduz o caráter bilateral da anistia ampla e geral e deve ser interpretada de acordo

---

160 “Artigo 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares. § 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política”. (BRASIL, 1979).

161 “Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Estado a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; (...) XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”. (BRASIL, 1988).

162 Artigo 1º da Constituição de 1988: “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos”. (BRASIL, 1988).

com as circunstâncias históricas em que foi elaborada.<sup>163</sup> Assim, não prospera a invocação ao princípio da dignidade da pessoa humana “para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar” (STF, 2010). A expressão “crimes conexos a crimes políticos” confere um sentido em consonância com o momento histórico da elaboração da lei.<sup>164</sup> Daí porque a lei teria estendido a conexão a crimes praticados por agentes do Estado contra os que lutavam contra o regime de exceção (STF, 2010).

Além disso, para a maioria dos ministros do STF, como a Lei de Anistia é anterior à Convenção das Nações Unidas contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes – em vigor desde 1987 – e à Lei 9.455/1997 – que define o crime de tortura no Brasil – essas normas não alcançariam anistias consumadas antes da sua vigência (STF, 2010).

Ademais, a Emenda Constitucional 26, de 1985, teria integrado a norma de 1979 à ordem constitucional. Assim, o debate sobre a constitucionalidade da Lei de Anistia seria inviável porque o texto constitucional de 1985 prevaleceria sobre o infraconstitucional, de modo que, integrada a norma, sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável (STF, 2010).

O Ministro Ricardo Lewandowski inaugurou a divergência em relação ao voto do relator, Ministro Eros Grau. Lewandowski lembrou, em seu voto, a determinação do Comitê de Direitos Humanos da ONU e o conteúdo da Convenção Americana de Direitos Humanos, que preveem que os Estados partes, como o Brasil, têm o dever de investigar, ajuizar ações e punir os responsáveis por violações a direitos nele protegidos. Nesse sentido, a Corte Interamericana teria firmado entendimento no sentido de que o descumprimento dessa

---

163 “No caso das leis-medida interpreta-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei n. 6.683. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada. Exatamente aquela na qual, como afirma inicial, “se procurou” [sic] estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento - o momento da transição conciliada de 1979. A Lei n. 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada” (STF, 2010).

164 “A chamada Lei de anistia diz com uma conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia. Ignora, no contexto da Lei n. 6.683/79, o sentido ou os sentidos correntes, na doutrina, da chamada conexão criminal; refere o que “se procurou”, segundo a inicial, vale dizer, estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão” (STF, 2010).

obrigação configura violação à CADH e enseja a responsabilidade internacional do Estado em face da ação ou omissão de qualquer dos seus poderes ou órgãos.<sup>165</sup>

Assim, o Ministro Lewandowski julgou procedente em parte o pedido da ADPF, conferindo interpretação conforme ao artigo 1º da Lei 6.683/79, de modo a não se considerar que os agentes estatais estão automaticamente abrangidos pela Lei de Anistia, admitindo, assim, a persecução penal contra eles, conforme juízo de preponderância e atrocidade dos meios (STF, 2010, p. 132).

“A humanidade não é o homem para se dar a virtude do perdão. (...) o perdão coletivo é a falta de memória e de vergonha. Convite masoquístico à reincidência” (STF, 2010, p. 146). Com tais palavras, o Ministro Carlos Britto iniciou seu voto, conferindo interpretação conforme a Constituição para excluir qualquer interpretação da Lei de Anistia que estenda a anistia aos crimes previstos no inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal.<sup>166</sup>

O Ministro Celso de Mello, em voto também divergente, destacou os vários documentos internacionais preventivos contra tortura subscritos pelo Brasil: Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis ou degradantes, a Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura, e o Pacto de São José da Costa Rica – Decretos 40/1991, 98.386/1989 e 678/1992, respectivamente. Remeteu à decisões da Corte Interamericana que tem proclamado a incompatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos de leis nacionais que tenham concedido anistia unicamente a agentes estatais (autoanistia) com princípios consagrados na Convenção Americana:<sup>167</sup>

A razão dos diversos precedentes firmados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos apóia-se no reconhecimento de que o Pacto de São José da Costa Rica não tolera o esquecimento penal de violações de direitos fundamentais da pessoa humana nem legitima leis nacionais que amparam e protegem criminosos que ultrajaram, de modo sistemático, valores essenciais protegidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos e que perpetraram, covardemente, à sombra do Poder e nos porões da ditadura a que serviram, os mais ominosos e cruéis delitos, como o homicídio, o sequestro, o desaparecimento forçado de vítimas, o

---

165 Aqui, o Ministro Lewandowski valeu-se das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos *Goiburú e outros*, *Ximenes Lopes*, *Baldeón García*, *Masacre de Pueblo Bello* e *Masacre de Mapiripán*. (STF, 2010).

166 “Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Estado a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”. (BRASIL, 1988)

167 Aqui, o Ministro Celso de Mello valeu-se das decisões proferidas contra o Peru, nos casos *Barrios Altos* (2001) e *Loyaza Tamayo* (1998), e contra o Chile, no caso *Almonacid Arellano* (2006). (STF, 2010).

estupro, a tortura e outros atentados às pessoas daqueles que se opuseram ao regime de exceção que vigoraram, em determinado momento histórico, em inúmeros Estados da América Latina (STF, 2010, p. 184).

Apesar da invocação à jurisprudência da Corte IDH, o Ministro Celso de Mello entendeu que esses precedentes não se aplicavam à anistia brasileira em razão de seu caráter bilateral, que estendeu seus efeitos tanto aos agentes estatais quanto aos opositores do regime militar. Reiterou o argumento temporal do relator para justificar que a Convenção da ONU contra a tortura e a Lei 9.455/97 não retroagiriam para se aplicar aos crimes cometidos naquele período. Por fim, repudiou a aplicação da Convenção contra a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade, porque essa norma não foi subscrita pelo Brasil.<sup>168</sup>

A decisão do Supremo na ADPF 153 foi duramente criticada no âmbito internacional pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos e pelo Comitê contra a Tortura da ONU, que alertaram para o fato de o Brasil estar seguindo um rumo diferente daquele adotado pela Argentina e outros Estados latino-americanos em termos de investigações contra os responsáveis por torturas nas ditaduras (JUS BRASIL, 2010).

#### **4.4.2. O caso *Gomes Lund* e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos**

Antes mesmo da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 153, o Brasil já respondia perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos no caso 11.552, *Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia)*. O caso versava sobre a responsabilidade do Estado brasileiro pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de setenta pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses, como resultado de operações do Exército brasileiro empreendidas entre 1972 e 1975 com o objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar do Brasil (1964 – 1985).

---

168 Para o Ministro Celso de Mello, “somente lei interna (e não convenção internacional, muito menos aquela sequer subscrita pelo Brasil) pode qualificar-se, constitucionalmente, como a única fonte formal direta, legitimadora da regulação normativa concernente à prescritibilidade ou à imprescritibilidade da pretensão estatal de punir, ressalvadas, por óbvio, cláusulas constitucionais em sentido diverso, como aquelas inscritas nos incisos XLII e XLIV do artigo 5º de nossa Lei Fundamental” (STF, 2010, p. 192).

A Comissão Interamericana recebeu a petição contra o Brasil, em 7 de agosto de 1995, apresentada por organizações não governamentais,<sup>169</sup> em virtude da suposta violação dos direitos à vida, à liberdade, à segurança e integridade da pessoa, à proteção contra prisão arbitrária e a processo regular, contidos na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, e das garantias judiciais, liberdade de consciência e de religião, liberdade de pensamento e de expressão, e proteção judicial, contidos na Convenção Americana de Direitos Humanos, além do descumprimento da obrigação de respeitar os direitos e de adotar disposições de direito interno (CIDH, 2009, parágrafo 15).

Em 31 de outubro de 2008, a Comissão Interamericana aprovou o Relatório de Mérito 91/08, no qual concluiu que o Estado brasileiro deteve arbitrariamente, torturou e fez desaparecer membros do PCdoB e camponeses. Além disso, a CIDH entendeu que, em virtude da Lei 6.683/1979 (Lei de Anistia), o Estado não realizou nenhuma investigação penal para julgar e sancionar os responsáveis pelos desaparecimentos forçados e que os recursos judiciais com vistas a obter informação sobre os fatos não foram efetivos para garantir aos familiares dos desaparecidos o acesso à informação sobre a Guerrilha do Araguaia, em virtude de medidas legislativas e administrativas adotadas pelo Estado que restringiram o acesso à informação. Desse modo, o desaparecimento forçado das vítimas, a impunidade dos seus responsáveis, e a falta de acesso à justiça, à verdade e à informação teriam afetado negativamente a integridade pessoal dos familiares dos desaparecidos (CIDH, 2009, parágrafo 32).<sup>170</sup>

Em 26 de março de 2009, a Comissão decidiu submeter o caso à Corte Interamericana, solicitando à Corte que determinasse a responsabilidade internacional do Brasil pelo descumprimento de suas obrigações internacionais contidas na CADH (CIDH, 2009, parágrafos 2 e 3):

---

169 As organizações peticionárias foram: Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e *Human Rights Watch/Americas*, às quais se uniram como copeticionários o Grupo Tortura Nunca Mais do Rio de Janeiro, a Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos do Instituto de Estudos da Violência do Estado, e a senhora Ângela Harkavy (CIDH, 2009, parágrafo 15).

170 “Sobre esse ponto, a Comissão Interamericana ressalta que as dificuldades para chegar à verdade e os obstáculos ao acesso aos documentos oficiais das Forças Armadas sobre as operações militares empreendidas na região durante esse período, impossibilitam também a CIDH de desenvolver um relato detalhado e preciso do ocorrido no contexto do presente caso. (...) Além do anterior, a CIDH enfatiza que, durante toda a tramitação deste caso, o Estado nunca controverteu os fatos mencionados na petição inicial, no que se refere às operações militares na região do Araguaia, e os resultantes desaparecimentos forçados e execuções dos membros da Guerrilha do Araguaia, apesar de não haver esclarecido com precisão as circunstâncias em que ocorreram. Adicionalmente, desde a sua primeira manifestação no processo, em 26 de junho de 1996, o Estado reconheceu sua responsabilidade pelos fatos relacionados com a detenção arbitrária e ilegal, a tortura das vítimas, e seu desaparecimento, nos termos gerais propostos na Lei 9.140, de 4 de dezembro de 1995” (CIDH, 2009, parágrafos 40 e 41).

A Comissão observa que o presente caso representa uma oportunidade importante para consolidar a jurisprudência interamericana sobre as leis de anistia em relação aos desaparecimentos forçados e a execução extrajudicial, e a resultante obrigação dos Estados de fazer a sociedade conhecer a verdade, e investigar, processar e sancionar as graves violações de direitos humanos. Além disso, a CIDH considera relevante ressaltar o valor histórico do presente caso, que é o único perante o Sistema Interamericano referente à ditadura militar do Brasil, e que possibilita à Corte afirmar a incompatibilidade da lei de anistia brasileira com a Convenção, no que se refere a graves violações de direitos humanos, assim como a incompatibilidade das leis de sigilo de documentos com a Convenção Americana, a fim de reparar as vítimas e promover a consolidação do estado democrático de direito no Brasil, garantindo o direito à verdade de toda a sociedade brasileira sobre fatos tão graves. (CIDH, 2009, parágrafo 5).

O Brasil contestou a demanda e interpôs três exceções preliminares: a) incompetência temporal da Corte para examinar supostas violações ocorridas antes do reconhecimento da sua competência contenciosa do Tribunal, realizado “sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998”; b) a falta de esgotamento dos recursos internos, e c) a falta de interesse processual da Comissão e dos representantes. Posteriormente, durante a audiência pública, o Estado acrescentou como exceção preliminar a “regra da quarta instância” com relação ao julgamento da constitucionalidade da Lei de Anistia brasileira pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 153.

A Corte Interamericana rebateu os argumentos brasileiros. Afirmou sua competência temporal para conhecer das violações continuadas ou permanentes, mesmo quando iniciem antes do reconhecimento da sua competência contenciosa, desde que se estendam além de 10 de dezembro de 1898, quando o Decreto Legislativo 89 reconheceu a competência da Corte Interamericana, como ocorre nos crimes de desaparecimento forçado. Mas reconheceu sua incompetência para conhecer das detenções arbitrárias, atos de tortura e execuções extrajudiciais ocorridas antes dessa data.<sup>171</sup> A Corte rejeitou a preliminar de esgotamento dos

---

171 “O Brasil reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana em 10 de dezembro de 1998 e, em sua declaração, indicou que o Tribunal teria competência para os ‘fatos posteriores’ a esse reconhecimento. Com base no anteriormente exposto e no princípio de irretroatividade, a Corte não pode exercer sua competência contenciosa para aplicar a Convenção e declarar uma violação de suas normas quando os fatos alegados ou a conduta do Estado, que pudesse implicar sua responsabilidade internacional, sejam anteriores a esse reconhecimento da competência. Por esse motivo, fica excluída da competência do Tribunal a alegada execução extrajudicial da senhora Maria Lúcia Petit da Silva, cujos restos mortais foram identificados em 1996, ou seja, dois anos antes de o Brasil reconhecer a competência contenciosa da Corte, bem como qualquer outro fato anterior a esse reconhecimento. (...) Ao contrário, em sua jurisprudência constante, este Tribunal estabeleceu que os atos de caráter contínuo ou permanente perduram durante todo o tempo em que o fato continua, mantendo-se sua falta de conformidade com a obrigação internacional. Em concordância com o exposto, a Corte recorda que o caráter contínuo ou permanente do desaparecimento forçado de pessoas foi reconhecido de maneira reiterada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, no qual o ato de desaparecimento e sua execução se iniciam com a privação da liberdade da pessoa e a subsequente falta de informação sobre seu destino, e permanecem até

recursos internos porque essa objeção deveria ser apresentada na etapa de admissibilidade do procedimento perante a Comissão Interamericana, o que não foi feito (Corte IDH, 2010, parágrafo 38).

Recusou também o argumento de que eventual decisão sua se sobreporia à proferida pelo STF na ADPF 153, funcionando como uma espécie de “quarta instância” do Poder Judiciário estatal. Para a Corte Interamericana, além de a arguição de descumprimento não ser um recurso disponível todos, em virtude do rol de legitimados para propor a ação, o objeto da ADPF 153 era reparar lesão a norma fundamental através da adoção de determinada interpretação constitucional, e não reparar os familiares das vítimas, através do esclarecimento dos fatos, da responsabilização individual, e de publicidade de informações e do paradeiro das vítimas desaparecidas (parágrafo 46).

A demanda apresentada pela Comissão Interamericana não pretende revisar a sentença do Supremo Tribunal Federal, decisão que nem sequer havia sido emitida quando aquele órgão apresentou sua demanda perante a Corte Interamericana, mas que se estabeleça se o Estado violou determinadas obrigações internacionais dispostas em diversos preceitos da Convenção Americana, em prejuízo das supostas vítimas, inclusive, *inter alia*, o direito de não ser submetido a um desaparecimento forçado decorrente dos artigos 3, 4, 5 e 7 da Convenção Americana, o direito à proteção judicial e às garantias judiciais relativos ao esclarecimento dos fatos e à determinação das responsabilidades individuais por esses mesmos fatos, decorrentes dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana. (...) No presente caso, não se solicita à Corte Interamericana a realização de um exame da Lei de Anistia com relação à Constituição Nacional do Estado, questão de direito interno que não lhe compete e que foi matéria do pronunciamento judicial na Arguição de Descumprimento No. 153 (infra par. 136), mas que este Tribunal realize um controle de convencionalidade, ou seja, a análise da alegada incompatibilidade daquela lei com as obrigações internacionais do Brasil contidas na Convenção Americana. Conseqüentemente, as alegações referentes a essa exceção são questões relacionadas diretamente com o mérito da controvérsia, que podem ser examinadas por este Tribunal à luz da Convenção Americana, sem contrariar a regra da quarta instância. O Tribunal, portanto, desestima esta exceção preliminar. (Corte IDH, 2010, parágrafos 48 e 49).

Ressalte-se que, como visto, para o direito internacional, uma decisão da Corte constitucional de um Estado é apenas um fato jurídico e não produz efeitos na seada da proteção internacional dos direitos humanos. Assim, não procede a alegação de que a Corte Interamericana funcionaria como uma quarta instância processual. Até porque o objeto do

---

quando não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e os fatos não tenham sido esclarecidos. A Corte, portanto, é competente para analisar os alegados desaparecimentos forçados das supostas vítimas a partir do reconhecimento de sua competência contenciosa efetuado pelo Brasil” (Corte IDH, 2010, parágrafos 16 e 17).

Caso *Gomes Lund* é o desaparecimento forçado de setenta pessoas no contexto da Guerrilha do Araguaia, e não a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 153.

A Corte Interamericana considera o crime de desaparecimento forçado como pluriofensivo, quanto aos direitos afetados, e continuado ou permanente.<sup>172</sup> O preâmbulo da Declaração sobre a proteção das pessoas contra os desaparecimentos forçados afirma que esse crime ocorre quando pessoas são detidas, presas ou sequestradas contra sua vontade, ou privadas por outros meios de sua liberdade, por agentes do governo, por grupos organizados ou particulares, que agem em nome do governo, ou como seu apoio direto u indireto, e que se recusam revelar o destino dessas pessoas, ou, até mesmo, a admitir que são privadas de liberdade, subtraindo-as da proteção da lei (ONU, 1992).

Na esfera internacional, configura uma grave violação de direitos humanos, dada a particular relevância das transgressões que implica e a natureza dos direitos lesionados. “A prática de desaparecimentos forçados implica um crasso abandono dos princípios essenciais em que se fundamenta o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e sua proibição alcançou o caráter de *jus cogens*” (Corte IDH, 2010, parágrafo 105).

Desse modo, a Corte IDH considerou o Brasil responsável pelo desaparecimento forçado de 62 pessoas na região do Araguaia (Corte IDH, 2010, parágrafos 118 e 119).

Quanto à incompatibilidade das anistias relativas a graves violações de direitos humanos com o direito internacional, a Corte Interamericana entende que elas são um dos obstáculos alegados por alguns Estados para investigar e punir os responsáveis por essas violações (*Ibid*, parágrafo 147). Por isso, considera que a forma na qual foi interpretada e aplicada a Lei de Anistia aprovada pelo Brasil afetou esse dever internacional do Estado de investigar e punir, violando o direito à proteção judicial e descumprindo sua obrigação de adequar o direito interno (*Ibid*, parágrafo 172).<sup>173</sup>

---

172 A Corte IDH destaca também os seguintes elementos formadores do tipo penal internacional: a) a privação da liberdade; b) a intervenção direta de agentes estatais ou sua aquiescência, e c) a negativa de reconhecer a detenção e revelar a sorte ou o paradeiro da pessoa implicada. Em ocasiões anteriores, este Tribunal já salientou que, ademais, a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, as decisões de diferentes instâncias das Nações Unidas, bem como de vários tribunais constitucionais e outros altos tribunais nacionais dos Estados americanos, coincidem com a caracterização indicada. (Corte IDH, 2010, parágrafo 104).

173 “A Corte considera necessário enfatizar que, à luz das obrigações gerais consagradas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, os Estados Parte têm o dever de adotar as providências de toda índole, para que ninguém seja privado da proteção judicial e do exercício do direito a um recurso simples e eficaz, nos termos dos artigos 8 e 25 da Convenção. Em um caso como o presente, uma vez ratificada a Convenção Americana, corresponde ao Estado, em conformidade com o artigo 2 desse instrumento, adotar todas as medidas para deixar sem efeito as disposições legais que poderiam contrariá-lo, como são as que impedem a investigação de graves violações de direitos humanos, uma vez que conduzem à falta de proteção das vítimas e à perpetuação da impunidade, além de impedir que as vítimas e seus familiares conheçam a verdade dos fatos”. (Corte IDH, 2010, parágrafo 173).

Dada sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos. Em consequência, não podem continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil. (...)

Este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por esse motivo, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, quando um Estado é Parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. O Poder Judiciário, nesse sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um “controle de convencionalidade” *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana. (...)

No presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. (...) Como já salientou esta Corte e conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais. As obrigações convencionais dos Estados Parte vinculam todos seus poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (*effect utile*) no plano de seu direito interno (Corte IDH, 2010, parágrafos 174, 176 e 177).

O Juiz *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas destacou ainda, em seu voto fundamentado, que “mesmo as Constituições nacionais não de ser interpretadas ou, se necessário, até emendadas para manter harmonia com a Convenção e com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos”. Isso porque “os Estados comprometem-se a adotar medidas para eliminar normas legais e práticas de quaisquer espécies que signifiquem violação a ela e, também ao contrário, comprometem-se a editar legislação e desenvolver ações que conduzam ao respeito mais amplo e efetivo da Convenção” (Corte IDH, 2010, parágrafo 7).

Para a Corte IDH, não importa se a Lei de Anistia brasileira foi bivalente, não configurando uma “autoanistia”, porque a incompatibilidade dessas leis com a Convenção

Americana nos casos de graves violações de direitos humanos deriva do aspecto material na medida em que violam direitos consagrados nos artigos 8 e 25, além do dever de adotar disposições internas, e não de uma questão formal (*Ibid*, parágrafo 175).

Assim, ainda que a ADPF 153 não tenha sido objeto do controle de convencionalidade perante a Corte Interamericana, ela reflete um comportamento omissivo do Brasil quanto à investigação, reparação e punição aos agentes violadores de direitos humanos. E nesse seara, há uma relativização da soberania, razão pela qual a coisa julgada na arguição de descumprimento não impede que seja cumprida a decisão da Corte IDH.

#### **4.4.3. A jurisprudência da Corte Interamericana sobre a nulidade das Leis de anistia**

A decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomes Lund* de considerar a Lei de Anistia brasileira não foi inovadora nesse sistema de proteção aos direitos humanos.

A Corte Interamericana pronunciou-se sobre a incompatibilidade das anistias com a Convenção Americana em casos de graves violações dos direitos humanos relativos ao Peru (casos *Barrios Altos* e *La Cantuta*), Chile (caso *Almonacid Arellano e outros*) e, recentemente, Uruguai (caso *Gelman*). Dessa forma, no sistema interamericano de direitos humanos, pode-se afirmar que há uma jurisprudência consolidada sobre a incompatibilidade das leis de anistia com as obrigações convencionais dos Estados.<sup>174</sup>

O caso *Barrios Altos* foi o *leading case* da Corte Interamericana sobre a nulidade de leis de anistias internas que acobertem violações de direitos e garantias assegurados pela Convenção Americana de Direitos Humanos. Em junho de 2000, a Comissão Interamericana submeteu à Corte demanda na qual visava à declaração de responsabilidade do Peru pelo assassinato de quinze jovens e ferimento de outros decorrentes de mais de 111 tiros de metralhadora disparados numa festa pelo “esquadrão de eliminação” do exército peruano, em novembro de 1991 (Corte IDH, 2001, parágrafo 2).

---

174 Além das mencionadas decisões, a Corte IDH lembrou também que a Comissão Interamericana já corroborou o entendimento contrário às leis de anistia em face da Argentina (Relatório 28/92, Casos 10.147; 10.181; 10.240; 10.262; 10.309, e 10.311); Chile (Relatório 34/96, Casos 11.228; 11.229; 11.231, e 11.282., e Relatório 36/96); El Salvador (Relatório 1/99, Caso 10.480); Haiti (Relatório No. 8/00, Caso 11.378), Peru (Relatório No. 20/99, Caso 11.317, Relatório No. 55/99, Casos 10.815; 10.905; 10.981; 10.995; 11.042 e 11.136; Relatório No. 44/00, Caso 10.820; Relatório No. 47/00, Caso 10.908); e Uruguai (Relatório No. 29/92. Casos 10.029, 10.036 e 10.145). (Corte IDH, 2010).

No julgamento histórico de 14 de março de 2001, a Corte IDH reconheceu a responsabilidade internacional do Peru pela violação ao direito à vida, à integridade pessoal, à garantia e à proteção judicial como consequência da promulgação e aplicação das leis de anistia 26479 e 26492, bem como pelo descumprimento da obrigação de respeitar os direitos da CADH e do dever de adotar as disposições de direito interno decorrentes dessas leis (*Ibid*, parágrafo 39):

Esta Corte Considera que são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e sanção dos responsáveis das violações graves dos direitos humanos, tais como a tortura, execuções sumárias ou arbitrárias e desaparecimentos forçados, todos eles *proibidos* por contrariar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direitos Internacional dos Direitos Humanos. (...)

As leis de autoanistia conduzem à indefesa das vítimas e à perpetuação da impunidade pelo que são manifestamente incompatíveis com a letra e o espírito da Convenção Americana. Esse tipo de leis impede a identificação dos indivíduos responsáveis pelas violações de direitos humanos e atrapalham a investigação e o acesso à justiça e impede às vítimas e a seus familiares conhecer a verdade e receber a reparação correspondente. (...)

Como consequência da manifesta incompatibilidade entre as leis de autoanistia e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, as mencionadas leis carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos que constituem este caso nem para a identificação e castigo dos responsáveis, nem podem ter impacto igual ou similar sobre outros casos de violação dos direitos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Peru (Corte IDH, 2001, parágrafos 41, 43 e 44) (tradução nossa).

A Corte Interamericana considerou que as Leis de anistia peruanas impediram que os familiares das vítimas e as vítimas sobreviventes no presente caso fossem ouvidas em juízo, violando, assim, o direito à proteção judicial, além de ter impedido a investigação, persecução, captura e sanção dos responsáveis pelos fatos ocorridos em Barrios Altos.

O Juiz Cançado Trindade, em seu voto concorrente nesse caso, destaca que essas ponderações da Corte IDH constituem um salto qualitativo em sua jurisprudência, no sentido de buscar superar um obstáculo que os órgãos internacionais de proteção não conseguiram transpor: a impunidade e a consequente erosão da confiança da população nas instituições públicas (Corte IDH, 2001, parágrafo 4). Para ele, as leis de autoanistia são, em suma, uma afronta inadmissível ao direito à verdade e ao direito à justiça – começando pelo próprio acesso à justiça – e são manifestamente incompatíveis com as obrigações gerais dos Estados partes na CADH de respeitar e garantir os direitos humanos protegidos por ela, assegurando

seu livre e pleno exercício, bem como adequar seu direito interno à normativa internacional de proteção. A legalidade das leis de autoanistia no plano interno, ao conduzir à impunidade e à injustiça, é incompatível com a normativa de proteção do direito internacional dos direitos humanos, acarretando violações de *jure*.

Na realidade, o que se passou a denominar leis de anistia, e particularmente a modalidade perversa das chamadas leis de autoanistia, ainda que se considerem leis sob um determinado ordenamento jurídico interno, não o são no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos. (Corte IDH, 2001, parágrafo 6).<sup>175</sup>

O caso *Barrios Altos vs. Peru* demonstra as fraquezas e dificuldades desse Estado em lidar com violações de direitos humanos, especialmente as perpetradas ao logo da ditadura do presidente Alberto Fujimori. Pouco antes de o caso ter sido julgado pela Corte Interamericana, o governo Fujimori depositou na Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) uma declaração unilateral pela qual pretendeu retirar a declaração de reconhecimento da cláusula facultativa de submissão à competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 9 de julho de 1999. O pedido de retirada deveria produzir efeito imediato e aplicar-se em todos os casos em que o Peru não tivesse contestado a demanda perante a Corte (OSSA HENAO, 2005).<sup>176</sup> Importante assinalar que o caso *Barrios Altos* foi submetido à Corte IDH pela Comissão Interamericana em 8 de junho de 2000 e, portanto, estaria incluído nesse pedido de retirada.<sup>177</sup>

Com a derrubada do governo de Alberto Fujimori, em 31 de janeiro de 2001, o governo do Peru retirou a declaração com a qual pretendia se desvincular da competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

---

175 No original: “*En realidad, lo que se pasó a denominar leyes de amnistía, y particularmente la modalidad perversa de las llamadas leyes de autoamnistía, aunque se consideren leyes bajo un determinado ordenamiento jurídico interno, no lo son en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*” (Corte IDH, 2001, parágrafo 6).

176 Na época, se discutiu amplamente o tema e se avançaram duas teses relativas à possibilidade ou não da retirada da aceitação da cláusula de submissão à Corte IDH e a quem corresponderia determinar a validade dessa retirada. A tese que prevaleceu foi a de que a própria corte seria competente para conhecer o pedido. Assim, no âmbito de sua competência, declarou que o pedido era um ato unilateral contrário às disposições da Convenção Americana e que implicaria a supressão do exercício dos direitos e liberdades reconhecidos por ela, iria de encontro a seu objeto e propósito enquanto tratado de direitos humanos, e privaria os beneficiários da convenção da garantia adicional de proteção desses direitos por meio da atuação de seu órgão jurisdicional. (OSSA HENAO, 2005, p. 332).

<sup>177</sup> As reações ao pedido de retirada do Peru sustentavam que deixaria os cidadãos peruanos desprotegidos, privando-os da possibilidade de recorrer à jurisdição internacional para a defesa de seus direitos fundamentais, num momento em que a situação geral dos direitos humanos naquele Estado continuava a se deteriorar. Mas também surgiu a preocupação sobre o impacto negativo que um ato como esse poderia ter sobre o sistema interamericano de proteção como um todo (OSSA HENAO, 2005, p. 324).

O caso *Barrios Altos vs. Peru* teve grande impacto na aplicação das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelos tribunais internos, contribuindo para a diminuição do fenômeno da impunidade. Nessa demanda, a Corte Interamericana consignou:

A promulgação de uma lei manifestamente contrária às obrigações assumidas por um Estado parte na Convenção constitui per se uma violação desta e gera responsabilidade internacional do Estado. Consequentemente, a Corte considera que, dada a natureza da violação constituída pelas leis de anistia n.º. 26479 e n.º. 26492, a decisão da sentença de mérito no caso *Barrios Altos* tem efeitos gerais, e nesses termos, deve ser entendida a demanda de interpretação formulada pela Comissão. (Corte IDH, 2001, parágrafo 18) tradução nossa).<sup>178</sup>

Lorena González Volio (2005, p. 320-322) destaca que o caso *Barrios Altos vs. Peru* foi utilizado pela Câmara Federal argentina para declarar nula sua Lei de Anistia, o que demonstra a importância e o valor jurídico que devem ter as decisões da Corte Interamericana. Os juízes da Câmara reconheceram que as decisões desse órgão internacional, competente para a interpretação e aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos, devem ser contempladas pelos tribunais argentinos em suas resoluções.

Em 9 de novembro de 2001, a Câmara Federal declarou inconstitucionais as leis do ponto final e obediência devida. Os membros do tribunal de apelação determinaram que os delitos denunciados constituíram crimes contra a humanidade e não poderiam ser anistiados. A obrigação de julgar os delitos dessa gravidade se encontra no artigo 118 da Constituição argentina e no direito das gentes, afirmou a Câmara. Por outro lado, os tratados internacionais ratificados pela Argentina e incorporados à Constituição obrigam a julgar e castigar as graves violações aos direitos humanos. De acordo com a Resolução da Câmara Federal, a ordem internacional obriga a impor sanções aos responsáveis por crimes de lesa humanidade.<sup>179</sup>

A segunda decisão da Corte Interamericana contra as leis de anistia foi no caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*, de 22 de setembro de 2006. A demanda se refere à detenção arbitrária e ilegal, à tortura e ao desaparecimento forçado de quatro homens, supostamente

---

178 No original: “*La promulgación de una ley manifestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte en la Convención constituye per se una violación de ésta y genera responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, la Corte considera que, dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía No. 26479 y No. 26492, lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos tiene efectos generales, y en esos términos debe ser resuelto el interrogante formulado en la demanda de interpretación presentada por la Comisión*” (Corte IDH, 2001, parágrafo 18).

179 A Câmara citou alguns parágrafos do caso *Barrios Altos vs. Peru*, mas em particular assinalou que “*es inadmisibile la impunidad de las conductas que afectan más gravemente los principales bienes jurídicos sujetos a la tutela de ambas manifestaciones del Derecho Internacional. La tipificación de esas conductas y el procesamiento y sanción de sus autores constituye una obligación de los Estado, que nopuede eludirse a través de medidas tales como la amnistía...*” (GONZÁLEZ VOLIO, 2005, p. 322).

cometidos por agentes estatais, entre 1974 e 1977, bem como à impunidade parcial em que se encontram esses fatos por não haver sido sancionado todos os responsáveis (Corte IDH, 2006, parágrafo 2).<sup>180</sup> As violações perpetradas na demanda ocorreram no contexto da Operação Condor, no cone sul latino americano.<sup>181</sup>

O presente caso se reveste de uma particular transcendência histórica: os fatos ocorreram em um contexto de prática sistemática de detenções arbitrárias, torturas, execuções e desaparecimentos forçados pelas forças de segurança e inteligência da ditadura de Alfredo Stroessner, no marco da Operação Condor, cujas características e dinâmica foram esboçadas nos fatos provados (...). É dizer, os graves fatos são marcados pelo caráter flagrante, massivo e sistemático a repressão a que foi submetida a população a escala interestatal, pois as estruturas de segurança estatais foram coordenadamente desatadas contra as nações a nível transfronteiriço pelos governos ditatoriais envolvidos. (Corte IDH, 2006, parágrafo 62). (tradução nossa).<sup>182</sup>

A Corte IDH assinalou que o Paraguai já havia reconhecido sua responsabilidade internacional, tanto no âmbito interamericano quanto no doméstico, através de atos de seus poderes Legislativo e Judiciário (Corte IDH, 2006, parágrafos 68 a 71).

Claudia Perrone-Moisés destaca a adoção da Constituição paraguaia de 1992 como um marco decisivo para a afirmação dos direitos humanos no Estado. Outros avanços foram a adesão do Estado, em 1992, aos Pactos de Direitos Humanos da ONU e o reconhecimento, em 1993, da jurisdição contenciosa da Corte Interamericana (2008, p. 41). O Poder Legislativo

---

180 Segundo a demanda, Agustín Goiburú Giménez era um médico paraguaio, filiado ao Partido Colorado, e fundador de um grupo político opositor a Stroessner Matiauda. Em 9 de fevereiro de 1977, o Dr. Goiburú foi detido arbitrariamente na Argentina por agentes estatais paraguaios ou por pessoas que atuavam sob sua aquiescência, levado ao Departamento de Investigação da Polícia em Assunção, onde o mantiveram incomunicável, foi torturado, e, posteriormente desaparecido. “*La desaparición del doctor Goiburú ha sido considerada como una ‘acción coordinada entre las fuerzas de seguridad paraguaya y argentina’ que formo parte de la ‘Operación Cóndor’*”. As demais vítimas foram presas ao cruzar a fronteira entre Paraguai e Argentina, acusadas de pertencer a um grupo terrorista que preparava um atentado contra a vida de Stroessner, supostamente liderado pelo Dr. Goiburú. (Corte IDH, 2006, parágrafo 2).

181 A respeito das desapareções forçada ocorridas sob a Operação Condor, as forças armadas e policiais do cone sul, unidas em sua “cruzada anticomunista”, efetuavam detenções extrajudiciais de cidadãos de outros, submetendo os detentos à torturas físicas, sendo interrogados pela polícia de sua mesma nacionalidade,, remetendo-os clandestinamente aos cárceres de seu Estado de origem e os “desapareciam” diretamente (corte IDH, 2006, parágrafo 62.12).

182 “Nas décadas de setenta e oitenta se deram várias modalidades de desaparecimentos no Paraguai: a) as vítimas eram detidas por pessoas vestidas de civis e não se voltava a vê-las; b) as pessoas eram arrastadas abertamente, e logo eram retiradas das prisões e penitenciárias e desapareciam todos os registros oficiais das autoridades que efetuaram as prisões. Os questionamentos sobre seu paradeiro se caracterizavam pelo silêncio, a surpresa ou a negativa oficial de que as vítimas tivessem sido alguma vez detidas; e c) cidadãos paraguaio desapareceram na Argentina durante a ditadura militar que teve nesse Estado. Em alguns casos, se tratava de paraguaios que se exilaram na Argentina. Em outros, as vítimas paraguaias foram expulsas de seu Estado pelas autoridades paraguaias e logo desapareceram enquanto estavam na Argentina”. (Corte IDH, 2006, parágrafo 61.13).

promulgou a Lei 838/1996 para indenizar as vítimas de violações de direitos humanos por questões políticas ou ideológicas ocorridas durante a ditadura; e a Lei 2225/2003, que criou a Comissão da Verdade e Justiça para investigar que constituem ou constituíram violações aos direitos humanos cometidas por agentes estatais, desde maio de 1954 até a promulgação da lei, e recomendar a adoção de medidas para evitar a repetição dessas violações e para “consolidar um estado democrático e social de direito com plena vigência dos direitos humanos e para fomentar uma cultura de paz, de solidariedade e de concordância entre paraguaios”.<sup>183</sup> No mesmo sentido, a Corte reconhece que o Estado se absteve de editar leis de anistia e que reconheceu em sua própria Constituição de 1992 a não aplicabilidade da prescrição aos crimes de lesa humanidade (*Ibid*, parágrafo 68).

No caso *Almonacid Arellano y otros*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos apreciou, em 26 de setembro de 2006, a responsabilidade internacional do Chile pela falta de investigação e sanção dos responsáveis pela execução extrajudicial de Almonacid Arellano, a partir da aplicação do Decreto Lei 2.191, Lei de Anistia, adotado em 1978 no Chile, bem como a suposta falta de reparação adequada em favor de seus familiares.

Ela estabeleceu que o crime praticado contra Almonacid se caracteriza como de lesa humanidade, não podendo ser anistiado (Corte IDH, 2006, parágrafo 115). Quanto à invalidade do Decreto de Anistia chileno, a Corte IDH afirmou:

Leis de anistia com as características descritas (...) conduzem à indefesa das vítimas e à perpetuação da impunidade dos crimes de lesa humanidade, pelo que são manifestamente incompatíveis com a letra e o espírito da Convenção Americana e, indubitavelmente, afetam os direitos consagrados nela. Elas constituem per se uma violação e geram responsabilidade internacional do Estado. Por consequência, dada sua natureza, o Decreto Lei n.º.2.191 carece de efeitos jurídicos e não pode seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos que constituem nesse caso, nem para a identificação e o castigo dos responsáveis, nem pode ter impacto igual ou similar sobre outros casos de violação dos direitos consagrados na Convenção Americana acontecidos no Chile. (Corte IDH, 2006, parágrafo 119). (tradução nossa).

Para a Corte IDH, o fato de o Estado ter mantido vigente o Decreto Lei n. 2.191 por mais de dezesseis anos depois da ratificação da Convenção Americana, em 21 de agosto de 1990, demonstra a inobservância das obrigações consagradas naquela, independente de que a

---

183 “Em 1992, no âmbito de uma ação de habeas data, foi descoberto pelas autoridades judiciais, em um centro policial nos arredores de Assunção, um arquivo secreto da ditadura do presidente Stroessner. Os documentos, confiscados por um juiz penal, contêm abundante informação acerca das violações de direitos humanos cometidas durante o período”. (PERRONE-MOISÉS, 2008, p. 41).

norma esteja ou não sendo aplicada pelo Poder Judicial chileno. Isso porque o Chile tem a obrigação de suprimir toda norma violadora da Convenção e porque o critério dos tribunais internas pode mudar, decidindo-se aplicar novamente uma disposição que para o ordenamento interno continua vigente. Portanto, a Corte entendeu que o Estado não cumpriu os deveres impostos pelo artigo 2 da Convenção Americana por manter formalmente dentro de seu ordenamento uma lei contrária a seu espírito (Corte IDH, 2006, parágrafos 121 e 122).

A Corte Interamericana entendeu que os juízes e tribunais e internos estão sujeitos ao império da lei, e, por isso, estão obrigados a aplicar disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional, como a Convenção Americana, seus juízes também estão submetidos a ela, o que lhes obriga a velar por suas disposições, deixando de aplicar as normas que sejam contrárias a suas finalidades. “Em outras palavras, o Poder Judicial deve exercer um 'controle de convencionalidade' das normas internas que se aplicam em casos concretos e a Convenção Americana”, tendo em conta não apenas o tratado, mas a interpretação da própria Corte (*Ibid*, parágrafo 124).<sup>184</sup>

No caso *Gelman vs. Uruguay*, julgado em 4 de fevereiro de 2011, a Corte Interamericana, mais uma vez, reiterou seu posicionamento contrário às leis de anistia. O caso versa sobre o desaparecimento forçado de María Claudia Gelman desde o final de 1976, quando foi detida em Buenos Aires, Argentina, em estado avançado de gravidez. Presume-se que ela foi trasladada ao Uruguai, onde teve sua filha, que foi entregue a uma família uruguaia, atos que a Comissão Interamericana indica terem sido praticados por agentes estatais argentinos e uruguaio na Operação Condor, sem que até o momento se conheça o paradeiro da mãe e as circunstâncias de seu desaparecimento. A Comissão alegou também a supressão da identidade da filha, María Macarena, e a denegação de justiça, impunidade e, em geral, o sofrimento causado ao pai e aos familiares como consequência da falta de investigação dos fatos e sanção dos responsáveis, em virtude da Lei 15.848 ou Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva do Estado do Uruguai.<sup>185</sup>

---

<sup>184</sup> Em seu voto apartado no caso *Almonacid Arellano y outros*, o Juiz Caçado Trindade enfatizou que “As autoanistias não são verdadeiras leis, porquanto desprovidas do necessário caráter genérico destas, da ideia de Direito que as inspira (essencial inclusive para a segurança jurídica), e da sua busca do bem comum”. Para ele, “tudo o que pretendem é subtrair da justiça determinados fatos, encobrir violações graves de direitos, e assegurar a impunidade de alguns. Não satisfazem os requisitos mínimos requisitos de leis, ao contrário, são aberrações antijurídicas” (*Ibid*, parágrafo 7). Diz ainda que as leis de autoanistia são “a própria negação do Direito” porque violam abertamente princípios gerais de direito, como o acesso à justiça, a igualdade ante a lei, o direito ao juiz natural, entre outros. “Na medida em que impedem a realização da justiça por crimes de tamanha gravidade, as autoanistias são violadoras do jus cogens” (*Ibid*, parágrafo 10).

<sup>185</sup> A Corte destaca que a jurisprudência argentina assinalou várias vezes que no período do autodenominado Processo de Reorganização Nacional se subtraíram menores da esfera de custódia de seus pais e que essa prática constituía um fato político público e notório. As mulheres grávidas detidas eram mantidas vivas até que os filhos

A Corte Interamericana considerou o Uruguai responsável por haver violado, desde o nascimento de María Macarena Gelman e até o momento em que se recuperou sua verdadeira e legítima identidade, o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida e liberdade pessoal, à família, ao nome, aos direitos da criança e à nacionalidade reconhecidos na CADH, na Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado, além da violação ao direito à integridade e à família de Juan Gelman, pai de María Macarena (*Ibid*, parágrafos 137 e 138).

Quanto à Lei de Caducidade, que teve sua constitucionalidade reconhecida em 1988 pela Suprema Corte de Justiça uruguaia,<sup>186</sup> a Corte Interamericana assinalou sua manifesta incompatibilidade da lei com a Convenção Americana, por impedir a investigação e a sanção de graves violações de direitos humanos. Assim, essa norma carece de efeitos jurídicos e, conseqüentemente, não pode seguir representando um obstáculo às investigações dos fatos do presente caso e a identificação e o castigo dos responsáveis (Corte IDH, 2011, parágrafo 232).

O fato de que a Lei de Caducidade tenha sido aprovada em um regime democrático e ainda ratificada ou respaldada pela cidadania em duas ocasiões não lhe concede, automaticamente nem por si só, legitimidade ante o Direito Internacional. A participação da cidadania sobre a lei, utilizando os procedimentos de exercício direto da democracia – recurso de referendun (parágrafo 2º do artigo 79 da Constituição do Uruguai) – em 1989- e plebiscito (letra A do artigo 331 da Constituição do Uruguai) sobre um projeto de reforma constitucional pelo que se haviam declarados nulos os artigos 1 a 4 da Lei – em 25 de outubro de 2009, se deve considerar então, como um gato atribuído ao Estado e gerador, portanto, da sua responsabilidade internacional. (...) A mera existência de um regime democrático não garante, per se, permanente respeito ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, o qual tem sido assim considerado inclusive pela própria Carta Democrática Interamericana. A legitimação democrática de determinados fatos ou atos em uma sociedade está limitada pelas normas e obrigações internacionais de proteção dos direitos humanos reconhecidos em tratados como a Convenção Americana, de modo que a existência de um verdadeiro regime democrático está determinada pelas suas características tanto formais como substanciais, pelo que, particularmente em casos de graves violações de direitos humanos, constitui um limite inegociável da regra da maioria, é dizer, na esfera do “suscetível de ser

---

nancessem e, logo após, estes eram entregues a familiares de militares ou policiais e seus pais executados ou desaparecidos (Corte IDH, 2011, parágrafo 61).

186“Entre 1995 e 1996, ressurgiu com grande força na opinião pública a necessidade de atender aos reclamos das famílias das vítimas [da ditadura]. Nos anos de 1996 e 1997, a discussão se reinstala definitivamente no Estado. São realizadas marchas populares: 'verdade, memória e nunca mais' e 'queremos a verdade: onde, quando, como e porque'. O judiciário, tendo em vista as normas interamericanas, é chamado a opinar acerca da questão da caducidade da pretensão punitiva. No plano administrativo, os parentes das vítimas ingressaram com 'recursos de petição' (...) para que o Poder Executivo investigue os 'desaparecimentos' (essa possibilidade já havia sido prevista na própria Lei de Caducidade), com base na Resolução 29/92 da Comissão Interamericana e de acordo com o que fora definido no informe acerca do Uruguai, do Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos forçados ou involuntários da ONU, apresentado à Comissão de Direitos Humanos” (PERRONE-MOISÉS, 2008, p. 45).

decidido” por parte da maioria nas instâncias democráticas, nas quais também deve primar um “controle de convencionalidade” (...), que é função e tarefa de qualquer autoridade pública e não só do Poder Judicial. Nesse sentido, a Suprema Corte de Justiça exerceu, no caso *Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet*, um adequado controle de convencionalidade da Lei de Caducidade, ao estabelecer, inter alia, que “o limite da decisão da maioria reside, essencialmente, em duas coisas: a tutela dos direitos fundamentais (os primeiros, entre todos, são o direito à vida e à liberdade pessoal, e não há vontade da maioria, nem interesse geral nem bem comum ou público em benefício dos quais possam ser sacrificados) e à sujeição dos poderes públicos à lei”. (Corte IDH, 2011, parágrafos 238 e 239).

Ainda que a Suprema Corte de Justiça uruguaia já tenha reconhecido a inaplicabilidade da Lei de Caducidade, e a lei não seja mais um obstáculo na atualidade, as investigações sobre o presente foram prejudicadas pela aplicação da lei e já ultrapassaram o limite da razoabilidade da duração dos procedimentos. Assim, apesar do reconhecimento da carência de efeitos jurídicos da lei em casos de graves violações aos direitos humanos, o Estado não cumpriu sua obrigação de adequar o direito interno à Convenção Americana de Direitos Humanos e à Convenção Interamericana sobre Desaparecimentos Forçados de Pessoas (Corte IDH, 2011, parágrafos 241 a 246).

#### **4.4.4. Os esforços brasileiros em prol da afirmação do direito à verdade e à memória**

A decisão da Corte Interamericana, ao julgar inválida a Lei de Anistia brasileira é consentânea com o princípio da prevalência dos direitos humanos.<sup>187</sup> Entretanto, reconhecemos a dificuldade de implementação integral da decisão no caso *Gomes Lund* pelo Poder Judiciário, em razão da aplicação do princípio da coisa julgada na ADPF 153. Mas a responsabilidade pela revisão da Lei de Anistia não é apenas do Judiciário. Cabe também aos poderes Legislativo e Executivo se mobilizarem no sentido de editar uma nova lei que revogue ou reconfigure a Lei 6.683/1979, e todos os atos normativos relacionados a ela, por respeito à decisão da Corte Interamericana, à Convenção Americana de Direitos Humanos e aos princípios gerais de direito internacional.

Somente com a edição dessa nova norma, será possível a investigação dos fatos com a determinação do paradeiro das vítimas, o julgamento justo e, se for o caso, a sanção dos

---

187 “Artigo 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) II - prevalência dos direitos humanos”. (BRASIL, 1988).

responsáveis. Cabe, principalmente, ao Poder Executivo proporcionar assistência médica e psicológica aos familiares das vítimas, reconhecer publicamente a responsabilidade internacional do Estado brasileiro quanto aos desaparecimentos forçados ocorridos na Guerrilha do Araguaia e instituir o dia dos desaparecidos políticos no Brasil. Ele também deve fornecer os meios e as condições para proporcionar a educação em direitos humanos nas Forças Armadas, com garantia de não repetição e possibilitar o acesso, a sistematização e a publicação de documentos em poder do Estado relativos ao período do regime de exceção; bem como criar uma Comissão da Verdade; e indenizar os danos materiais e imateriais aos familiares das vítimas que ainda não foram recompensados, ou que não foram recompensados satisfatoriamente. Ao Legislativo compete a discussão quanto à tipificação do delito de desaparecimento forçado no Brasil.

Nesse sentido, em 18 de novembro de 2011, foi sancionada a Lei 12.528, que “cria a Comissão Nacional da Verdade, no âmbito da Casa Civil da Presidência da República”, com a finalidade de esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período fixado no art. 8º do ADCT, “a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional”. (BRASIL, 2011).

O artigo 3º da Lei 12.528/2011 prevê como seus objetivos esclarecer os fatos e as circunstâncias dos casos de graves violações de direitos humanos, como os casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres e sua autoria — ainda que ocorridos no exterior —; identificar e tornar públicos as estruturas, os locais, as instituições e as circunstâncias relacionados a essas práticas; recomendar a adoção de medidas e políticas públicas para prevenir essas violações, assegurando sua não repetição e promovendo a efetiva reconciliação nacional; promover a reconstrução da história desses casos de graves violações, bem como colaborar para a prestação de assistência às vítimas (BRASIL, 2011).

Os artigos 4º, 5º, 8º, 10 e 11 da norma preveem ainda que qualquer cidadão que demonstre interesse em esclarecer situação de fato revelada ou declarada pela Comissão terá a prerrogativa de solicitar ou prestar informações para fins de estabelecimento da verdade e que os servidores públicos e militares têm o dever de colaborar com Comissão Nacional da Verdade. As atividades da Comissão não tem caráter jurisdicional ou persecutório e serão públicas, exceto quando o sigilo seja relevante para o alcance de seus objetivos ou para resguardar a intimidade, honra ou imagem de pessoas. A Comissão poderá firmar parcerias com instituições de ensino superior ou organismos internacionais para o desenvolvimento de suas atividades, e terá 2 anos para concluir seus trabalhos, apresentando relatório de suas

atividades, os fatos examinados, as conclusões e recomendações. A Presidência da República dará o suporte necessário ao desenvolvimento de suas atividades (BRASIL, 2011).

Nesse sentido, o Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH 3), criado pelo Decreto 7037/2009 – atualizado pelo Decreto 7.177/2010 – tem como um de seus eixos orientadores o direito à memória e à verdade. Para a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República:

A investigação do passado é fundamental para a construção da cidadania. Estudar o passado, resgatar sua verdade e trazer à tona seus acontecimentos, caracterizam forma de transmissão de experiência histórica que é essencial para a constituição da memória individual e coletiva.

O Brasil ainda processa com dificuldades o resgate da memória e da verdade sobre o que ocorreu com as vítimas atingidas pela repressão política durante o regime de 1964. A impossibilidade de acesso a todas as informações oficiais impede que familiares de mortos e desaparecidos possam conhecer os fatos relacionados aos crimes praticados e não permite à sociedade elaborar seus próprios conceitos sobre aquele período.

A história que não é transmitida de geração a geração torna-se esquecida e silenciada. O silêncio e o esquecimento das barbáries geram graves lacunas na experiência coletiva de construção da identidade nacional. Resgatando a memória e a verdade, o Estado adquire consciência superior sobre sua própria identidade, a democracia se fortalece. As tentações totalitárias são neutralizadas e crescem as possibilidades de erradicação definitiva de alguns resquícios daquele período sombrio, como a tortura, por exemplo, ainda persistente no cotidiano brasileiro. (BRASIL, 2010, p. 170).

Para o PNDH, a Lei 9.140/1995, que reconheceu a responsabilidade do Estado brasileiro pela morte de opositores ao regime de 1964, foi o primeiro passo significativo na luta pelo direito à verdade e à memória.<sup>188</sup> A criação da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, em agosto de 2001,<sup>189</sup> proporcionou maior visibilidade à causa. Em dezembro de 2005, o Governo Federal determinou que os arquivos da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN) fossem entregues ao Arquivo Nacional, onde passaram a ser organizados e digitalizados. Em agosto de 2007, foi lançado o livro-relatório “Direito à Memória e à Verdade”, registrando os 11 anos de trabalho daquela Comissão e resumindo a história das vítimas da ditadura no Brasil (BRASIL, 2010, p. 171).<sup>190</sup>

188 “Essa Lei instituiu Comissão Especial com poderes para deferir pedidos de indenização das famílias de uma lista inicial de 136 pessoas e julgar outros casos apresentados para seu exame. No art. 4º, inciso II, a Lei conferiu à Comissão Especial também a incumbência de enviaar esforços para a localização dos corpos de pessoas desaparecidas no caso de existência de indícios quanto ao local em que possam estar depositados”. (BRASIL, 2010, p. 170).

189 A Comissão de Anistia foi criada pela Medida Provisória 2151-3, convertida na Lei 10.559, de 13 de novembro de 2002. Essa norma regulamentou o Art. 8º do ADCT.

190 “A Comissão de Anistia já realizou 700 sessões de julgamento e promoveu, desde 2008, 30 caravanas, possibilitando a participação da sociedade nas discussões, e contribuindo para a divulgação do tema no Estado.

Para a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, as violações sistemáticas aos direitos humanos cometidas pelo Estado brasileiro durante o regime de exceção são desconhecidas pela maioria da população, especialmente os jovens.<sup>191</sup> Por isso, propôs no PNDH - 3 uma série de ações programáticas a fim de promover a apuração e o esclarecimento público dessas violações, a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional.

A busca do Estado pela verdade tem como consequência uma maior aproximação com as famílias vitimizadas visto que estas por diversas vezes são chamadas a prestar depoimentos em órgãos judiciais, legislativos ou executivos, como o Ministério da Justiça, no Brasil, e as comissões de verdade e investigação, em diversos Estados da América Latina, ou até mesmo em organizações não governamentais de proteção aos direitos humanos.

Essa aproximação ocorre também num patamar internacional, entre as famílias das vítimas e a Comissão ou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, visto que geralmente são elas que recorrem à Comissão e, na maioria das vezes, as principais testemunhas.

Há ainda outro viés social do direito à verdade, o qual se refere ao sofrimento das famílias no caso de pessoas desaparecidas. No caso *Bámaca Velasquez*, a Corte Interamericana assinalou que o desaparecimento forçado de pessoas ocasiona um profundo impacto psicológico em seus familiares, pois ao não saber o que aconteceu com elas, se veem impedidos de iniciar o luto para enfrentar sua morte e poder seguir adiante com suas vidas. Nesse tipo de situações, a dor não se perde com o transcurso do tempo e qualquer mínima coisa que recorde o desaparecido é motivo para descarregar novamente todo o sofrimento prévio (Corte IDH, 2002). Ao negar à família o direito de enterrar seus mortos, nega-se-lhe a própria condição humana.<sup>192</sup>

---

Até 1º de novembro de 2009, já haviam sido apreciados por essa Comissão mais de 52 mil pedidos de concessão de anistia, dos quais quase 35 mil foram deferidos e cerca de 17 mil, indeferidos. Outros 12 mil pedidos aguardavam julgamento, sendo possível, ainda, a apresentação de novas solicitações. Em julho de 2009, em Belo Horizonte, o Ministro de Estado da Justiça realizou audiência pública de apresentação do projeto Memorial da Anistia Política do Brasil, envolvendo a remodelação e construção de um novo edifício junto ao antigo “Coleginho” da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), onde estará disponível para pesquisas todo o acervo da Comissão de Anistia” (BRASIL, 2010, p. 171).

191 A Secretaria de Direitos Humanos estima que “pelo menos 50 mil pessoas foram presas somente nos primeiros meses de 1964; cerca de 20 mil brasileiros foram submetidos a torturas e cerca de quatrocentos cidadãos foram mortos ou estão desaparecidos. Ocorreram milhares de prisões políticas não registradas, 130 banimentos, 4.862 cassações de mandatos políticos, uma cifra incalculável de exílios e refugiados políticos” (BRASIL, 2010, p. 173).

192 “A entrega dos restos mortais constitui um ato de reparação e justiça em si mesmo”, afirmou a Corte IDH no caso *Neira y otros contra Peru*, quando reconheceu pela primeira vez a obrigação de o Estado de fazer todos os esforços possíveis para localizar e identificar os restos das vítimas e entregá-los às famílias. O direito à verdade é um meio para se alcançar a justiça, consubstanciado, principalmente, pelo acesso à informação. Pode ser considerado também o fim último do processo penal, como o interesse público reclamado para a solução dos casos sem litígio. Seus objetivos vinculam-se estreitamente aos do direito penal internacional, quais sejam: o

A CIDH tem reiterado em suas sentenças o dever dos Estados de investigar os fatos ocorridos objetos de violações a direitos humanos, de identificar os responsáveis e puni-los, ainda que se trate de órgãos ou pessoas vinculadas, direta ou indiretamente, com o aparato estatal. Da mesma forma, tem indicado que eles devem abster-se de recorrer a instrumentos como a anistia, a prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade penal.

Nos períodos posteriores aos conflitos armados ou tensões internas, o direito à verdade tem sido invocado para ajudar as sociedades a compreender as causas subjacentes aos conflitos ou as violações generalizadas dos direitos humanos. Assim, esse direito pode ser identificado também como um meio de preservação real da memória de um povo, contada não somente por dados fornecidos pelo governo, mas pelos relatos daqueles que vivenciaram o outro lado da história, dos que foram perseguidos e torturados pelos regimes militares<sup>193</sup>.

Nesse sentido, no Brasil, a Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011, que se destina a assegurar o direito fundamental de acesso à informação, em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes: observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública (art. 3º). O art. 5º dispõe sobre o “dever do Estado [de] garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão”. O artigo 21 prevê que “não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais” e que “as informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas não poderão ser objeto de restrição de acesso” (BRASIL, 2011).

A lei ainda estabelece algumas condutas ilícitas que ensejam responsabilidade do agente público ou militar, em seu artigo 32, tais como recusar-se a fornecer informação, retardar deliberadamente o seu fornecimento ou fornecê-la intencionalmente de forma incorreta, incompleta ou imprecisa; utilizar indevidamente, bem como subtrair, destruir,

---

restabelecimento e manutenção da paz, porque, ao expor a verdade, as sociedades podem prevenir novos delitos contra a humanidade; a facilitação dos processos de reconciliação, visto que o conhecimento da verdade é fundamental para colaborar na reconciliação das famílias e sociedades vitimizadas; a contribuição para a erradicação da impunidade, porque a identificação dos responsáveis por violações são punidos; e a reconstrução das histórias nacionais, na medida em que os Estados são obrigados a dialogarem com sua própria história (NAQVI).

193 Theodor Adorno se vale de uma metáfora muito curiosa para expressar o papel da memória sob a visão do oprimido: o olhar para o passado do oprimido deve parecer-se com a visão dos condenados na Idade Média que eram crucificados de cabeça para baixo, tal como a superfície da Terra se apresenta a essas vítimas em suas infinitas horas de agonía. (MATE, 1999, p. 111).

inutilizar, alterar ou ocultar, total ou parcialmente, informação que se encontre sob sua guarda ou a que tenha acesso em razão do exercício de função pública; impor sigilo à informação para obter proveito pessoal ou de terceiro, ou para fins de ocultação de ato ilegal cometido por si ou por outrem; e destruir ou subtrair, por qualquer meio, documentos concernentes a possíveis violações de direitos humanos por parte de agentes do Estado (BRASIL, 2011).

Desse modo, o Brasil vem cumprindo, em parte, a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio da atuação conjunta dos Poderes Legislativo e Executivo.

#### **4.4.5. O Supremo Tribunal Federal na contramão do controle de convencionalidade das Leis de anistia**

A relação entre normas internas e o direito internacional dos direitos humanos traz em si a questão da prevalência ou não deste porque, embora os Estados estejam sujeitos aos tratados de direitos humanos por eles ratificados, sua posição perante o direito interno dependerá de cada caso. Isso porque cada Estado tem liberdade para estabelecer suas próprias normas no que se refere à responsabilidade individual pelos crimes cometidos que caracterizem violações aos direitos humanos.

As leis de anistia, editadas após um período de conflito interno decorrente de regimes autoritários, vem sendo objeto de uma discussão específica que procuramos tratar ao longo deste capítulo. Estado como o Brasil (Leis 6.683/1979), a Argentina (Lei 23.492/1986 ou Lei do Ponto Final, e Lei 23.521/1987, ou Lei da Obediência Devida), o Uruguai (Lei 15.848/1986) e o Chile (Decreto-Lei 2.191/1978) inserem-se nesse contexto e já tiveram suas normas contestadas nos órgãos do sistema interamericano.<sup>194</sup>

O fato é que não há uma proibição para se editar leis de anistia no direito internacional, mas também não existe um dever para os Estados e tribunais internacional de aceitar e reconhecer os efeitos dessas leis. Entretanto, os Estados tem o dever de investigar e punir os crimes contra a humanidade (PERRONE-MOISÉS, 2008, p. 34-35).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos ressaltou nos casos *Gomes Lund* e *Gelman* que diversos Estados latino-americanos incorporaram seu entendimento quanto a

---

194 Como vimos, todos esses Estados tiveram suas normas contestadas na Corte Interamericana, à exceção da Argentina que, como vimos, atuou por vontade própria, anulando suas leis de anistia antes que algum caso chegasse à Corte, embora algumas demandas tenham sido peticionadas perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

declaração de nulidade das leis de anistia por violações a direitos e garantias previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos, meio de decisões proferidas pelos seus órgãos máximos de justiça, em observância à boa-fé no cumprimento das obrigações internacionais.

A Corte Suprema de Justiça da Argentina declarou sem efeitos as leis de anistia que constituíam neste Estado um obstáculo para a investigação, julgamento e eventual condenação por violações dos direitos humanos, com os seguintes fundamentos:

Na medida em que [as anistias] se orientam ao “esquecimento” de graves violações dos direitos humanos, elas se opõem às disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e são, portanto, constitucionalmente intoleráveis.

A transposição das conclusões da Corte Interamericana em “*Barrios Altos*” para o caso argentino é imperativa, se é que as decisões do Tribunal internacional mencionado não de ser interpretadas de boa-fé como diretrizes jurisprudenciais. Por certo, seria possível encontrar diversos argumentos para distinguir [o caso argentino do Caso Barrios Altos], mas essas distinções seriam puramente anedóticas.

... toda a regulamentação de direito interno que, invocando razões de “pacificação”, disponha a concessão de qualquer forma de anistia que deixe impunes violações graves dos direitos humanos, cometidas pelo regime que a disposição beneficia, é contrária a claras e obrigatórias disposições do Direito Internacional, e deve ser efetivamente suprimida.

[A] fim de dar cumprimento aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, a supressão das leis de [anistia] é impostergável, e deverá ocorrer de maneira que não possa delas decorrer obstáculo normativo algum para o julgamento de fatos, como os que constituem o objeto da presente causa. Isto significa que os beneficiários dessas leis não podem invocar nem a proibição de retroatividade da lei penal mais grave, nem a coisa julgada. [A] sujeição do Estado argentino à jurisdição interamericana impede que o princípio de “irretroatividade” da lei penal seja invocado para descumprir os deveres assumidos, em matéria de perseguição de violações graves dos direitos humanos. (Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, 2005, nota 223, considerando 26, 24, 26 e 31).

Na mesma linha, a Corte Suprema de Justiça do Chile, no caso *Lecaros Carrasco*, invalidou a aplicação da anistia chilena prevista no Decreto-Lei 2.191/1978, nos seguintes termos:

[A] lei de anistia proferida pela autoridade *de facto* que assumiu o “Comando Supremo da Nação”, (...) há de ser interpretad[a] num sentido conforme às convenções protetoras dos direitos fundamentais do indivíduo e punitivas dos graves atentados contra ele cometidos, durante a vigência desse corpo legal.

[A] referida proibição de autoexoneração não alude unicamente a situações óbvias, nas quais os detentores do poder valeram-se da situação vantajosa em que se encontravam para consagrar extinções de responsabilidade, como ocorre com as anistias autoconcedidas, mas implica

também uma suspensão da vigência de instituições preexistentes, como [...] a prescrição da ação penal, concebidas para funcionar numa situação de paz social a que estavam chamadas a servir, mas não em situações de violação de todas as instituições sobre as quais o Estado se erigia, e em benefício precisamente dos que provocaram essa ruptura. (Corte Suprema de Justiça do Chile, 2010, *supra* nota 232, considerandos 2 e 3).

O Tribunal Constitucional do Peru também já precisou o alcance interno da invalidade das leis de anistia por violações ao direito internacional:

[O] Tribunal Constitucional considera que a obrigação do Estado de investigar os fatos e sancionar os responsáveis pela violação dos direitos humanos declarados na Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos não somente compreende a nulidade daqueles processos a que houvessem sido aplicadas as leis de anistia [...], após ter-se declarado que essas leis não têm efeitos jurídicos, mas também toda prática destinada a impedir a investigação e punição pela violação dos direitos à vida e à integridade pessoal. (Tribunal Constitucional do Peru, 2005, *supra* nota 236, parágrafo 63).

A aprovação de leis de anistia constitui uma competência jurídico-constitucional do Congresso da República, de modo que as resoluções judiciais expedidas, em aplicação de leis de anistia constitucionalmente legítimas, dão lugar à configuração da coisa julgada constitucional. O controle das leis de anistia, no entanto, parte da presunção de que o legislador penal quis agir dentro do marco da Constituição e do respeito aos direitos fundamentais. (Tribunal Constitucional do Peru, 2005, *supra* nota 238, parágrafo 52)

Não opera [essa presunção] quando se comprova que, mediante o exercício da competência de promulgar leis de anistia, o legislador penal pretendeu encobrir a prática de crimes contra a humanidade. Tampouco quando o exercício dessa competência foi utilizada para “garantir” a impunidade por graves violações de direitos humanos.

No mérito, o Tribunal considera que as leis de anistia [em questão] são nulas e carecem, *ab initio*, de efeitos jurídicos. Portanto, também são nulas as resoluções judiciais expedidas com o propósito de garantir a impunidade da violação de direitos humanos cometida por [agentes estatais]. (Tribunal Constitucional do Peru, 2005, *supra* nota 238, parágrafos 53 e 60).

No mesmo sentido, pronunciou-se recentemente a Suprema Corte de Justiça do Uruguai, a respeito da Lei de Anistia daquele Estado, ou Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva do Estado nesse Estado:<sup>195</sup>

---

195 A Corte Constitucional da Colômbia também já considerou as obrigações internacionais em casos de graves violações de direitos humanos e o dever de evitar a aplicação de disposições internas de anistia: “Figuras como as leis de ponto final, que impedem o acesso à justiça, as anistias em branco para qualquer delito, as autoanistias (ou seja, os benefícios penais que os detentores legítimos ou ilegítimos do poder concedem a si mesmos e aos que foram cúmplices dos delitos cometidos), ou qualquer outra modalidade que tenha como propósito impedir às vítimas um recurso judicial efetivo para fazer valer seus direitos, foram consideradas violadoras do dever internacional dos Estados de prover recursos judiciais para a proteção dos direitos humanos”. (Corte

A regulamentação atual dos direitos humanos não se baseia na posição soberana dos Estados, mas na pessoa enquanto titular, por sua tal condição, dos direitos essenciais que não podem ser desconhecidos, com base no exercício do poder constituinte, nem originário, nem derivado.

Em tal marco, [a lei de anistia] em exame afetou os direitos de numerosas pessoas (concretamente, as vítimas, familiares ou prejudicados pelas violações de direitos humanos mencionadas), que viram frustrado seu direito a um recurso, a uma investigação judicial imparcial e exaustiva, que esclareça os fatos, determine seus responsáveis e imponha as sanções penais correspondentes; a tal ponto que as consequências jurídicas da lei a respeito do direito às garantias judiciais são incompatíveis com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Em síntese, a ilegitimidade de uma lei de anistia promulgada em benefício de funcionários militares e policiais, que cometeram [graves violações de direitos humanos], gozando de impunidade durante regimes de *facto*, foi declarada por órgãos jurisdicionais, tanto da comunidade internacional como dos Estados que passaram por processos similares ao vivido pelo Uruguai na mesma época. Tais pronunciamentos, pela semelhança com a questão analisada e pela relevância que tiveram, não poderiam ser deixados de lado no exame de constitucionalidade da Lei [No.] 15.848 e foram levados em conta pela Corporação para proferir a presente sentença. (Suprema Corte de Justiça do Uruguai, 2009, supra nota 242, Considerando III.8, parágrafos 6, 11 e 15).

Para Claudia Perrone-Moisés, a reconstrução da memória do passado deve ocorrer apesar das leis de anistia, porque essa pode impedir o exercício e violar outros direitos humanos, como o direito à verdade e à memória.

Ao aderir a diplomas internacionais – como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos – e ao instituir na Constituição de 1988 um Estado democrático de direito que tem como um de seus fundamentos o respeito à dignidade da pessoa humana, o Brasil, além de alargar a proteção a todos os indivíduos sob sua jurisdição, “obteve também pra si a garantia da imparcialidade e não seletividade que só os mecanismos coletivos de apuração da responsabilidade internacional do Estado podem fornecer” (RAMOS, 2004, p.142).

Na citada Opinião Consultiva 14/94, a Corte Interamericana decidiu que a promulgação de uma lei manifestamente contrária às obrigações internacionais assumidas com a ratificação da Convenção Americana constitui uma violação desta e enseja a responsabilidade estatal. Assim, o descumprimento de uma sentença definitiva da Corte IDH, como no caso *Gomes Lund* com fundamento na coisa julgada na ADPF 153, gera a

responsabilização internacional do Estado brasileiro pela violação da obrigação de cumprir de boa-fé seus compromissos internacionais, como as sentenças da Corte.

Na esfera da proteção dos direitos humanos, a relação entre direito interno e internacional rege-se pelo princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo, e resulta na impossibilidade de se invocar norma internacional para reduzir direitos já garantidos em outros tratados ou mesmo na legislação interna.<sup>196</sup>

No presente domínio de proteção, não mais há pretensão de primazia do direito internacional ou do direito interno, como ocorria na polêmica clássica e superada entre monistas e dualistas. No presente contexto, a primazia é da norma mais favorável às vítimas, que melhor as proteja, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno. (CANÇADO TRINDADE, 2003, vol. 1, p. 434).

É isso o que ocorre com o princípio da primazia da norma mais favorável. “É o próprio direito internacional, por meio de cláusulas previstas em tratados internacionais, que possibilita a aplicação de norma interna, desde que mais favorável ao indivíduo” (RAMOS, 2004, p. 147).

Desse modo, é o direito internacional que deve determinar o que prevalece no conflito da norma internacional com a norma ou decisão interna, conforme o princípio da primazia da norma mais favorável.<sup>197</sup> A Constituição brasileira, ao incentivar a adesão do Estado a tribunais internacionais de direitos humanos e ao reconhecer a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana, impõe ao Estado o dever de respeitar os compromissos assumidos nessa seara e cumprir as decisões da Corte.

Aqui nos filiamos às críticas tecidas por André Ramos, no sentido de que são necessárias reformas para aumentar a efetividade das decisões da Corte, seja por meio de estipulação de sanções aos Estados violadores de direitos humanos, seja através da execução perante os Tribunais internos, que seria perfeitamente aplicável ao Brasil, haja vista o princípio da prevalência dos direitos humanos, previsto no artigo 4º, II, da Constituição da República.

---

196 O artigo 29.b da Convenção Americana de Direitos Humanos dispõe sobre o princípio da primazia da norma mais favorável da seguinte forma: “Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: (...) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados”. (Corte IDH, 1969).

197 Em determinadas situações, é difícil saber a quem a norma é mais favorável. Isso ocorre, por exemplo, quando dois direitos pertencentes a indivíduos distintos entram em colisão – como ocorre nos conflitos entre direito à intimidade e liberdade de imprensa. Aqui, o princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo tem pouca ou nenhuma aplicação, devendo-se aplicar o princípio da ponderação de interesses (RAMOS, 2004, p. 149-151).

Diante da relevância do direito internacional dos direitos humanos para a agenda das relações internacionais, não é mais possível permitir que a falta de mecanismos sancionatórios permita a perpetração de suas violações.

A decisão da Corte Interamericana, no caso *Lund*, ao reconhecer a nulidade da lei brasileira de anistia, não invalida o julgamento do Supremo Tribunal Federal na ADPF 153 porque não há hierarquia entre os tribunais nacionais e internacionais. Aliada ao fato de a decisão já ter transitado em julgado, o tribunal não pode rever de ofício suas decisões. Por isso, a via legislativa seria a mais adequada para se revisar a Lei de Anistia, em conformidade com a decisão do órgão internacional.

O controle jurisdicional de constitucionalidade de uma norma restringe a atuação do legislador que não pode reeditar leis julgadas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>198</sup> Ocorre que, na ADPF, reconheceu-se a constitucionalidade da Lei de Anistia, não havendo óbice para que o Poder Legislativo revise a lei.

Não há justiça sem o respeito à memória, sem o reconhecimento e a reparação pelas violações a direitos humanos, e sem o compromisso do Estado de prevenção e não repetição das ofensas praticadas por seus agentes. E é por meio dessa justiça de cunho histórico que podemos fortalecer entre nós as bases de uma democracia verdadeira, que nada mais é senão o reino da transparência e da visibilidade (BOBBIO, 2002, p. 107) em relação aos acontecimentos presentes e passados.

A busca de reconciliação com os fatos históricos em nosso Estado vai ao encontro da idéia de justiça anamnética, preconizada por Reyes Mate (2003) e por Joham Baptist Metz (1999), a qual visa uma ressignificação da justiça que valorize o passado, especialmente no que tange a negações de direitos humanos. A real compreensão do passado é essencial para a construção de sólidas bases democráticas e somente é possível com o acesso a informações verdadeiras e não arbitrariedade do uso público da história (METZ, 1999, p. 76-77).

A negação a essas informações e à possibilidade de responsabilização dos agentes violadores de direitos humanos implica, necessariamente, numa negação do próprio passado. Desse modo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) tem decidido reiteradamente que toda pessoa, incluindo os familiares e a própria comunidade, vítimas de graves violações dos direitos humanos, tem o direito a conhecer a verdade sobre as circunstâncias e fatos relativos a tais violências.

---

198 Do mesmo modo, a declaração de inconstitucionalidade de uma norma limita o próprio STF e os demais tribunais, e implica na obrigação de por fim aos processos judiciais em curso que versem sobre o tema.

Reyes Mate afirma que não somos paraquedistas caindo das nuvens num mundo com problemas; somos herdeiros de um passado. E é o senso de responsabilidade que liga o presente ao passado (2003, p. 111). Somente poderemos evitar novas violações aos direitos humanos pelo conhecimento verdadeiro de nosso passado e pelo reconhecimento da responsabilidade do Estado brasileiro por atos cometidos por seus agentes.

Os esforços louváveis do governo brasileiro através da Lei 12.528/2011, que cria a Comissão da Verdade, e do Plano Nacional de Direito Humanos são um primeiro passo rumo a uma justiça de cunho histórico que reconcilie fatos do passado na busca da construção do presente. Mas é preciso ainda avançarmos muito para que a Lei de Anistia brasileira seja revista nos moldes indicados pela Corte Interamericana e adotados por países latino-americanos, como Argentina, Chile e Uruguai.

Com as Leis 12.527/2011 e 12.528/2011 e o Plano Nacional de Direitos Humanos, o Brasil já vem cumprindo, em parte, suas obrigações internacionais, nos termos da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomes Lund*.

Mas a revisão da Lei de Anistia é uma importante forma de reparação às vítimas, aos familiares e à sociedade, pois cristaliza o reconhecimento da responsabilidade do Estado brasileiro pelas violações de direitos humanos ocorridas no regime de exceção e reforça o caráter preventivo em relação a essas atrocidades.

Essa revisão, nos termos da sentença da Corte IDH, permitiria uma efetiva investigação e a publicidade dos crimes cometidos à época, como já determinado pela Lei 12.528/2011. Já a sanção penal seria inviabilizada para os crimes de estupro, tortura e homicídios praticados em razão do prazo prescricional máximo brasileiro – que é de vinte anos – e da data do reconhecimento da jurisdição contenciosa da Corte pelo Brasil (1998). Assim, a responsabilização penal somente seria possível em relação ao crime de desaparecimento forçado, em razão de seu caráter continuado.

Não há revanchismo na proposta de revisão nesses termos, porque, na verdade, muitos dos responsáveis por essas violações de direitos humanos já se encontram em idade avançada ou já faleceram, o que, na prática, termina por inviabilizar a sanção.

A revisão da Lei de Anistia reforçaria, sim, o reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado e a disposição do Brasil em prevenir as condutas ofensivas aos direitos humanos, principalmente por parte dos agentes estatais, contribuindo para a reconciliação do Estado brasileiro com sua própria história.



## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No início deste trabalho nos perguntamos se era possível que a Lei de Anistia brasileira fosse declarada nula a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos. Finalmente, podemos afirmar que sim, porque permitem a violação de direitos e garantias previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos, muitas vezes refletidos na Constituição Federal brasileira.

Os direitos internos dos Estados se relacionam com o direito internacional constantemente e cada vez mais se torna imperativa a interdependência entre eles, evitando-se os conflitos armados, em prol do equilíbrio internacional e da manutenção da paz. Os direitos humanos destacam-se, nesse contexto, como tentativa de assegurar o equilíbrio e a paz, assegurando o respeito pelos Estados às condições mínimas de sobrevivência dos indivíduos e de convivência na sociedade mundial, prevenindo violações, permitindo reparações e educando para que violações a direitos e garantias essenciais não se repitam.

Para o direito internacional dos direitos humanos, não importa como suas fontes de direito – princípios, tratados, decisões e costumes – adentram os ordenamentos jurídicos dos Estados, porque a partir do momento em que um Estado ratifica um tratado de direitos humanos, ou aceita um costume relacionado a esses direitos, por vontade própria, ele se obriga a respeitá-lo de boa-fé. Além disso, no domínio dos direitos humanos, prevalece o princípio *in dubio pro homine*, isto é, da norma mais favorável às vítimas, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno.

No âmbito internacional, não há qualquer regulamentação sobre como os Estados devem internalizar os tratados e normas costumeiras, tampouco há hierarquia entre suas fontes de direito. Em virtude da soberania, cada Estado está apto a decidir como se dará a internalização das normas e a implementação das obrigações internacionais com as quais se comprometeu. Entretanto, essa autonomia do Estado encontra limite no artigo 27 da Convenção de Viena, que dispõe que os Estados não poderão invocar disposições de direito interno para escusar-se do cumprimento de um tratado. Em outras palavras, as normas domésticas devem ser editadas em conformidade com as normas internacionais reconhecidas pelo Estado.

No Brasil, após a Emenda Constitucional 45/2004, os tratados internacionais de direitos humanos podem se submeter a um quórum qualificado dentro desse procedimento

solene, que lhes confere a mesma hierarquia das emendas constitucionais. Em regra, os tratados internacionais têm *status* de lei ordinária, no Brasil. Mas após a EC 45/2004 e o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, os tratados internacionais de direitos humanos passaram a ter hierarquia constitucional ou supralegal, na medida em que se submetam ou não ao procedimento diferenciado.

O direito constitucional e o direito internacional devem atuar em harmonia para uma efetiva proteção dos direitos humanos. Não é mais possível, no mundo das globalizações, que eles atuem separadamente. O reconhecimento dos direitos humanos e sua proteção formam a essência das constituições democráticas, ao mesmo tempo em que a paz é o pressuposto necessário para a proteção efetiva desses direitos em cada Estado e no sistema internacional. É através dessa tríade – direitos humanos, democracia e paz – que o controle de convencionalidade atua como forma de harmonização da esfera interna com a internacional.

No plano horizontal, o direito internacional permeia relações entre Estados. É o meio político-jurídico em que as nações interagem entre si em pé de igualdade – formal – e entre organizações internacionais. Aqui, ganha importância o direito constitucional frente ao direito internacional.

Três teorias se destacam na atualidade para explicar as relações interestatais no âmbito internacional. A teoria do Estado constitucional cooperativo parte da premissa de que as constituições democráticas são um elemento cultural com fundamento na dignidade humana. Os Estados constitucionais atuais não existem mais para si, mas constituem uma comunidade internacional aberta. Por isso, para conservar a credibilidade perante seus cidadãos, devem representar no âmbito externo os mesmos valores que consideram internamente como elementos de sua identidade. A criação de sistemas internacionais para manutenção da paz conduz à evolução do direito internacional rumo a um direito cooperativo material, na medida em que essa cooperação pode aproximar os direitos internos do direito internacional.

Essa tese vai ao encontro da teoria da interconstitucionalidade, que estuda as relações de concorrência, convergência, justaposição e conflito de várias constituições no mesmo espaço político internacional. O interconstitucionalismo é uma forma de interorganização política e social que postula a articulação entre constituições, a afirmação de poderes constituintes com fontes e legitimidades diversas e uma compreensão aberta das constituições a diversos ordenamentos jurídicos.

Essas teorias podem ser aplicadas ao Brasil porque nossa Constituição é aberta ao direito internacional, dispondo sobre a cooperação no artigo 4º, que, ao enumerar os

princípios que regem o Estado em suas relações internacionais, incentiva a integração regional.<sup>199</sup>

Partindo da premissa de que os problemas de direitos humanos e de delimitação do poder são relevantes para ordens jurídicas distintas, a teoria transconstitucionalista propõe uma relação transversal permanente entre ordens jurídicas em torno de problemas comuns. No transconstitucionalismo, as cortes constitucionais citam-se reciprocamente, não como precedentes, mas como autoridades persuasivas, e, num processo de aprendizado recíproco, vinculam-se às decisões umas das outras. Assim, as constituições não se vinculam apenas ao Estado, mas a ordens jurídicas diversas, exigindo o entrelaçamento entre elas para a solução de problemas que se colocam para análise das cortes constitucionais e de tribunais internacionais. Essa ideia se assemelha ao controle de convencionalidade porque para que uma violação de direitos humanos praticada por um Estado – ou indivíduo – chegue à Corte Interamericana, é necessário, em regra, o esgotamento dos recursos internos, que obriga a análise do problema previamente no âmbito interno. Além disso, o Brasil, ao ratificar a Convenção Americana, se obrigou a observar de boa-fé suas disposições, bem como as decisões da Corte IDH.

O controle de convencionalidade, portanto, está situado nos planos vertical e horizontal porque depende do modo como as normas internacionais de direitos humanos são incorporadas ao ordenamento jurídico interno e se realiza na observância das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Estado brasileiro.

A crescente atribuição de institutos de direito constitucional ao internacional – e vice-versa –, em virtude da confluência entre direitos fundamentais e direitos humanos dá ensejo a dois fenômenos distintos e interligados: o da constitucionalização do direito internacional e o da internacionalização do direito constitucional. A constitucionalização de princípios internacionais, especialmente os relativos a direitos humanos, é um importante fator na fiscalização das normas internacionais pelos órgãos internos de controle de constitucionalidade e, conseqüentemente, de convencionalidade. Já a internacionalização do direito constitucional permite a fertilização cruzada, em que Cortes de diversos Estados e tribunais internacionais citam-se uns aos outros, e se utilizam de textos constitucionais e

---

<sup>199</sup> “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações” (BRASIL, 1988).

internacionais diversos como fundamento de suas decisões. Isso pode ser verificado quando o Supremo Tribunal Federal valeu-se de precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos para fundamentar sua decisão no caso da *ilegalidade da prisão civil do depositário infiel* e da *inexigibilidade do diploma de jornalista para o exercício da profissão*. Ou quando a Corte Interamericana utilizou decisões das Cortes Supremas da Argentina, do Uruguai e do Chile para corroborar a declaração de inconstitucionalidade da Lei de Anistia brasileira.

O constitucionalismo global é um reflexo da atribuição de institutos constitucionais, uma resposta do direito internacional frente à sua fragmentação por meio de uma sistematização de seus diversos subsistemas que possibilite sua efetivação pelos Estados. Entretanto, o constitucionalismo global tradicional deve ser abandonado, juntamente com a ideia de uma constituição global, porque parte de valores pré-políticos e da concepção universal dos direitos humanos vinculada apenas aos direitos de primeira geração – garantias e liberdades individuais.

Uma alternativa pode ser o constitucionalismo global orgânico, que inclui na visão tradicional o respeito aos particularismos na concepção da dignidade humana. Outra proposta é o constitucionalismo como mentalidade (*constitutionalism as a mindset*), que rejeita a ideia de um constitucionalismo como um projeto institucional. Esse constitucionalismo pode ser compreendido como um programa de regeneração política e moral a partir da crítica ao foco universalizador dos direitos humanos, que permite a publicidade e a condenação da extrema desigualdade econômica e social no mundo atual. Essa nova mentalidade pode ser utilizada para demonstrar que o sofrimento causado por uma violação aos direitos humanos – considerados não apenas como direitos de primeira geração, mas também direitos sócioeconômicos – não é apenas individual, mas coletivo, e atinge toda a humanidade.

Nesse contexto das relações horizontais entre os Estados no direito internacional, da internacionalização do direito constitucional e do constitucionalismo global, a soberania estatal tradicionalmente concebida relativiza-se ante a hegemonia dos direitos humanos no direito internacional. Isso porque, no moderno conceito de soberania, o Estado se encontra, direta ou indiretamente, subordinado à ordem jurídica internacional. Desse modo, os Estados permitem que os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos ajam como mecanismos suplementares, quando eles próprios sejam omissos ou falhos na proteção desses direitos. Assim, quando o Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos, aceitou o monitoramento internacional quanto aos direitos ali assegurados, obrigando-se a efetivá-los em nosso território e a cumprir de boa-fé as recomendações e decisões dos órgãos do sistema interamericano.

O Brasil subordina-se internacionalmente aos sistemas universal e interamericano de proteção, ambos complementares um ao outro, e subsidiários à atuação dos Estados. Esses sistemas de proteção desenvolveram normas para garantias dos direitos humanos, para a responsabilização dos Estados pelas violações cometidas e para a reparação dos danos materiais e imateriais causados. Essa responsabilidade baseia-se na ideia de que se um Estado reivindica o cumprimento das normas que o beneficiam, deve, por seu turno, cumprir as obrigações que lhe são impostas, sejam ou não interessantes a ele. A responsabilidade internacional é a reação jurídica do direito internacional face ao descumprimento das obrigações internacionais assumidas pelos Estados.

A responsabilidade no sistema universal é pautada pelos *Draft Articles* da Comissão de Direito Internacional da ONU, de acordo com os quais a tentativa de resolução pacífica dos conflitos deve ocorrer obrigatoriamente antes das contramedidas, o que obriga os Estados a, primeiro, requererem a reparação, e depois – se esta não for possível ou satisfatória –, devem tentar resolver o problema pacificamente, através de negociações, de conciliação, arbitragem, para somente então adotarem-se contramedidas pelos órgãos internacionais.

Já a responsabilidade internacional no sistema interamericano – foco deste trabalho – tem fundamento na Convenção Americana de Direitos Humanos e nas recomendações e decisões de seus órgãos. Dessa forma, caso o Brasil descumpra os compromissos internacionais, assumidos com a ratificação da Convenção e a aceitação da jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, e viole direitos humanos, poderá responder perante a Comissão Interamericana e a Corte, devendo cumprir as decisões emitidas por elas e reparar os eventuais danos causados às vítimas.

Tanto o sistema universal como o interamericano reconhecem que a conduta de instituições públicas no exercício de suas funções é atribuída ao Estado, ainda que sejam autônomas e independentes do governo. Ao Poder Executivo incumbe tomar todas as medidas (administrativas e outras) a seu alcance para dar fiel cumprimento às obrigações convencionais; ao Legislativo, adotar as medidas cabíveis para harmonizar o direito interno com o direito internacional dos direitos humanos, conferindo-lhes eficácia no âmbito doméstico. Ao Poder Judiciário cabe aplicar efetivamente as normas de tais tratados no plano do direito interno, e assegurar que sejam respeitadas em consonância com as decisões dos órgãos do sistema interamericano.

Mas o Estado é único para fins da responsabilidade internacional e deve responder também por cada ente federado. Desse modo, até mesmo as condutas que excedam as

competências de seus entes, órgãos e agentes devem ser atribuídas ao Estado no âmbito internacional, independente da posição interna desses órgãos ou instituições.

O controle de convencionalidade, que verifica a compatibilidade das normas e atos internos com tratados de direitos humanos, está intrinsecamente vinculado à responsabilidade internacional do Estado. Nos casos em que a atuação dos tribunais internos envolve a aplicação do direito internacional dos direitos humanos, como ocorre com as Leis de anistia, assume importância crucial a autonomia do Judiciário, a sua independência de qualquer tipo de influência executiva. A responsabilidade internacional do Estado ocorre aqui porque seus órgãos internos não são os intérpretes finais de suas obrigações internacionais em matéria de direitos humanos. No sistema interamericano, a Corte Interamericana de direitos humanos é a intérprete final desses direitos e exerce sua função jurisdicional sobre o Brasil desde 1998. Desde então, não é mais possível permitir violações dos direitos protegidos pela Convenção Americana em nosso território ou postergar reformas legislativas e institucionais para promover e garantir os direitos ali assegurados, sob pena de responsabilização internacional.

A Corte atua de modo subsidiário ao Poder Judiciário estatal. O controle de convencionalidade pode ser feito de modo unilateral pelo Brasil por meio do controle de constitucionalidade – concentrado ou difuso –, quando os direitos assegurados pela Convenção Americana coincidirem com aqueles dispostos na Constituição Federal. Assim, a Corte Interamericana responsabiliza o Estado apenas quando a decisão do Judiciário for contrária à Convenção Americana ou não proteger suficientemente os direitos e garantias ali previstos, como ocorreu no caso da Guerrilha do Araguaia.

As decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos não necessitam de homologação no ordenamento jurídico interno porque se baseiam no direito internacional já incorporado ao ordenamento, ao contrário das sentenças estrangeiras, em razão do reconhecimento prévio da jurisdição obrigatória internacional e, conseqüentemente, da aplicação do princípio do *pacta sunt servanda*. A Convenção Americana dispõe que os Estados partes têm o compromisso de garantir o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão da Corte Interamericana. A Convenção de Viena de 1969 afirma expressamente que as normas internas não podem ser alegadas como motivo de impedimento para o cumprimento dos acordos internacionais. Assim, as sentenças da Corte Interamericana fazem coisa julgada nesse âmbito e os Estados devem interpretá-las como fontes do direito internacional, em razão da necessidade social de uma solução da controvérsia jurisdicional e de segurança jurídica na esfera dos direitos humanos.

O Brasil não tem uma norma interna que regule a implementação das decisões da Corte. Apesar de a primeira tentativa ter sido frustrada, encontra-se em tramitação o PL 4.667/2004, que dispõe sobre os efeitos jurídicos das decisões dos organismos internacionais de proteção aos direitos humanos. Enquanto esse projeto não é aprovado, a implementação das recomendações e decisões dos órgãos do sistema interamericano tem se situado, principalmente, no âmbito da atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, por meio da integração entre o Ministério da Justiça e o Ministério das Relações Exteriores.

Em duas ocasiões, o Brasil demonstrou, de forma exemplar, a observância interna quanto às recomendações e decisões do sistema interamericano. A partir da denúncia do Estado no caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, houve uma modificação legislativa com a aprovação da Lei 10.216/2000, conhecida como “Lei de Reforma Psiquiátrica”, e uma intensa mobilização social através da realização de seminários, conferências e políticas públicas voltadas para a reestruturação do Sistema Único de Saúde. O caso *Maria da Penha Maia Fernandes*, analisado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, proporcionou, além da reparação da vítima, a adoção da Lei 11.340/2006, que compreende um conjunto de ações estatais destinadas a prevenir, investigar e sancionar a violência doméstica e familiar contra a mulher. Em ambos os casos, o controle de convencionalidade de atos dos Poderes Executivo e Judiciário de Estados da federação brasileira tornou-se efetivo, no âmbito doméstico, através da adoção de leis federais que visaram a assegurar os direitos humanos de portadores de transtornos mentais e de mulheres vítimas de violência doméstica reconhecidos na Convenção Americana e em outros documentos internacionais.

O Supremo Tribunal Federal também tem demonstrado sua observância em relação aos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos. No caso da *prisão civil do depositário infiel*, reviu toda sua tradição jurisprudencial sobre o tema sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil para afirmar a incompatibilidade desse tipo de prisão com a Convenção Americana de Direitos Humanos e, conseqüentemente, com o ordenamento supralegal doméstico. No caso da *inexigibilidade do diploma de jornalista para o exercício da profissão*, o tribunal declarou expressamente que “a obrigatoriedade do diploma universitário e da inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista viola o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que protege a liberdade de expressão em sentido amplo”. Essas decisões mostram a aberta hermenêutica do órgão máximo do Judiciário brasileiro em relação ao direito internacional dos direitos humanos e contribuem para sua efetivação no âmbito interno em harmonia com a jurisprudência do sistema interamericano.

Entretanto, nem sempre o STF está aberto ao diálogo com o direito internacional, sobretudo quando a demanda perante os órgãos internacionais seja contrária ao Brasil. Na ADPF 153, o Supremo Tribunal declarou a constitucionalidade da Lei 6.683/1979, a “Lei de Anistia”, em contrariedade às decisões proferidas pela Corte Interamericana nos casos *Barrios Altos vs. Peru*, *La Cantuta vs. Peru*, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, *Gomes Lund vs. Brasil*, e *Gelman vs. Uruguay*, que condenaram as leis de anistia latino-americanas que possibilitaram a impunidade de violações de direitos humanos praticadas por agentes estatais durante o regime militar.

Antes da ADPF 153, o Brasil já respondia perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos no caso *Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia)*, que versava sobre a responsabilidade do Estado brasileiro pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de setenta pessoas como resultado de operações do exército com o objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia, entre 1972 e 1975.

No julgamento da Corte Interamericana, esta decidiu que as Leis de anistia são um obstáculo alegado pelos Estados para investigar e punir os responsáveis por violações de direitos humanos cometidas no regime de exceção. Por isso, considera que a forma na qual foi interpretada e aplicada a Lei de Anistia aprovada pelo Brasil afetou o dever internacional do Estado de investigar e punir, violando o direito à proteção judicial e descumprindo sua obrigação de adequar o direito interno à Convenção Americana. Para a Corte, até mesmo as constituições nacionais não de ser interpretadas ou emendadas para manter harmonia com a Convenção e com a jurisprudência da Corte Interamericana. Isso porque os Estados, ao se comprometerem a adotar medidas para eliminar legislação e práticas que signifiquem violação à Convenção, comprometeram-se também a editar normas e desenvolver ações que conduzam ao respeito mais amplo e efetivo da Convenção Americana de Direitos Humanos. Não importa se a Lei de Anistia brasileira foi bivalente, se não configurou uma “autoanistia”, porque sua incompatibilidade com a Convenção nos casos de graves violações de direitos humanos deriva do aspecto material na medida em que viola direitos consagrados na Convenção, além do dever de adotar disposições internas.

A Corte Interamericana determinou ao Brasil, como forma de reparação, a obrigação de investigar os fatos, julgar e, se for o caso, punir os responsáveis; além de determinar o paradeiro das vítimas; proporcionar assistência médica e psicológica aos familiares; publicar a sentença; realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional do Estado brasileiro; proporcionar educação em direitos humanos nas Forças Armadas; inserir na legislação penal a tipificação do delito de desaparecimento forçado; possibilitar o acesso, a

sistematização e a publicação de documentos em poder do Estado relativos ao período do regime de exceção; criar uma Comissão da Verdade; além de indenizar os danos materiais e imateriais aos familiares das vítimas que ainda não foram recompensadas, ou que não foram recompensadas satisfatoriamente.

O Brasil já vem cumprindo, em parte, as determinações da Corte Interamericana no caso *Gomes Lund*, com a promulgação das Leis 12.527/2011 e 12.528/2011, que criam a Comissão Nacional da Verdade e promovem uma maior publicidade dos documentos públicos, principalmente aqueles relacionados a violações de direitos humanos, a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional. No mesmo sentido, o Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH 3), criado pelo Decreto 7037/2009 – atualizado pelo Decreto 7.177/2010 – contém uma série de ações programáticas, a fim de promover a apuração e o esclarecimento público dessas violações, para efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional.

A responsabilidade pela revisão da Lei de Anistia não é apenas do Judiciário. Cabe também aos Poderes Legislativo e Executivo se mobilizarem no sentido de editar uma nova lei que revogue ou reconfigure a Lei 6.683/1979, e todos os atos normativos relacionados a ela, por respeito à decisão da Corte Interamericana, à Convenção Americana de Direitos Humanos e aos princípios gerais de direito internacional. Somente com a edição dessa nova norma será possível a investigação dos fatos, com a determinação do paradeiro das vítimas, o julgamento justo e, se for o caso, a sanção dos responsáveis.

Mas deve-se reconhecer que o Supremo Tribunal Federal atuou na contramão do controle de convencionalidade, ao declarar a constitucionalidade da Lei de Anistia brasileira, contrariamente às decisões da Corte Interamericana e a outras decisões de Cortes Supremas latino-americanas. Isso demonstra um retrocesso hermenêutico e um fechamento do Brasil ao diálogo entre cortes supremas e internacionais, contrário até mesmo à ordem constitucional pátria, que preza pela prevalência dos direitos humanos.

O tema do trabalho expôs algumas das vulnerabilidades do Brasil no âmbito da relação entre o direito internacional e o direito interno, especialmente no tocante a violações de direitos humanos, que podem comprometer sua capacidade de cumprimento de tratados internacionais. A dissertação trouxe reflexões para a vivência de uma democracia que valoriza os direitos humanos. Espera-se, assim ter contribuído para a prevenção e a não repetição das violações cometidas no regime de exceção.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFREDO GOZAÍNI, Osvaldo. Los Efectos de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Derecho Interno. In: **Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio**, v. I. San José, Costa Rica: CORTE I.D.H., UE, 1998.

ASÍS ROIG, Rafael de. **Las paradojas de los derechos fundamentales como limites al poder**. Madrid: Editorial Debate S.A., 1992.

BARBOSA, Karina Mascarenhas. **A organização dos estados americanos. O sistema interamericano de direitos humanos, o debate da soberania nacional e seus reflexos para o Estado Brasileiro**. Brasília: Universidade de Brasília, 2005. (dissertação).

BARBOSA, Leonardo A. de Andrade; PAIXÃO, Cristiano. A memória do direito na ditadura militar: a cláusula de exclusão da apreciação judicial observada como um paradoxo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre, v. 1, n. 6, 2008, p. 57-78.

BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. **Anistia: as leis internacionais e o caso brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2009.

BAZÁN, Vitor. **La tarea del control de constitucionalidad de los tratados y convênios internacionales por La jurisdiccion constitucional. Um análises um clave de Derecho Comparado**. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones jurídicas.

BECERRA RAMÍRES, Manuel. **La recepcion Del derecho internacional em el derecho interno**. México: Universidad Autónoma de México, 2006.

BERNARDES, Maurício da Costa Carvalho; CHADID, Gustavo Teixeira; CARNEIRO, Paulo Camargo. A Convenção de Viena de 1986 sobre direito dos tratados entre estados e organizações Internacionais e entre organizações internacionais: estado atual da matéria no direito internacional público. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A nova dimensão do direito internacional público**. Brasília: Instituto Rio Branco, 2003.

BOBBIO, Norberto Bobbio. **O Futuro da Democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. A res judicata na Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: **Os rumos do Direito Internacional dos direitos humanos**. Ensaios em

homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade. *Liber Amicorum Cançado Trindade*. Tomo II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 393-424.

BROWNLIE, Ian. **Principles of public international law**. 7<sup>th</sup> edition. Oxford University Press, New York, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5a edição. Coimbra: Almedina, 1992.

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

CASSESE, Antonio. **International Law**. 2<sup>nd</sup> edition. Oxford: Oxford University Press, 2005. Choukr. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2003.

COELHO, Rofrigo Meirelles Gaspar. **Proteção internacional dos direitos humanos: A Corte Interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2008.

CUYA, Esteban. *Las Comisiones de la verdad en América Latina*. Disponível em: <<http://www.derechos.org/koaga/iii/1/cuya.html>>

DALLARI, Pedro B. A. **Constituição e tratados internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO (ESMPU). **Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais**. Sven Peterke (coord). Brasília: 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. Nascimento e crise do Estado nacional. Carlo Cocciolo, Márcio Lauria Filho (trad). 2<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FRAGA, Mirtô. **Conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. A capacidade para celebrar tratados (*treaty-making power*) das organizações internacionais de integração econômica. Disponível em: <http://elogica.br.inter.net/macsdp/inter.html>

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. A reforma do judiciário como retrocesso para a proteção internacional dos direitos humanos: um estudo sobre o novo § 3º do artigo 5º da Constituição Federal. **Cena internacional**. Brasília, v. 7, n. 1, p. 3-22, 2005.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Constitutionalism forever**. 2011. (no prelo).

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **O crime compensa?** Acerca da viabilidade da noção de crimes internacionais no Direito Internacional. Brasília: Revista de Informação Legislativa, 2000. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf\\_147/r147-16.PDF](http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_147/r147-16.PDF)> Acesso em: 3.mar.2011.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Sê plural como o universo! A multiplicação dos Tribunais Internacionais e o problema dos regimes auto-suficientes no Direito Internacional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 33, Ano 8, outubro-dezembro de 2000, p. 7-27.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GONZÁLEZ VOLIO, Lorena. La competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz de su jurisprudência y su nuevo reglamento. In: **Os rumos do Direito Internacional dos direitos humanos**. Ensaio em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade. Liber Amicorum Cançado Trindade. Tomo II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 267-322.

HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**. Héctor Fix-Fierro (trad). Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, n. 47. Universidad Nacional Autónoma de México, México: 2003.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. **A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Gilmar Ferreira Mendes (trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. **De la Soberanía al Derecho Constitucional Común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano**. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Ensayos Jurídicos, n. 12, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. A. Ribeiro Mendes (trad.). 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

JUS BRASIL NOTÍCIAS. **ONU critica perdão a torturadores**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2171373/onu-critica-perdao-a-torturadores>>. Acesso em 29.mai.2010.

KELSEN, Hans. **Princípios do direito internacional**. Ulrich Dressel e Gilmar Antonio Bedin (trad.). Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. João Baptista Machado (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KOSKENNIEMI, Martti. Constitutionalism as a mindset: reflections on kantian themes about international Law and globalization. **Theoretical inquiries in law**. Volume 8, number 1, January 2007, article 2.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais**. Manole: 2005, p. 16-18;

LESSA, Luiz Fernando Voss Chagas. **A internalização dos tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição de 1988**. Dissertação. Rio de Janeiro: Pontíficia Universidade Católica, 2004.

MACIEL, Otávio Augusto Reis. A questão da força executória de sentença estrangeira à luz do sistema de delibação. In: **Anais do 8º Congresso Brasileiro de Direito Internacional**. Associação Brasileira de Direito Internacional. Foz do Iguaçu, 2010. p. 444-452.

MAEOKA, Erica; MUNIZ, Tânia Lobo. A responsabilidade internacional do Poder Judiciário e o controle da convencionalidade da jurisprudência nacional. In: **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em Brasília – DF, nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

MATE, Reyes. En torno a una justicia anamnética. Em: MARDONES, José María y MATE, Reyes (eds.). **La Ética ante las víctimas**. Barcelona: Anthropos, 2003, p. 100-125.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. **O poder de celebrar tratados: competência dos poderes constituídos para celebração de tratados, à luz do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

METZ, Johann Baptist. La razón anamnética. Anotaciones de un teólogo sobre la crisis de las ciencias del espíritu. In: METZ, Johann Baptist. **Por una cultura de la memoria**. Trad. José Maria Ortega. Barcelona: Anthropos, 1999, p. 73-78.

MONTIEL ARGUELLO, Alejandro. El Derecho Interno y los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos. In: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio, v. I. San José, Costa Rica: CORTE I.D.H., UE, 1998**.

MOYANO BONILLA, César. Soberanía y Derechos Humanos. In: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio, v. II. San José, Costa Rica: CORTE I.D.H., UE, 1998**.

NAQVI, Yasmin. *El derecho a la verdad em el derecho internacional: ¿realidad o ficción?* In: Internacional review of Red Cross. Nº 862, junho de 2006. Disponível em: <[http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/review-862-p245/\\$File/irrc\\_862\\_Naqvi.pdf](http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/review-862-p245/$File/irrc_862_Naqvi.pdf)>

NEUMAN, Gerald L. Human rights and constitutional rights: harmony and dissonance. HeinOnline, **Stanford Law Review**, vol. 55, May 2003, p. 1863-, 2002-2003.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

OSSA HENAO, Carmela. La OEA y el pretendido “retiro” de la aceptación de a jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el gobierno peruano (1999-2000). In: **Os rumos do Direito Internacional dos direitos humanos**. Ensaio em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade. Liber Amicorum Cançado Trindade. Tomo II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 323-352.

PIOVESAN, Flávia (Coord.). **O Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 59.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8ª edição. São Paulo: Max Limonad, 2007.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos globais, justiça internacional e o Brasil. In: MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. **Arquivos de Direitos Humanos**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PIOVESAN, Flávia. Reforma do Judiciário e Direitos Humanos. **Reforma do Judiciário – analisada e comentada**. André Ramos Tavares, Pedro Lenza e Pietro de Jesús Alarcón (coord.). São Paulo: Método, 2005, p. 72.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos em juízo**. Comentários aos casos contenciosos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. Análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional do Estado por violações de direitos humanos**. Revista CEJ. Brasília, n. 29, p. 53-63, abr/jun 2005.

RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos**. Seu elementos, a reparação devida e sanções possíveis. Teoria e prática do direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. Curso Elementar. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Boaventura Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª edição. POA: Livraria do Advogado, 2001.

SCHWÖBEL, Christine E. J. Organic global constitutionalism. **Leiden Journal of International Law**, 23 (2010), p. 529-553.

SIKKINK, Kathryn. Reconceptualizing sovereignty in the Americas: historical precursors and current practices. **El papel del derecho internacional en América: La soberanía en la era de la integración regional**. Universidad Autónoma de México. The American Society of International Law. Mexico, 1997.

TRIEPEL, Karl Heinrich. As relações entre direito interno e internacional. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, vol. 17, n. 6, 1966.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na Proteção dos Direitos Humanos. In: **A incorporação das normas internacionais de direitos humanos no direito brasileiro**. 2<sup>a</sup> ed. São José, CR, 1996.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Informe**: Bases para un Proyecto de Protocolo a La Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer su Mecanismo de Protección. 2. Ed. San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, vol. II.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

UNITED NATIONS. **Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries**. *Yearbook of the International Law Commission, 2001*, vol. II, Part Two. 2008.

VIRALLY, Michel. **El devenir del derecho internacional. Ensayos escritos al correr de los años**. Eliane Cazenave Tapie Isoard (trad.). México: Fondode Cultura Económica, 1998.

## REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.077**. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Aguardando julgamento.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Carta Rogatória 8.279**. Relator Ministro Celso de Mello. DJ, 10.ago.2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153**. Relator: Ministro Reos Grau, DJ, 6.ago.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 77**. Relator: Dias Toffoli. Aguarda julgamento.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 72.131**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para acórdão: Ministro Moreira Alves. DJ, 1º.ago.2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 81.319**. Relator: Celso de Mello. DJ, 19.ago.2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 87.585**. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ, 26.jun.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.480**. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ, 18.mai.2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Copus 79.785/RJ**. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Pleno, maioria, em 29 de março de 2000, DJ, 22.nov.2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 206.482**. Relator: Ministro Maurício Corrêa. DJ, 5.set.2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 466.343**. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJ, 05.jun.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 511.961**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ, 13.nov.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 80.004**. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. DJ, 19.mai.1978.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 619**. DJ, 29.out.1984.

Corte IDH. "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). **Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982**. Serie A N. 1.

Corte IDH. Asunto Eloisa Barrios y otros respecto Venezuela. **Resolución de La Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de junio de 2005.** Medidas Provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República de Venezuela. Voto concurrente del juez A.A. Cançado Trindade.

Corte IDH. **Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C N. 73.

Corte IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N. 154.

Corte IDH. **Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam.** Fondo. Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C N. 11.

Corte IDH. **Caso Barrios Altos Vs. Peru.** Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C N. 75.

Corte IDH. **Caso Cantoral Benavides Vs. Peru.** Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C N. 69.

Corte IDH. **Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala.** Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C N. 63.

Corte IDH. **Caso El Amparo Vs. Venezuela.** Fondo. Sentencia de 18 de enero de 1995. Serie C N. 19.

Corte IDH. **Caso Escher y otros Vs. Brasil.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C N. 200.

Corte IDH. **Caso Garibaldi Vs. Brasil.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Serie C N. 203.

Corte IDH. **Caso Gelman Vs. Uruguay.** Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C N. 221.

Corte IDH. **Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30.

Corte IDH. **Caso Godínez Cruz Vs. Honduras.** Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C N. 5.

Corte IDH. **Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C.

Corte IDH. **Caso La Cantuta Vs. Peru.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C N. 162.

Corte IDH. **Caso Loayza Tamayo Vs. Peru.** Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C N. 33.

Corte IDH. **Caso Neira Alegría y otros Vs. Peru.** Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C N. 20.

Corte IDH. **Caso Nogueira de Carvalho y otro Vs. Brasil.** Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 28 de Noviembre de 2006. Serie C N. 161.

Corte IDH. **Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador.** Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C N. 35.

Corte IDH. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras.** Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N. 4.

Corte IDH. **Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C N. 149.

Corte IDH. La expresión “leyes” en el artículo 30 de La Convención Americana sobre Derechos Humanos. **Opinión Consultiva OC- 6/86 del 9 de mayo de 1986.** Serie A N. 6.

Corte IDH. Opinião Consultiva sobre o direito à informação sobre a assistência consular às garantias do devido processo legal. **Opinião Consultiva n. 16/99, de 01 de outubro de 1999.** Série A n. 16.

Corte IDH. **Opinión Consultiva OC-5/85, 13.11.1985.** La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Corte IDH. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). **Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994.** Serie A N. 14.

MÉXICO. Tribunal Colegiado en Matéria Administrativa. Cuarto Tribunal Colegiado en Matéria Administrativa de México. **Amparo Directo 505/2009 solicitado por Rosalinda González Hernández.** Senetencia de 21 de enero de 2010.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). **Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993.** Serie A N. 13.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Relatório Anual 2000. Relatório no 54/01. **Caso 12.051. Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil.** 4 de abril de 2001. Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/2000port/12051.htm>> Acesso em 20.mar.2011

## REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

ARGENTINA. **Constitución Nacional**. Sancionada por el congreso constituyente general el 1° de mayo de 1853, reformada y concordada por la convencion nacional ad hoc el 25 de septiembre de 1860 y con las reformas de las convenciones de 1866, 1898, 1957 y 1994. Disponível em: <http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php> Acesso em: 22.mar.2011.

BOLÍVIA. Asamblea Constituyente de Bolívia. **Nueva Constitución Política del Estado**. Congreso Nacional, octubre, 2008. Disponível em: <http://www.presidencia.gob.bo/download/constitucion.pdf>. Acesso em 25.mar.2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação. **Resolução n. 17, de 1989**. Aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Disponível em: [http://www2.camara.gov.br/atividadelegislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/regimento-interno-da-camara-dosdeputados/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/RICD%20Resolucao%2010-2009.pdf](http://www2.camara.gov.br/atividadelegislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/regimento-interno-da-camara-dosdeputados/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/RICD%20Resolucao%2010-2009.pdf). Acesso em: 15.mar.2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 3.214, de 13 de junho de 2000**. Dispõe sobre os efeitos jurídicos das decisões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos e dá outras providências. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=19288](http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=19288). Acesso em: 15.mar.2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 4.667, de 15 de dezembro de 2004**. Dispõe sobre os efeitos jurídicos das decisões dos Organismos Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos e dá outras providências. Diário da Câmara dos Deputados de 31/12/2004, p. 58014. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=273650](http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=273650). Acesso em: 15.mar.2011.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em: 11.mai.2010.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto n. 40, de 15 de fevereiro de 1991**. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: [http://www2.mre.gov.br/dai/m\\_40\\_1991.htm](http://www2.mre.gov.br/dai/m_40_1991.htm) Acesso em: 25.mar.2011.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: [http://www2.mre.gov.br/dai/m\\_591\\_1992.htm](http://www2.mre.gov.br/dai/m_591_1992.htm) Acesso em: 21.mar.2011.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. Disponível em: [http://www2.mre.gov.br/dai/m\\_592\\_1992.htm](http://www2.mre.gov.br/dai/m_592_1992.htm) Acesso em: 21.mar.2011.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto n. 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](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm) Acesso em: 12.nov.2011.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002.** Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm) Acesso em: 17.fev.2011.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto n. 4.463, de 8 de novembro de 2002.** Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/declaracidh.htm> Acesso em: 3.12.2010

BRASIL. Presidência da República. **Decreto n. 4.850, de 2 de outubro de 2003.** Institui Comissão Interministerial com a finalidade de obter informações que levem à localização dos restos mortais de participantes da Guerrilha do Araguaia, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2003/D4850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4850.htm) Acesso em: 5.abr.2011.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009.** Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm) Acesso em: 21.nov.2010.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009.** Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm)

BRASIL. Presidência da República. **Decreto n. 7.037, de 21 de dezembro de 2009.** Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH-3 e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm) Acesso em: 21.mar.2011.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto n. 7.393, de 15 de dezembro de 2010.** Dispõe sobre a Central de Atendimento à Mulher - Ligue 180. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7393.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7393.htm). Acesso em: 4.abr.2011.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto n. 30.544, de 14 de fevereiro de 1952.** Promulga a Carta da Organização dos Estados Americanos, firmada em Bogotá, a 30 de abril de 1948. Disponível em: [http://www2.mre.gov.br/dai/m\\_30544\\_1952.htm](http://www2.mre.gov.br/dai/m_30544_1952.htm) Acesso em 18.mar.2011.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto n. 30.822, de 6 de maio de 1952.** Promulga a convenção para a prevenção e a repressão do crime de Genocídio, concluída em Paris, a 11 de

dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/genocidio.htm> Acesso em 18.mar.2011.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto n. 98.386, de 9 de dezembro de 1989.** Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1980-1989/d98386.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/d98386.htm) Acesso em: 23.fev.2011.

BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979.** Concede anistia e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6683.htm) Acesso em: 17.mar.2011.

BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 9.140, de 04 de dezembro de 1995.** Reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9140.htm) Acesso em: 17.mar.2011.

BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm) Acesso em: 17.fev.2011.

BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm) Acesso em: 17.fev.2011.

BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 10.216, de 6 de abril de 2001.** Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LEIS\\_2001/L10216.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10216.htm). Acesso em: 16.mar.2011.

BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 10.559, de 13 de novembro de 2002.** Regulamenta o artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10559.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10559.htm) Acesso em: 17.mar.2011.

BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 10.708, de 31 de julho de 2003.** Institui o auxílio-reabilitação psicossocial para pacientes acometidos de transtornos mentais egressos de internações. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2003/L10.708.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.708.htm) Acesso em: 4.abr.2011.

BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência

Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em: 20.março.2011.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm)> Acesso em: 22.nov.2011.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011.** Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12528.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12528.htm) Acesso em: 22.nov.2011.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3). Brasília: SDH/PR, 2010.

BRASIL. Senado Federal. **Decreto Legislativo nº 89, de 1998.** Aprova a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62 daquele instrumento internacional. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=150844>> Acesso em: 20.março.2011.

CHILE. **Constitución Política de la República de Chile de 1980.** Disponível em: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302> Acesso em 23.mar.2011.

COLOMBIA. **Constitución Política de la República de Colombia de 1991.** Disponível em: <<http://web.presidencia.gov.co/constitucion/index.pdf>>. Acesso em 25.mar.2011.

Corte IDH. **Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Aprovado pela Corte no seu LXXXV Período Ordinário de Sessões celebrado de 16 a 28 de novembro de 2009. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/regla\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/regla_por.pdf)>. Acesso em: 28.mar.2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas.** Disponível em: [http://www.onu-brasil.org.br/documentos\\_carta.php](http://www.onu-brasil.org.br/documentos_carta.php) Acesso em: 15.10.2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais.** Viena - Áustria, 21 de março de 1986. Disponível em: <http://www.cedin.com.br> Acesso em: 22.nov.2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.**

Disponível em: [http://www.onu-brasil.org.br/documentos\\_direitoshumanos.php](http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php) Acesso em: 23.out.2011.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). **Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher. “Convenção de Belém do Pará”**. Adotada em Belém do Pará, Brasil, em 9 de junho de 1994, no Vigésimo Quarto Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>. Acesso em: 20.mar.2011.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). **Comunicado de Imprensa no 30/06**. A Relatoria sobre os Direitos da Mulher da CIDH celebra a adoção no Brasil de uma lei específica para prevenir e erradicar a violência doméstica e familiar. Disponível em: <http://www.cidh.org/comunicados/port/30.06port.htm>. Acesso em: 20.mar.2011

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). **Convenção Interamericana para Prevenir e Punir e Punir a Tortura**. Assinada em Cartagena das Índias, Colômbia, em 9 de dezembro de 1985, no Décimo Quinto Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral. Disponível em: Acesso em 24.mar.2011.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). **Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas**. Adotada em Belém do Pará, Brasil, em 9 de junho de 1994, no vigésimo quarto período ordinário de sessões da Assembleia Geral. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/k.Desaparecimento.htm> Acesso em 25.mar.2011.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, Bogotá, 1948. Disponível em: [http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/b.Declaracao\\_Americana.htm](http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/b.Declaracao_Americana.htm) Acesso em 23.mar.2011

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). **Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos referente à Abolição da Pena de Morte**. Aprovado em Assunção, Paraguai, em 8 de junho de 1990, no Vigésimo Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral. Disponível em: [http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/g.Pena\\_de\\_Morte.htm](http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/g.Pena_de_Morte.htm) Acesso em: 23.mar.2011.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). **Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador”**. Disponível em: [http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo\\_de\\_San\\_Salvador.htm](http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm) Acesso em: 23.mar.2011.

PERU. **Constitución Política de Peru**. 1993. Disponível em: <http://www.congreso.gob.pe/ntley/ConstitucionP.htm>. Acesso em: 25.mar.2011.

**URUGUAY. Constitución de la República.** Constitución 1967 com las modificaciones plebiscitadas el 26 de noviembre de 1989, el 26 de noviembre de 1994, el 8 de diciembre de 1996 y el 31 de octubre de 2004. Disponível em: <http://www.parlamento.gub.uy/constituciones/const004.htm> Acesso em 22.mar.2011.

**VENEZUELA. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.** Publicada en Gaceta Oficial del jueves 30 de diciembre de 1999, N° 36.860. Disponível em: <<http://www.gobiernoenlinea.ve/legislacion-view/sharedfiles/ConstitucionRBV1999.pdf>>. Acesso em: 25.mar.2011.