

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC - SP

HELOISA HELENA DE ALMEIDA PORTUGAL

**Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal
Federal: aplicação do princípio da complementaridade na
responsabilidade internacional do Estado brasileiro.**

DOUTORADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2016

HELOISA HELENA DE ALMEIDA PORTUGAL

Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: aplicação do princípio da complementaridade na responsabilidade internacional do Estado brasileiro.

Tese de doutoramento apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito sob orientação da professora Sílvia Pimentel.

SÃO PAULO

2016

Corte Interamericana de Derechos Humanos e o Supremo
Tribunal Federal: aplicação do princípio da complementaridade
na responsabilidade internacional do Estado brasileiro

Banca Examinadora

Professora Doutora Sílvia Pimentel

Professora Doutora Flava Piovesan

Professor Doutor Carlos Roberto Husek

Professor Doutor Valério de Oliveira Mazzuoli

Professora Doutora Maria de Fátima Ribeiro

DEDICATÓRIA

Existem pessoas que não conjugam simplesmente o verbo
“amar”, elas vivem tão intensamente que mudam o
mundo.

*A minha mãe, Luthegard; à mãe intelectual, Maria de
Fátima e a Deus, pois sem ele nada seria possível.*

PENSAMENTOS

Há uns que nos falam e não ouvimos; há uns que nos tocam e não sentimos; há aqueles que nos ferem e nem cicatrizes deixam, mas.... Há aqueles que simplesmente vivem e nos marcam por toda vida.

Hannah Arendt

AGRADECIMENTOS

Para agradecer as pessoas que fizeram ser o sonho realidade sirvo-me das palavras de Antoine de Saint-Exupéry:

Cada um que passa em nossa vida, passa sozinho.... Porque cada pessoa é única para nós, E nenhuma substitui a outra.

Cada um que passa em nossa vida passa sozinho, mas não vai só....

Cada um que passa em nossa vida leva um pouco de nós mesmos, E nos deixa um pouco de si mesmo....

Há os que levam muito, Mas não há os que não levam nada....

Esta é a mais bela realidade. A prova tremenda da importância de cada um, é que ninguém se aproxima do outro por acaso....

E assim, nada por acaso, agradeço a minha orientadora Dra Sílvia Pimentel, ao professor Carlos Husek, a professora Mercedes Fátima da Canha Cresciteli, ao Dr. Pablo Fabian, a minha estimada amiga Flávia Bonfim, aos meus irmãos André e Guilherme, e, especialmente ao anônimo que escreveu por interseção divina:

Garota, vista sua armadura, o príncipe não vem, na verdade ele nunca existiu. Há muitos que precisam de você!!! Não desista !!! Por nós, por você, por todos aqueles que precisam... fique de pé! !!!"

E então tudo mudou.... A Fé opera essa transformação.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI -----	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF -----	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGU -----	Advocacia Geral da União
AI -----	Ato Institucional
ANC -----	Assembleia Nacional Constituinte
ARENA -----	Aliança Renovadora Nacional
CADH -----	Convenção Americana de Direitos Humanos
CBA -----	Comitê Brasileiro pela Anistia
CDH -----	Conselho de Direitos Humanos
CIDH -----	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CEC -----	Comissão Provisória de Estudos Constitucionais
CEDH -----	Corte Europeia de Direitos Humanos
CIJ -----	Corte Internacional de Justiça
CNBB -----	Conferência Nacional dos Bispos do Brasil
CNI -----	Confederação Nacional da Indústria
CNM CUT --	Confederação Nacional dos Metalúrgicos da Central Única dos Trabalhadores
CONSIF -----	Confederação Nacional do Sistema Financeiro
CONTAG ---	Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura
CONTAG ---	Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura
DF -----	Distrito Federal
DOI-CODI --	Destacamento de Operações de Informação - Centro de Operações de Defesa Interna
EC -----	Emenda Constitucional

EUA	-----	Estados Unidos da América
HC	-----	Habeas Corpus
MDB	-----	Movimento Democrático Brasileiro
MFPA	-----	Movimento Feminino pela Anistia
OAB	-----	Ordem dos Advogados do Brasil
OEA	-----	Organização dos Estados Americanos
OHCHR	-----	Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos
OIT	-----	Organização Internacional do Trabalho
ONU	-----	Organização das Nações Unidas
PCB	-----	Partido Comunista do Brasil
PGR	-----	Procuradoria Geral da República
RE	-----	Recurso Extraordinário
RIT	-----	Repartição Internacional do Trabalho
STF	-----	Supremo Tribunal Federal
TPI	-----	Tribunal Penal Internacional

PORTUGAL, Heloisa Helena de Almeida Portugal.

Resumo

Objetiva-se com a presente tese doutoral demonstrar a viabilidade de manutenção da Lei de Anistia brasileira declarada como óbice ao cumprimento da decisão proferida a desfavor do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no marco do Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, com sentença de 24.11.2010. Destaca-se, ademais, que um mês antes da Corte pronunciar-se nesta sentença pela nulidade da Lei 6.683/1979, o STF na ADPF 153/DF julgou recepcionado dita lei pela Constituição Federal de 1988. Verifica-se que a formação democrática brasileira se comparada em especial, com os países da América do Sul, apresentaram momentos distintos, enquanto no Brasil a transição deu-se através de um processo político negociado e no âmbito da transição democrática, via de regra, na América Latina a anistia ocorre por imposição. Considerando o sistema interamericano de direitos humanos, as obrigações decorrentes e a responsabilidade internacional de Estado em sede de violação de preceitos fundamentais, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos consistem em órgãos horizontais e complementares. Havendo autonomia e discricionariedade governamental para a decisão da suprema corte nacional.

Palavras-chaves. Direitos Humanos. Responsabilidade Internacional do Estado. Soberania. Lei da Anistia. Principio da Complementaridade.

PORTUGAL, Heloisa Helena de Almeida Portugal.

Abstract

Objective with this doctoral thesis demonstrate the viability of law-keeping Brazilian act of grace declared obstacle to compliance with the ruling to the detriment of Brazil for the Inter-American Court of Human Rights within the framework of the Case of Gomes Lund et al (Araguaia guerrilla movement) vs. . Brazil, 24.11.2010 sentence. It stands out, moreover, that a month before the court to rule in this sentence by a provision of Law 6,683 / 1979, the Supreme Court in ADPF 153 / DF judged incorporated this law by the Constitution of 1988. It appears that the Brazilian democratic formation compared in particular with the countries of South America, they showed different times, while in Brazil the transition took place through a negotiated political process and in the context of democratic transition, as a rule, in Latin America the amnesty occurs by imposition. Considering the inter-American system of human rights, the obligations and the international responsibility of State headquarters of violation of fundamental principles, it is concluded that the Supreme Court and the Inter-American Court of Human Rights consists of horizontal and complementary bodies. Having autonomy and government discretion to the decision of the supreme national court.

Keywords: Human rights. State international responsibility. Sovereignty. Amnesty law. Principle of Complementarity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 FORMAÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.....	16
1.1 Contexto Político Jurídico Na Formação Da Constituição De 1988.....	20
1.2 A anistia política e o constitucionalismo de transição	43
1.3 Os valores e princípios constitucionais como fundamento de validade do sistema jurídico ...	54
2 A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	69
2.1A entropia social e o fim das certezas: uma introdução ao pensamento complexo e a evolução do direito internacional.	69
2.2Tendências evolutivas do direito internacional e a abrangência de tutela jurídica em cortes internacionais.....	86
2.3 Os posicionamentos do STF na aplicação de tratados internacionais de direitos humanos no período de 2005 a 2015 – análise dos principais posicionamentos.	103
2.3.1 <i>Recurso Extraordinário 80.004 – teoria paritária</i>	107
2.3.2 <i>Tratado versus constituição anterior - caso da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)</i>	111
2.3.3 <i>Tratado versus lei posterior – conflito do Pacto são José da Costa Rica</i>	117
2.3.4 <i>Emenda 45/2004 no STF – hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos</i> ...	124
3 SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A PARTICIPAÇÃO DO BRASIL	130
3.1O Estado Brasileiro em face do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos ...	135
3.1.1 <i>Sistema das Nações Unidas</i>	136
3.1.2 <i>Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos</i>	139
3.2A jurisdição internacional e o dialogo com a soberania.....	143
3.3O denominado controle de convencionalidade dos tratados internacionais e o dialogo das fontes.....	149
4 O SISTEMA INTERNACIONAL DE RESPONSABILIDADE ESTATAL FRENTE A VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS SOB A LUZ DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO	169
4.1Responsabilidade Internacional do Estado.....	175
4.1.1 <i>A responsabilidade internacional do Estado por violação de norma imperativa</i>	182
4.1.2 <i>A Estrutura Obrigacional no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a Responsabilidade Internacional do Estado</i>	189
4.2A Lei da Anistia sob o crivo das cortes CIDH e STF.	196
4.2.1 <i>Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil: A Guerrilha do Araguaia</i>	196

4.2.2 Ação de Descumprimento de Preceito Constitucional – ADPF 153.....	205
4.3 <i>A aparente controvérsia entre a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal</i>	224
CONCLUSÃO.....	244
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	248

INTRODUÇÃO

Responsabilidade. Corolário da racionalidade jurídica fundamenta a relação entre a norma e a sua efetividade e, confere ao sistema do direito a segurança necessária a sua existência e seu fim último qual seja o controle social. Pensar em sede de responsabilidade internacional do Estado por si só, já ensejaria o conjugar de institutos de dimensões simultaneamente internas e internacionais, como o atributo da soberania.

Agrega-se a esses pressupostos conceituais a complexa sociedade contemporânea e o giro axiológico do Direito focando o ser humano como objeto e destinatário do ordenamento jurídico, pautando seus institutos no valor da dignidade da pessoa humana.

Os valores democráticos e os processos constitucionais de transição marcaram a segunda metade do século XX, em especial na América Latina, de tal forma a absorverem também as tendências de proteção, universal e regional, dos direitos humanos.

Diante disso, a presente tese doutoral tem como objeto a Responsabilidade Internacional do Estado Brasileiro, no contexto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em especial do caso Guerrilha do Araguaia e a Lei da Anistia brasileira sob a interpretação do Supremo Tribunal Federal como legítima, justaposta e complementar aquela, e não como óbice a sua efetividade.

Para tanto a pesquisa divide-se em cinco momentos, aqui transcritos como capítulos, baseada na análise de material doutrinário, histórico e fontes

primárias oriundas das decisões das cortes analisadas, dos tratados subscritos pelo Brasil e da Constituição Federal Brasileira.

O primeiro capítulo apresenta o contexto de formação democrática do Estado brasileiro, traduzido no constitucionalismo de transição e a concomitante edição da Lei da Anistia como base do processo de democratização brasileira. A análise aqui realizada tem por escopo a evolução histórica e política da constituinte que resultou na Constituição da República Federativa do Brasil vigente. E mais, de fundamental importância para se alcançar a relevância da Lei da Anistia nacional e sua natureza negocial, apesar de não integral e irrestrita.

Na sequência, no capítulo segundo, a relação do direito internacional com o direito interno em uma sociedade complexa. Inicialmente demonstrando o pensamento complexo e sua presença na contemporaneidade das relações sociais e, via de consequência, jurídicas. Apresenta o Direito como um sistema autopoietico e aberto, capaz de dialogar com as fontes nacionais e internacionais, de maneira simbiótica quando se trata de proteção dos Direitos Humanos. Justifica-se tal leitura, pois os sistemas (interno e internacional) são em fato coexistentes e cooperativos.

As bases conceituais analisadas são agregadas a demonstração da hermenêutica constitucional em sede de tratados internacionais de direitos humanos realizados pelo Supremo Tribunal Federal em momentos históricos recentes pontuais: a) a ação direta de inconstitucionalidade da Convenção 158 da OIT, que confirma aos tratados internacionais de direitos humanos a posição de norma supralegal e infraconstitucional; b) o posicionamento frente a ratificação do Pacto de São José da Costa Rica, que emerge o conceito de aplicabilidade direta e imediata dos tratados de direitos humanos frente ao parágrafo segundo do artigo 5º da

Constituição Federal brasileira; c) analisa-se o advento da Emenda Constitucional 45 que confere o status de norma constitucional aos tratados de direitos humanos e, e) verifica-se o posicionamento do STF frente a arguição de descumprimento de preceito fundamental 153, qual seja da Lei da Anistia.

Sequencialmente, no capítulo quatro verte-se ao estudo dos Sistemas de Proteção dos Direitos Humanos, especialmente os que o Brasil faz parte. Investigando suas linhas balizadoras, fundamentos e principalmente a estrutura contenciosa em face de violações de direitos oriundos dos respectivos sistemas. Aqui, o estudo deteve-se ainda na análise da soberania como valor fulcral do Estado na realização dos compromissos internacionais.

Por fim, o capítulo cinco verte-se sobre a responsabilidade internacional dos Estados em sede de violações de direitos humanos, focando especialmente no sistema interamericano e mais, no reflexo da decisão da corte no Brasil. Para além do caráter reparador do instituto da responsabilidade, destaca o caráter pedagógico, sua dimensão complementar a esfera nacional de modo a proporcionar mais garantias aos cidadãos dos Estados membros.

Objetiva-se demonstrar que, em que pese a críticas recebidas e algumas análises no sentido de caracterizar o Brasil como inadimplente perante CIDH quanto à decisão do caso Guerrilha do Araguaia, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 153 não insurge como óbice, vez que tal corte nacional vem aplicando os preceitos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, e para além, caracteriza-se como foro horizontal e não hierarquizado frente a Corte Internacional.

1 FORMAÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.

Indubitavelmente, o momento presente, em qualquer sociedade é o resultado de vivências e construções realizadas ao longo de sua história. Realizar uma análise de um instituto jurídico requer a contextualização histórica social para fundamentar suas raízes e, assim, compreender suas reverberações.

Decorre deste argumento o recuo à história recente da formação constitucional do Brasil, principalmente o período de transição democrática, pois ali estão calcados os alicerces da racionalidade jurídica brasileira contemporânea e seus valores.

O momento histórico destacado consiste no período de 1974, considerado em razão da transição política e de 1989-2002, a consolidação democrática. O recuo para o período da história brasileira recente, considerando os marcos significativos da transição política (1974-1989) e da consolidação democrática (1989-2002).

Certamente a dimensão histórica é considerada essencial nessa abordagem, pois se revela como o pano de fundo no longo, processo de construção de uma ordem liberal democrática herança do regime militar permeado de negociações e transações em prol da democratização.

Chama-se a atenção, já neste momento, do fundamental papel da Lei da Anistia¹ no processo de redemocratização e ainda, na formação do arcabouço

¹ BRASIL, Lei da Anistia. Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979, publicado em D. O. U. Em 28/08/1979, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm. Acessado em 07/11/2013.

jurisprudencial em tema de direito internacional do STF no período de 2005 a 2015, como fruto de uma democracia consolidada.

Considerada como a transação entre setores moderados do regime civil e militar, que estavam no controle do processo, e a oposição. De tal sorte que buscava o abrandamento da legislação repressiva e a ampliação das opções partidárias. A esse respeito relata Renato Lemos:

A negociação da anistia implicou o confronto entre diversos projetos políticos voltados para a conjuntura de transição vivida pelo país. Desde que, ao assumir a Presidência da República em 15 de março de 1974, o general Ernesto Geisel anunciou o programa de “abertura lenta, gradual e segura”, o processo político nacional passou a ser polarizado pela agenda da transição de regime².

Desta forma, a presente tese doutoral leva em consideração os matizes de tensões e contradições que levaram ao processo de redemocratização e à construção da ordem constitucional brasileira vigente, exarada de uma constituinte negociada em uma sociedade sob a égide do perdão e do esquecimento em prol daquela que seria a Constituição cidadã, cunhada sob a dignidade da pessoa humana e comprometida com a ordem interna e internacional.

O final do século XX foi marcado pela redemocratização dos Estados da América Latina, assim o Brasil faz parte deste contexto. Tais contextos caracterizados como alavancas do processo de redemocratização vez que o amadurecimento político ainda estava por vir.

² LEMOS, Renato. Anistia e crise política no Brasil pós-1964. Topoi. Rio de Janeiro, n.05. 2002, p. 293.

Notadamente, com a formação da Constituição de 1988, o constitucionalismo brasileiro passa por uma crise sistêmica marcada pelo rompimento necessário com o regime militar e o início do regime democrático. As forças políticas e de poder da época exigem uma ordem constitucional, reivindicam a democracia, todavia irrefutável no debate o pressuposto de que a feitura de uma constituição é tarefa múltipla.

Em que pese a percepção deste ambiente de crise institucional que permeou o contexto brasileiro na formação da Constituição de 1988, deve-se desconsiderar que a tarefa de elaboração de um novo texto constitucional tem sobre si uma multiplicidade de fatores determinantes de seu conteúdo, destacando-se: a) a decorrência de fatos históricos políticos e sociais; b) a compreensão que o texto constitucional está intrinsecamente ligado ao jogo de forças e poder naquele momento e; c) a constituição repousa sua base na tradição³.

Na perspectiva dos antecedentes históricos, nota-se serem as constituições, em especial as brasileiras, decorrentes de acontecimentos que alteram os regimes políticos jurídicos de um Estado. Em resenha, o início da República ensejou a elaboração da segunda Constituição brasileira (de 1891), e sequencialmente, a independência, a Revolução de 30, o Estado Novo, a redemocratização pós-45, o golpe de 64, o reforço autoritário de 1968-69 e a passagem do governo militar para o civil de igual forma, cada fato em seu tempo, ensejaram as Constituições de 1824, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988. Insta

³ PIOVESAN, Flavia. Direitos Humanos e Jurisdição Constitucional Internacional. In. Direitos Humanos no Cotidiano Jurídico, São Paulo : Centro de Estudos da Procuradoria do Estado de São Paulo, 2004, p. 309 e SS.

analisar o contexto histórico jurídico que se encontrava o Brasil na formação da Constituição de 1988, para auferir a importância da lei da anistia para o Brasil.

O segundo argumento impele a análise das dificuldades no estabelecimento dos consensos na Assembleia Nacional Constituinte que rompe com o regime militar em sua forma, mas congregam em seu debate as forças políticas e econômicas que o sustentavam ao mesmo tempo em que trazia a pluralidade como vetor.

Toda sociedade, detém seus valores tradicionais, característicos, próprios daquele grupo social. Desta forma, o terceiro argumento de que uma constituição se assenta numa tradição consiste de igual sorte, a interpretação e a ordenação de uma realidade concreta frente a esses valores. A Constituição renova-se por meio de sucessivas reinterpretações, re significações e recepções.

No caso brasileiro, verifica-se a realidade de 70 emendas em menos de 25 anos levando ao questionamento se o texto constitucional de 88 envolva arranjos transitórios para conduzir a transição democrática e sua vivência no contexto contemporâneo.

Ademais, a formação da Constituição brasileira de 1988 passa por um processo de redemocratização, caracterizado, destacadamente: a) os arranjos políticos, que no caso brasileiro, sua respectiva trajetória constitucional é o fato de que não existia unanimidade interna no regime militar iniciado em 1964⁴; b)

⁴ O projeto militar desdobrou-se num processo pendular, em que se revezaram períodos de maior e menor violência política, de acordo com uma lógica menos instrumental e mais conjuntural, traduzindo a dificuldade do governo Geisel em controlar das variáveis implicadas na política de transição. CODATO, Adriano Nervo. Uma história política da transição brasileira: da ditadura militar à democracia. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, n. 25, Nov. 2005 . Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782005000200008&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 16 Jan. 2013.

pressupostos econômicos, vez que habitualmente, as maiores transformações institucionais proporcionadas pelo constitucionalismo foram motivadas por aspectos econômicos; c) pressupostos sociais, que no Brasil, o movimento em prol da Anistia, viria a se desenrolar de umas tantas articulações celulares a uma onda sendo fundamental o trabalho sistemático dos CBA's, os Comitês Brasileiros da Anistia⁵.

Traça-se, pois, neste primeiro capítulo, um desenho contextual da formação constitucional contemporânea brasileira para se alcançar ao final da pesquisa o entrelaçamento dos arranjos transitórios e suas influências na interpretação constitucional pelo STF, sob a ótica do Sistema Internacional dos Direitos Humanos e a Responsabilidade Internacional do Brasil em face de violação de Direitos Humanos.

1.1 Contexto político jurídico na formação da Constituição de 1988

O esboço histórico coerente sobre a passagem do regime autoritário ao democrático no Brasil, iniciado em 1964 até a elaboração da Constituição de 1988, hoje em vigor, exige uma análise que tenha como pressuposto a relação entre política e direito.

A experiência brasileira resulta de uma transformação geral da vida política do mundo ocidental, ocorrida no fim da década de 70 e início dos anos 80, que apresenta vários casos de transição de regimes autoritários para regimes representativos e pluripartidários. Dentre os de maior relevo pode-se citar a Argentina, Brasil, Espanha, Grécia e Portugal, todavia isso não os faz idênticos, ao contrário, significativas distinções caracterizaram esses processos de transição.

Duas em especial destacam-se, a velocidade e a presença (ou não) de fatores ligados ao regime anterior como participantes do processo. Estes aspectos alteram o ritmo e a forma da democratização vivida pelo Ocidente.

Ressalta-se que os recentes processos de transição política na América Latina, em sua maioria, consolidaram-se com mudanças constitucionais, pois a Lei Fundamental desempenha papel vital na política⁵. Assim, o processo de redemocratização no Brasil inseriu-se em um movimento que avançou pela Ibero América e alcançou Argentina, Bolívia, Peru, Uruguai, Chile, Paraguai, dentre outros países, rompendo o mito de que a América Latina estaria condenada ao autocratismo.

Sendo a transição um processo, como bem destacado por Werneck Vianna, foi sobretudo uma práxis, na qual sujeitos coletivos, “mais ou menos conscientes sobre a natureza e o sentido das circunstâncias”, procuraram alcançar seus fins no terreno da ação política.⁶

Comparativamente a outros processos de transição do regime burocrático autoritário para a vivência democrática, analisa O’Donnel, que a brasileira diferencia-se por não ter sido liderada pelos setores mais radicais da sociedade e do segmento político, mas sim por uma coalizão formada entre as forças moderadas, que davam suporte ao governo militar, e os setores também

⁵ PESSANHA, Charles. O Poder Executivo e o processo legislativo nas constituições brasileiras: teoria e prática. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 141-190.

⁶ WERNECK VIANNA, Luiz. *Travessia – Da abertura à Constituinte*. Rio de Janeiro: Livraria Taurus Editora, 1986, p. 16.

moderados da oposição⁷. Nota-se que na Espanha também ocorreu a redemocratização em ritmo cadenciado e negociado, mas com menos participação do que a brasileira⁸. Tratou-se de modelo conhecido como “transição com transação”⁹, em que as mudanças foram negociadas, não resultando de rupturas violentas.

A forma como o processo de democratização desenvolveu-se no Brasil é consenso entre os autores, todavia o início deste já guarda certa divergência na literatura. Há o reconhecimento consensual da década de 1980 como cenário de relevantes eventos que marcaram o processo de redemocratização do país desencadeado após o fim do regime militar de 1964, mas não seu marco essencial.

⁷ O'DONNELL, Guillermo. Notes for the Study of Processes of Political Democratization in the Wake of the Bureaucratic-Authoritarian State. In: *Counterpoints: selected essays on authoritarianism and democratization*. Indiana: University of Notre Dame Press, 1999. p. 110-129; p. 115.

⁸ É de Colomer a análise formal e rigorosa da transição democrática espanhola onde o autor dissecou o jogo de forças no processo ocorrido entre os anos 1970 a 1990 e formação da carta constitucional espanhola. A Espanha passou a ser um paradigma de transição negociada, Em suas conclusões o autor destaca: “During the 1980s and 1990s democracy was consolidated in Spain. Civilian power prevailed over the military, people enjoyed civil rights to an acceptable degree, decentralization followed its course, and the economy was increasingly open to foreign relations, especially after the entry of Spain into European Community in 1986. Consolidation does not mean, however, that democracy are socially efficient, but simply defines a situation in which, given the bargaining stretch of the political actors, none of them find it advantageous to risk new political change of the rules of the game. (...) It is in this light, without attributing more hypocrisy or deliberate obscurantism than is necessary to the protagonists, that we may understand some of the turns and surprises of the Spanish transition to democracy. No one could have had a totally clear idea in advance of what the stages and the final outcome of the end of the dictatorship would be. The reformists surprised even themselves by advocating a total change in the game rules which define a regime, and the rupturists could not have felt anything other than astonishment as they pursued avenues opened up to them by their one-time adversaries. Thus, it may be said that what was achieved by this hybrid was a significant reduction in the limits of the reform project, or, in words as paradoxical as the process itself, an enlarged limited democracy. A characteristic that distinguishes the Spanish model from the other process of transition by agreement is thus that the opposition did not have the opportunity to intervene directly and conspicuously in the pacts until the first election had been held.” (COLOMER, Josep M. Game Theory and the Transition to Democracy. From the Selected Works of Josep M Colomer. January 1995, Disponível em http://works.bepress.com/jesep_colomer/34. p. 125. Acessado em 20/10/2012)

⁹ Expressão utilizada por Donald Share ao fazer referência aos acordos e composições realizadas durante o processo de democratização. Mais especificamente, transição por transação ocorre quando o regime autoritário inicia a transição, fixa alguns limites para a mudança política e permanece como uma força eleitoral relativamente importante durante a transição. (SHARE, Donald e MAINWARING, Scott. Transição pela transação: democratização no Brasil e na Espanha. *Dados - Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v.29, n.2, 1986. PP 207-236, p. 207)

Marengo aponta a posse do General Geisel como o ponto essencial de mudança¹⁰; todavia Anastásia, Castro e Nunes afirmam ser a Constituição de 1988 que “inaugurou o segundo período democrático da história do Brasil”¹¹.

Em que pese esses posicionamentos distintos, indubitavelmente os anos compreendidos entre 1980 e 1985 constituem um período fulcral para o processo de redemocratização do país, pois três fatores políticos conjugados proporcionaram a força política necessária para a democracia. O primeiro foi, a partir do final da década de 1970, o surgimento de um novo movimento sindical no ABC paulista; o segundo, em novembro de 1979 o fim do bipartidarismo e por fim a Campanha das “Diretas Já!” que ocorreu entre 1983 e 1984.¹²

A terceira República chegava ao fim com uma ordem jurídica, profundamente descaracterizada por quatro Atos Institucionais, por uma Constituição autoritária (1967) emendada em 1969 que proporcionou uma ditadura militar fadada a durar duas décadas.

Em 15 de março de 1985, o Presidente José Sarney toma posse e o Congresso Nacional, dois meses depois, restabeleceu as eleições diretas, legalizou os partidos comunistas e aprovou o voto para analfabetos. Eram as primeiras manifestações do retorno à democracia. Neste contexto jurídico, que guarda como

¹⁰ No Brasil, a liberalização que deu início à transição do regime autoritário de 1964 para a redemocratização do país teve como marco inaugural “a posse do General Geisel e o projeto distensionista anunciado” no ano de 1974 (MARENCO, André. Devagar se vai ao longe? A transição para a democracia no Brasil em perspectiva comparada. In: MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcântara (Org.). *Democracia brasileira: balanço e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: UFMG, 2007. pp. 73-105, p 77.)

¹¹ ANASTASIA, Fátima; CASTRO, Mônica Mata Machado de; e NUNES, Felipe. De lá para cá: as condições e as instituições da democracia depois de 1988. In: MELO, Carlos Ranulfo; e SÁEZ, Manuel Alcântara. *Democracia brasileira: balanço e perspectivas para o século XXI* – Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007. 488 p. p. 109-145, p 117.

¹² ARAÚJO, Maria Paula Nascimento. Lutas democráticas contra a ditadura. In: FERREIRA, Jorge; REIS, Daniel Aarão (Org.). *Revolução e democracia (1964-...)*. (As esquerdas no Brasil; v.3) Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p. 321.

pano de fundo o embate de forças liberais e a pressão das transformações democráticas internacionais, a tarefa de garantir a normalidade constitucional cabe à Lei Fundamental da quarta República, que vêm a ser promulgada em 05 de outubro de 1988¹³.

Imbuída do desafio de proclamar a força cogente de sua normatividade e de fazer valer os princípios do igualitarismo, a sétima Constituição brasileira passa a ser denominada Constituição cidadã e restaurou o Estado Democrático de Direito.¹⁴

A formação de uma nova Constituição requer um poder constituinte originário tanto formal quanto material, que lhe atribua uma estrutura normativa adequada diante das demais normas e do contexto sociopolítico que está por ser implantado. Desta forma, considera-se que cada era constitucional consiste em um corte ou uma contraposição ao regime até então vigente; a entidade que conduz esse processo com sua ideologia vai infletir a ordem jurídica preexistente e assumir a responsabilidade histórica. O poder constituinte deve estar presente além do

¹³ O preâmbulo da Constituição de 1988 retrata bem os anseios da sociedade neste período. Afirma ele que “nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.” (BRASIL. Constituição (1988), Constituição da República Federativa do Brasil. *Senado Federal, Subsecretaria Especial de Editoração e Publicações*. Disponível in: http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_29.03.2012/CON1988.pdf. Acessado em 20/10/2012.

¹⁴ “As fontes históricas do Direito Constitucional vigente se encontram, especialmente, nas lutas pela restauração da democracia no início dos anos 80. Nesses anos o Brasil viveu um momento histórico que a teoria constitucional denomina situação constituinte, ou seja, situação que se caracteriza pela necessidade de criação de normas fundamentais, traduzidas numa nova constituição que consagrasse nova idéia de direito e nova concepção de Estado, informadas pelo princípio da justiça social. Sentia-se que aquele espírito do povo, que transmuda em vontade social, que dá integração à comunidade política, já havia despertado irremissivelmente, como sempre acontece nos instantes históricos de transição (...).” (SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular: Estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 108)

momento inicial do processo, em todos os atos subsequentes de governo, e no conjunto de todos os órgãos¹⁵.

A transformação material¹⁶ do Direito Constitucional no Brasil deu-se a partir de meados da década de 70 prolongando-se pelos anos 80, pois o Brasil assiste então ao importante processo de mudança política, com a transposição do regime militar e a realização, nos anos de 1987 e 1988, de uma nova Constituição que emerge da construção de instituições representativas e multipartidárias. Jorge Miranda ressalta que:

(...) o poder constituinte material precede o poder formal. Precede-o logicamente, porque a ideia de Direito precede a regra de Direito, o valor comanda a norma, a opção política fundamental a forma que elege para agir sobre os fatos, a legitimidade e a legalidade. E precede-o historicamente, porque há quase sempre dois tempos no processo constituinte, o do triunfo de certa ideia de Direito ou do nascimento de certo regime e o da formalização dessa ideia ou desse regime: e o que diz da construção de um regime político vale também para a formação e a transformação de um Estado.

Sob o signo da promulgação da Constituição, movimentam-se vários tempos¹⁷: primeiro tem-se o tempo do arbítrio do regime militar, organizado na forma de manifestações de força, tendo destruído a ordem constitucional até então vigente (1964-1985); após, a resistência a esse regime que se destacou pelas várias formas de manifestações de partidos políticos em prol de uma nova Constituição, culminando com o movimento das *Diretas Já* (1983-1984); seguidamente, têm-se os

¹⁵ MIRANDA, Jorge. A Constituição de 1988 – uma constituição de esperança. *Revista de direito do estado*. n.º 9 (janeiro/março 2008), Rio de Janeiro : Renovar, 2006-, 117-129, p, 118.

¹⁶ *ibidem*, p, 119.

¹⁷ PAIXÃO, Cristiano. Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 13, nº 26. Segundo semestre de 2011, p 155, disponível em Disponível em: <http://www.redalyc.org/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=28220704008>. Acessado em 17/07/2012.

trabalhos da ANC desde a sua convocação, em 1985, até a sua promulgação em 1988, e por fim, a construção de uma nova ordem constitucional para os tempos presentes e futuros.

Durante 21 anos o governo militar se impôs com forte centralização, levando a termo ações repressivas contra os movimentos sociais, promovendo a suspensão de direitos políticos e restringindo o exercício da cidadania¹⁸.

O regime de governo militar, que passou a vigorar no Brasil a partir da deflagração do movimento denominado “Revolução de 31 de março de 1964”, por conta do qual assumiu a Presidência da República o general Humberto de Alencar Castello Branco, inaugura um período de profundas transformações legislativas no trato de questões que vão tocar de perto a segurança nacional e os direitos civis, principalmente em suas liberdades. A primeira transformação sentida foi a edição do Decreto-Lei nº 314, de 13 de março de 1967¹⁹, que alterou algumas disposições da citada Lei nº 1.802/53 (então Lei de Segurança Nacional), principalmente a competência atribuída à Justiça Militar para processar e julgar militares e civis pela prática de determinados crimes.

Na sequência as funções legislativas do Congresso Nacional sofreram forte esvaziamento e o governo impôs leis excepcionais. Com o falecimento de Castello Branco, a partir de 15 de março de 1967, assume a Presidência da República o general Arthur da Costa e Silva, e com ele se inicia uma nova fase de endurecimento e rigidez governamental, flagrantemente marcada na

¹⁸ Para uma reflexão sobre o período de ditadura brasileira entre 1964 e 1985, ver REIS, Daniel Aarão. *Ditadura militar, esquerdas e sociedade*. 3.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005; e FICO, Carlos; FERREIRA, Marieta de Moraes; ARAUJO, Maria Paula Nascimento. *Ditadura e democracia na América Latina*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2008.

¹⁹ BRASIL, Decreto-Lei n.º 314, de 13 de março de 1967. *Diário Oficial [da] União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 Mar. 1967. Seção 1, p. 2993

época pela decretação do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, que cassou muitas garantias individuais e cerceou a área de atuação do Poder Judiciário.

Tal enrijecimento acarretou na transfiguração da Constituição de 67 em extremismo autoritário através da Emenda Constitucional de 1969 e, ainda, a edição do Decreto-Lei nº 898, de 29 de setembro de 1969, que passou a ser chamado de “Lei” de Segurança Nacional²⁰, tornaram mais e mais severas as punições contra os crimes políticos. Fazia-se uso regular, trivial, do poder coercitivo como meio para enfrentamento dos conflitos sociais. A atividade legislativa se reduziu praticamente à prerrogativa de confirmar, em última instância, as medidas tomadas por um Poder Executivo autorizado a governar por decreto.

Nesse conturbado cenário, manifestações estudantis, de professores, intelectuais, artistas, de setores da Igreja e outros ocupavam um lugar central, e a imprensa nacional e a estrangeira denunciavam perseguições e torturas, nos órgãos policiais, contra presos políticos. Consiste na resistência a esse regime, que se desdobrou em muitas ações e eventos, mas que pode ter sua origem detectada nas primeiras manifestações de partidos políticos e lideranças na clandestinidade, em fins da década de 1960, em prol de uma nova Constituição, e que teve uma nítida aceleração entre 1976 e 1980, com a eclosão de reivindicações e greves em parques industriais localizados em centros urbanos e em 1983-1984, com o movimento das Diretas Já.

²⁰ BRASIL, Decreto-Lei n.º 898, de 29 de setembro de 1969. *Diário Oficial [da] União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 29 Set. 1969. Seção 1, p. 8162

Em 1971, pela primeira vez, ocorre uma manifestação em prol de uma constituinte no Brasil, em um documento denominado *Carta de Recife*, que foi elaborada em uma reunião do MDB, partido de oposição que discutia sua autodissolução como forma de protesto contra o regime. A proposta de uma campanha nacional pela convocação da Constituinte desenvolveu-se num crescente, extrapolando a agenda dos novos partidos criados com o fim do bipartidarismo no Brasil e insuflando o entusiasmo de vários outros grupos da sociedade civil.

Conforme destaca Werneck Vianna²¹, havia, no decorrer dos anos 70 e 80, um claro confronto entre a estratégia da derrota e a da derrubada para o enfrentamento do regime militar. A estratégia da derrota, capitaneada pela Declaração de Março, de 1958, do Partido Comunista Brasileiro (PCB)²², apostava na aliança pluriclassista, tendo como guia principal o tema da democracia política para a conquista da normalidade democrática. Esta opção de enfrentamento, que optava pela dimensão constitucional, acabou por ser fortalecida após o resultado favorável ao MDB nas eleições de 1974, que apontou para as possibilidades de se derrotar por vias democráticas o regime militar. Por outro lado, encontravam-se aqueles defensores da estratégia da derrubada, que denunciavam o gradualismo

²¹ WERNECK VIANNA, Luiz. *Esquerda brasileira e tradição republicana: estudos de conjuntura sobre a era FHC-Lula*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p 45.

²² A Declaração de Março de 1958, elaborada pelo PCB constituiu-se como um marco fundamental para o a reflexão e para a ação da esquerda brasileira nos anos subsequentes. Neste documento, o partido assume a questão democrática e a via pacífica como elementos centrais para a transformação profunda da sociedade, influenciando de maneira decisiva sua posterior posição de recusa frente à luta armada para o enfrentamento do regime militar: “O caminho pacífico da revolução brasileira é possível em virtudes de fatores como a democratização crescente da vida política, o ascenso do movimento operário e o desenvolvimento da frente única nacionalista em nosso país. O povo brasileiro pode resolver pacificamente seus problemas básicos com a acumulação gradual mas incessante de reformas profundas e consequentes, na estrutura econômica e nas instituições políticas, chegando-se até a realização completa das transformações radicais colocadas na ordem do dia pelo próprio desenvolvimento econômico / social da nação” (CARONE, Edgard. *O P.C.B. (1943-1964)*. Volume 2. São Paulo, Difel, 1982, p.184)

reformista liderado pelo PCB como causa principal do golpe militar e propunham, através da configuração classe-identidade-interesse, a ruptura com o capitalismo autoritário brasileiro.

Exemplo destas divergências pode ser observado na análise da transição democrática elaborada por Florestan Fernandes ao demonstrar total desconfiança diante da “Nova República” que surgia com a democratização do país, apontando para a sobrevivência do antigo regime devido à recomposição generalizada e global do sistema oligárquico. Segundo ele, as forças conservadoras, percebendo a agitação da população após o movimento pelas Diretas, avançaram no sentido de uma composição pelo alto, que impediu o deslocamento de poder para as classes subalternas. Florestan critica a oposição que, apegada ao conceito de mudancismo, acabou por privilegiar a lógica da conciliação, perdendo a oportunidade de mudar profundamente a sociedade brasileira²³

A eleição indireta de Ernesto Geisel para a Presidência da República, em 1974, deu início ao período conhecido como de “distensão lenta, gradual e segura”. Geisel pronunciou-se a favor da reinstituição de um Estado de Direito no país e pela abertura política. A partir de então, ampliaram-se as expectativas de reversão do cenário repressivo e de reorientação nas relações entre o Estado e a sociedade²⁴.

O compromisso de Geisel, na prática, supôs a centralidade e o controle do Executivo federal na condução do processo de abertura e conviveu com recorrentes ofensivas dos órgãos oficiais de repressão. Persistiam prisões e

²³ FERNANDES, Florestan. *A Constituição inacabada, vias históricas e significados*. São Paulo: Estação Liberdade, 1989, p. 73.

²⁴ VÉRSIANI, Maria Helena. Uma República na Constituinte (1985-1988). *Revista Brasileira de História*. São Paulo, v. 30, nº 60, 2010, p. 235.

desaparecimentos de militantes opositores e também denúncias de torturas e assassinatos políticos.

A abertura de novos canais de comunicação entre o Governo e a sociedade, também durante o governo Geisel, inaugura a proposta de organização de uma agenda de reformas político institucionais. Notas de ações com viés democratizante puderam ser sentidas, como a reedição do direito ao habeas corpus para crimes políticos e o fim da pena de morte e da pena de banimento. Como coroamento da promessa de abertura política, o AI-5 – para alguns a “exceção da exceção” – teve sua revogação determinada para a partir de 1º de janeiro de 1979.²⁵

No plano legislativo, se em 1974 as oposições conseguiram aumentar suas bancadas no Congresso, em 1976 o Governo editou a Lei 3.349, de 1º de julho de 1976, chamado Lei Falcão, reduzindo drasticamente o espaço de propaganda política nos meios de comunicação. Foram proibidos os debates na mídia, considerados determinantes para a vitória da oposição nas eleições de 1974.

Nessa mesma linha, em 1977, Geisel decretou o recesso do Legislativo e, com o Congresso fechado, determinou uma série extensa de medidas políticas que ficaram conhecidas como Pacote de Abril. Entre outras manobras, estabelecia-se que as durações dos mandatos presidenciais, a partir do Governo seguinte, seriam de seis anos; um terço do Senado passava a ser eleito de forma indireta (os chamados senadores biônicos); mantinham-se eleições indiretas para o cargo de governador, e ampliavam-se as bancadas parlamentares das unidades federativas menos desenvolvidas do país, nas quais o partido governista alcançava hegemonia.

²⁵ Ibidem, p. 236.

Em agosto de 1977, Goffredo Teles Júnior e vários outros acadêmicos veiculavam a “Carta aos Brasileiros”, que “conclamara a Nação a procurar a única via legítima, com que restaurar as instituições democráticas despedaçadas – a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte”²⁶

No mesmo ano, a CNBB publica um documento denominado “Exigências Cristãs para uma Ordem Política”²⁷, também cobrando a convocação de Assembleia Nacional Constituinte. E merece destaque a atuação da OAB no mesmo sentido, também a partir de 1977. O Presidente do Conselho Federal da OAB entre 1977-1979, Raymundo Faoro, foi um incansável defensor da tese, publicando sobre o tema um texto clássico²⁸, em que postulou que apenas uma nova Assembleia Constituinte, investida de soberania, poderia emprestar legitimidade ao carcomido Estado brasileiro, fundando sobre bases mais democráticas o poder político.

João Figueiredo assumiu a Presidência em 1979, afirmando o propósito de concluir o processo de abertura política iniciado por seu antecessor, em ritmo que garantisse a segurança do regime. Em pronunciamento marcante, explicou como pretendia agir com quem se opusesse a abertura: “Eu prendo e arrebento”.

²⁶ Consoante citado na obra organizada por Paes de Andrade e Paulo Bonavides. Dizia o documento: “Sustentamos que um Estado será tanto mais evoluído quanto mais a ordem reinante consagre e garanta o direito dos cidadãos de serem regidos por uma Constituição soberana, elaborada livremente pelos Representantes do Povo, numa Assembleia Nacional Constituinte”. A íntegra da Carta foi publicada pelo jornal “Movimento”, no Caderno “Constituinte: Como? Por quê? A quem serve?” (p. 38-39). Entre os signatários do documento estavam, além de Goffredo Telles, Dalmo Dallari, Modesto Carvalhosa, Irineu Strenger, Antônio Candido, José Carlos Dias, José Afonso da Silva, Hermes Lima, Cláudio Heleno Fragoso, Hélio Bicudo, Franco Montoro e Flávio Bierrenbach, entre outros. (BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de, *História constitucional do Brasil*, 4ªed., Brasília, OAB Editora, 2002, p. 456)

²⁷ Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. Exigências Cristãs de uma Ordem Política. Documento aprovado pela XV Assembléia Geral da CNBB Itaici, 8 a 17 de fevereiro de 1977. Disponível em <http://www.catolicanet.com/pub/publicacoes/bc106a11350da8e6a9e56834b9b6c116.pdf>. Acessado em 17/11/2012.

²⁸ FAORO, Raymundo. *Assembleia constituinte: a legitimidade resgatada*. Rio de Janeiro: Globo, 1981. O trabalho consta também da obra recentemente editada: FAORO, Raymundo. *A república inacabada*. Rio de Janeiro: Globo, 2007. p. 169-263.

Em contexto de intensa campanha em prol da “anistia ampla, geral e irrestrita”, intensificada no correr da segunda metade da década de 1970, foi decretada, em agosto de 1979, a Lei da Anistia²⁹, que não incorporaria, contudo, muitas das propostas da oposição ao regime³⁰. Em dezembro de 1979, a aprovação da Lei nº 6.767 extinguiu o ARENA e o MDB, restabelecendo o pluripartidarismo em seu regime jurídico, sinalizando o início da abertura política³¹.

A partir 1980 intensificaram-se as exigências por eleições diretas também para a Presidência da República. Campanhas pelas *Diretas Já* ocuparam as ruas, com ampla cobertura da imprensa e contando com crescente mobilização da sociedade³². Não obstante, a Emenda Dante de Oliveira – Emenda *Diretas Já* – foi rejeitada pela Câmara dos Deputados (por 22 votos), em abril de 1984, numa votação realizada sob decreto governamental de “estado de emergência” no país e com todo o sistema repressivo acionado para dispersar passeatas civis e “isolar” os congressistas das manifestações pro diretas³³.

Começaria então a se delinear um pacto entre setores da oposição e segmentos do partido oficial descontentes com o governo Figueiredo, visando lançar um candidato de consenso às eleições indiretas para a Presidência da República. Formou-se a Aliança Democrática, que lançou e elegeu indiretamente os candidatos

²⁹ BRASIL, Lei n.º 6.683, de 28 de agosto de 1979. *Diário Oficial [da] União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 Ago. 1979. Seção 1, p. 12265.

³⁰ Boas reflexões sobre a anistia política no Brasil são encontradas em SUSSEKIND, Elizabeth (Org.). *Memória e justiça*. Rio de Janeiro: Jaua; Museu da Republica, 2009

³¹ BRASIL, Lei n.º 6.767, de 20 de dezembro de 1979. *Diário Oficial [da] União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 Dez. 1979. Seção 1, p. 19463

³² Vários depoimentos sobre o “cerco” ao Congresso, no dia da votação da Emenda das Diretas Já, podem ser vistos no filme *Memórias finais da Republica de Fardas*, de Gabriel F. Marinho e Catta Preta, que esta em exibição na exposição de longa duração do Museu da Republica, no Rio de Janeiro, “A Res Publica Brasileira”.

³³ VERSIANI, Maria Helena. Op. cit, p. 237.

Tancredo Neves, para a Presidência, e José Sarney, para a Vice-Presidência da República.

A vitória da Aliança Democrática, em janeiro de 1985, não obstante ter sido alcançada pela via do voto indireto, foi e ainda é por muitos reconhecida como um importante marco da superação do regime ditatorial no Brasil imposto com o golpe de 64, por alicerçar bases de transição para um regime civil e democrático³⁴. A referida chapa assumira formalmente o compromisso de convocação de uma Assembleia Constituinte³⁵

Era contra a ilegitimidade da Constituição de 1967 que se apresentava a defesa de uma nova Carta. Pretendia-se, com um novo texto constitucional, a superação da Constituição representativa dos ideais e valores da ditadura instituída³⁶. O marco inicial do chamado “processo constituinte” que levou a Carta de 1988 costuma ser localizado dois anos antes da instalação da ANC, mais especificamente a partir da eleição indireta, em janeiro de 1985, de Tancredo Neves

³⁴ Ver, por exemplo, FERREIRA, Marieta de Moraes; SARMENTO, Carlos Eduardo. A República brasileira: pactos e rupturas. In: GOMES, Angela de Castro; PANDOLFI, Dulce Chaves; ALBERTI, Verena (Org.). *A República no Brasil*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira; CPDOC/FGV, 2002, p. 450-493, p 462

³⁵ No manifesto de lançamento da Aliança Democrática, intitulado “Compromisso com a Nação”, figurava a convocação de Assembleia Constituinte (PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 21)

³⁶ “O país precisa de uma Constituição: se ha um ponto pacifico de acordo, na atual conjuntura brasileira, este e sem duvida, um deles ... A eleição presidencial indireta de 15 de janeiro de 1985, que pos fim ao ciclo de governos castrenses contra-revolucionárias, constitui um ponto alto no processo de redemocratização, iniciado com a revogação do AI-5; mas só poderá conduzi-lo a seu termo na medida em que liquidar a anarquia imposta pelas Forças Armadas no plano institucional, dotando o país de uma carta constitucional legitima, por seus procedimentos de elaboração e de aprovação. (MARINI, Ruy Mauro. Possibilidades e limites da Assembleia Constituinte. In: SADER, Emir et al., 1985, p.17)

para a Presidência da República, como já houvera assumido o compromisso formal em sua campanha, o reafirma em seu discurso após eleito.³⁷

Com o falecimento de Tancredo Neves, José Sarney tomou posse na Presidência da República, em 15 de março de 1985, enviando em 28 de junho a proposta do governo de convocação de uma nova Assembleia Nacional Constituinte no Brasil³⁸. A proposta apresentada por Sarney visava à organização de uma Constituinte *congressual*, formada pelos deputados federais e senadores a serem eleitos no pleito direto previsto para 1986 e, também, pelos senadores já eleitos em 1982. Esses parlamentares deveriam, assim, acumular as funções legislativa e constituinte, o que contrariava a ideia de uma Constituinte exclusiva, defendida por expressiva parcela da sociedade.

Foi nesse cenário político que o governo Sarney apresentou o seu projeto de convocação da Assembleia Nacional Constituinte: eleições em 1986, atribuindo-se ao futuro Congresso os poderes constituintes. Todavia, apartados os pré-requisitos que antes definira como essenciais à Constituinte, quais seja a revogação das leis autoritárias, o governo driblou a questão da soberania popular e propôs uma fórmula que logo encontraria resistência em amplos setores da

³⁷ Em seu primeiro discurso como presidente eleito, Tancredo Neves reafirmaria a necessidade, no país, de uma nova Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana: "Convoco-vos ao grande debate constitucional. Deveis, nos próximos meses, discutir, em todos os auditórios, na imprensa e nas ruas, nos partidos e nos parlamentos, nas universidades e nos sindicatos, os grandes problemas nacionais e os legítimos interesses de cada grupo social. E nessa discussão ampla que ireis identificar os vossos delegados ao poder constituinte e lhes atribuir o mandato de redigir a lei fundamental do país. A Constituição não é assunto restrito aos juristas, aos sábios ou aos políticos. Não pode ser ato de algumas elites. E responsabilidade de todo o povo." (Discurso de Posse Presidência da República. Brasília, março de 1985, Disponível no site <http://www.tancredo-neves.org.br/presidente-da-republica>, acesso em 17/07/2012)

³⁸ Sarney envia ao Legislativo a Proposta de Emenda Constitucional n.º43, prevendo a atribuição de poderes constituintes ao Congresso Nacional, que se reuniria em 1º de fevereiro de 1987, e seria composto, na sua grande maioria, por parlamentares eleitos no pleito de 1986. (SARMENTO, Daniel. 21 Anos da Constituição de 1988: a Assembléia Constituinte de 1987/1988 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a Carta de 1988, Direito Público, n.º 38, Nov-Dez/2009, assunto especial,, doutrina, p. 9.)

sociedade civil. Como foi que se deu essa surpreendente transmutação da Constituinte para Congresso Constituinte?

Verifica-se que ao final de 1985, forma-se o debate sobre a escolha as duas espécies de Assembleia Constituinte: a Assembleia Constituinte autônoma ou exclusiva ou a Constituinte congressional ou Congresso com poderes constituintes. No primeiro caso, Assembleia Constituinte autônoma, seria eleita exclusivamente para elaborar a Constituição, dissolvendo-se em seguida à promulgação desta. De outra sorte, a Constituinte congressional seria aquela que resultaria de uma Câmara e de um Senado que se instalariam, inicialmente, para elaborar a Constituição (Assembleia Constituinte). Terminado esse encargo, continuariam como Câmara e Senado, cumprindo os cidadãos eleitos o mandato de deputado ou senador, em seguida ao mandato constituinte.

A opção por uma Assembleia Constituinte exclusiva teria como principal vantagem a de possibilitar uma eleição fundada apenas na discussão de teses, princípios e compromissos ligados ao debate constituinte, vez que os constituintes seriam eleitos apenas para fazer uma Constituição. Já a opção pela Constituinte congressional (ou Congresso constituinte), os candidatos poderiam prometer estradas, empregos, benefícios pessoais, pois a eleição deixaria de ser de constituintes exclusivos, para ser de deputados e senadores.

Ademais, a tendência é que a Constituinte congressional seja mais conservadora do que a Constituinte exclusiva, por dois motivos: primeiro porque facilita a eleição dos antigos políticos e candidatos descompromissados com a estrutura de poder vigente e concorrem, em inferioridade de condições, com os políticos que atuam na base do clientelismo eleitoral. Neste quadro, as correntes

conservadoras e retrógradas ficam mais fortes; o segundo motivo, pois um Congresso Constituinte, que já se constitui sem liberdade de discutir a própria estrutura do Poder Legislativo.

O entendimento era de que se fazia necessário criar “estruturas constituintes” paralelas, para exigir que os anseios populares fossem contemplados pelo poder constituinte a ser instalado no Congresso, pois só com a sociedade mobilizada a democracia participativa poderia avançar. Caberia aos cidadãos tomar parte, exigir, auxiliar e controlar o poder público. O processo constituinte foi marcado por intensa e influente participação da sociedade civil e pela ausência de um bloco hegemônico³⁹.

De acordo com Aspasia Camargo e Eli Diniz, a decisão por uma Constituinte congressional foi uma estratégia encetada por forças conservadoras, da coalizão de poder formada em torno da ideia da “transição democrática” e do próprio Governo, para garantir “não só fortes linhas de continuidade com o regime anterior como o controle sobre a Constituinte”⁴⁰. Dalmo Dallari, na ocasião, alertou para o fato de que a eleição de constituintes que ao mesmo tempo fossem deputados ou senadores tornaria inviável o bom desempenho de ambas às funções⁴¹. Um documento referencial à época que marcou oposição à Constituinte congressional foi a Carta dos Brasileiros ao Presidente da República e ao Congresso Nacional, redigida pelo jurista Goffredo Telles Júnior, em nome do Plenário Pro Participação Popular na Constituinte.

³⁹ NOBRE, Marcos. Indeterminação e estabilidade: os 20 anos da Constituição Federal e as tarefas da pesquisa em direito. *Novos estud.* – CEBRAP [on line]. 2008, n.82, pp. 97-106. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n82/05.pdf>>. Acesso em 17/07/2012.

⁴⁰ CAMARGO, Aspasia; DINIZ, Eli. *Continuidade e mudança no Brasil da Nova República*. São Paulo: Vertice; Editora Revista dos Tribunais, 1989.

⁴¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. Constituição para o Brasil novo. In: SADER, Emir et al., 1985, p.114

Paralelamente a isso, o Presidente José Sarney por meio de Decreto n.º 91.450/85⁴² instituiu a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (CEC), presidida pelo jurista Afonso Arinos de Mello Franco, que ficou encarregada de elaborar um anteprojeto de Constituição, que publicado no Diário Oficial em 26 de setembro de 1986.⁴³

Formada por 50 personalidades do cenário jurídico e político e com inclinações ideológicas heterogêneas, a Comissão de “notáveis” elaborou um texto prolixo, com 436 artigos no corpo permanente, todavia seu conteúdo era avançado e democrático, adotando inclusive regime parlamentarista. Alvo de intensas críticas por setores da esquerda, a comissão foi rejeitada por aqueles que não aceitavam o protagonismo do Presidente da República na definição da agenda da Constituinte.⁴⁴

Durante os trabalhos da CEC, a imprensa escrita dedicou-se intensamente em acompanhá-los, salientando que sua composição foi adequada ao gosto dos interesses emergentes no processo de transição. Apesar dos conteúdos do Anteprojeto de Constituição apresentado pela CEC serem parlamentaristas, democratizantes e “progressistas” não se afeiçoavam às expectativas de Sarney⁴⁵, mas exerceu influência durante a elaboração da Constituição de 1988.⁴⁶

⁴² BRASIL, Decreto n.º 91.450, de 08 de julho de 1985. *Diário Oficial [da] União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 Jul. 1985. Seção 1, p. 10393.

⁴³ BRASIL, Despachos do Presidente da República. 26 de setembro de 1986. *Diário Oficial [da] União*, Poder Executivo, Suplemento Especial ao n.º 185, Brasília, DF, 26 Set. 1986. Seção 1.

⁴⁴ PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 21.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ De acordo com José Afonso da Silva, que participou da comissão, a sua composição, sob o prisma ideológico, era muito parecida com aquela que acabaria prevalecendo na Assembleia Constituinte (Cf. SILVA, José Afonso da. Influência do Anteprojeto da Comissão de Estudos Constitucionais sobre a Constituição de 1988. In: *Um pouco de direito constitucional comparado*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 228-254).

A despeito das pressões dos movimentos sociais e após tensas negociações e impasses no Congresso, foi aprovada, em 27 de novembro de 1985, a formação de uma Constituinte congressional por meio da Emenda Constitucional n.º 26/1985⁴⁷. Consumada a decisão de reunir o Congresso Nacional como Assembleia Nacional Constituinte, as eleições para os legislativos federal e estadual, marcada para novembro de 1986, junto com as eleições para os executivos estaduais, transformaram-se em eleições constituintes. Como já salientado anteriormente, a escolha deste modelo tem (e teve) consequências consideráveis para os trabalhos da Constituinte, vez que acarreta uma indevida confusão entre a política ordinária, atribuições cotidianas do Congresso, com a extraordinária, envolvida na elaboração de uma Constituição, contribuindo para que se inserissem no texto constitucional temas e questões sem estatura para ali figurarem⁴⁸

A convocação da Assembleia Constituinte por Emenda Constitucional levou alguns juristas e políticos da época a defenderem a tese de que ela não corresponderia ao exercício de autêntico poder constituinte originário, mas sim de um poder derivado e, como tal, limitado pela norma que o convocara⁴⁹.

Em que pese tal posicionamento, a Emenda nº 26/1985 foi apenas o veículo formal empregado para a convocação da Assembleia Nacional Constituinte

⁴⁷ BRASIL, Emenda Constitucional n.º 26, de 27 de novembro de 1985. *Diário Oficial [da] União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 Nov. 1985. Seção 1, p. 17422

⁴⁸ No mesmo sentido, BARROSO, Luis Roberto. Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos, p. 09. Disponível in http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/vinte_e_um_anos_da_constituicao_brasileira_o_estado_a_que_chegamos_p_t.pdf. Acesso em 07/10/2012. Destaque-se, contudo, que durante a Assembléia Constituinte os parlamentares deram total prioridade à elaboração da Constituição, em detrimento do desempenho das funções legislativas ordinárias (cf. LUCAS, João Gilberto. O processo constituinte. In: GURAN, Milton (Coord.). *O processo constituinte 1987- 1988*. Brasília: AGIL, 1988. p. 42-43).

⁴⁹ Esta posição foi advogada, entre outros, por FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 168-170; e RAMOS, Saulo. *A assembléia constituinte. O que pode e o que não pode: natureza, extensão e limitação dos seus poderes*. Rio de Janeiro: Alhambra, 1987

de 1987/1988, mas não o seu fundamento de validade, como observa Barroso⁵⁰: “O mecanismo formal da Emenda foi um ato de reconhecimento e de acatamento da vontade popular soberana. Vale dizer: do poder constituinte originário”.

O contexto político do final da década de 80 pode ser identificado como um momento constitucional, caracterizado pela genuína mobilização de vários setores da sociedade por um “recomeço”. São nestes anseios que se encontram a legitimidade e a fonte de autoridade de uma Assembleia Constituinte.

Embora deva ser questionada a ideia da “unanimidade nacional” em torno da questão da Constituinte, pelas evidências, à época, de que ampla parcela da sociedade brasileira não chegou a perceber mudanças essenciais na rotina de sua vida, nem tomou parte ativa no processo constituinte⁵¹; ocorreu sim, naquele momento, uma enorme e inédita mobilização política de diversas instituições da sociedade brasileira, sindicatos, associações trabalhistas e de moradores, e também entre grupos sociais organizados em torno de movimentos pelos direitos das mulheres, dos negros, das pessoas portadoras de deficiência física, dos idosos, indígenas, crianças e adolescentes, presidiários e vários outros, cobrindo uma multiplicidade de segmentos sociais, temas e reivindicações.

A análise das forças políticas que estiveram presentes durante os trabalhos da ANC 87-88 esclarece os fundamentos ideológicos que sustentam as normas constitucionais como se apresentam e, revelam os arranjos necessários à

⁵⁰ BARROSO, Luis Roberto. Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos, p. 09. Disponível in http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/vinte_e_um_anos_da_constituicao_brasileira_o_estado_a_que_chegamos_pt.pdf. Acesso em 07/10/2012

⁵¹ O material audiovisual da “Coleção Memória da Constituinte”, acervo depositado no Arquivo Histórico do Museu da República, inclui entrevistas com diferentes transeuntes da cidade do Rio de Janeiro, os quais mostram ter havido também indiferença em relação ao evento Constituinte.

época para a promulgação da Constituição de 88 como início de ciclo democrático. Assim, devem-se destacar alguns momentos decisórios que delimitaram as regras e os atores do jogo de forças que ocorreu no processo de elaboração da atual Constituição⁵²:

No dia 15 de novembro de 1986 foram eleitos 487 deputados federais e 49 senadores constituintes. A estes se somaram outros 23 senadores que haviam sido eleitos em 1982, cujos mandatos, de oito anos, se encerrariam em 1991⁵³. Assim, estes 23 senadores que não foram eleitos para compor uma Assembleia Nacional Constituinte participariam das discussões, votações e promulgação da Constituição da República.

A Assembleia Nacional Constituinte ocorreu, todavia a clareza de que o resultado seria a ruptura não estava claro para os seus atores. Nota-se que o pronunciamento que abriu seus trabalhos indicou o caminho oposto⁵⁴. No discurso proferido na sessão de inauguração da Constituinte, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Moreira Alves, afirmou que a instalação daquela

⁵² PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 6

⁵³ A regra de então estava contida no artigo 42, e seus dois parágrafos, da Constituição de 1967/69 com a redação conferida pela Emenda nº. 15 de 1980, que previa no caput do artigo 42 que “O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados, eleitos pelo voto direto e secreto, segundo o princípio majoritário, dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos e no exercício dos direitos políticos”; no parágrafo 1º dispunha que “Cada Estado elegerá três Senadores, com mandato de oito anos.” E no parágrafo 2º previa que “A representação de cada Estado renovar-se-á de quatro em quatro anos, alternadamente, por um e por dois terços.”

⁵⁴ PAIXÃO, Cristiano. Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 13, nº 26. Segundo semestre de 2011. Pp. 146–169, p 163, disponível em Disponível em: <http://www.redalyc.org/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=28220704008>. Acessado em 17/07/2012

Assembleia seria “o termo final do período de transição com que, sem ruptura constitucional, e por via de conciliação, se encerra o ciclo revolucionário.”⁵⁵

Acrescenta-se ainda o debate brasileiro da época, qual seja a diferença entre a direita e a esquerda: basicamente, o apoio ou não ao governo militar no passado e a orientação a propósito de temas como os direitos sociais e a extensão da intervenção estatal na economia.

Verifica-se que para a Constituição de 1988, foram criadas expectativas por uma democracia (que atualmente é) participativa. Os constituintes buscaram uma estratégia de resguardo amplo e compreensivo da declaração dos direitos fundamentais e para isso houve a preocupação de criar instrumentos institucionais⁵⁶. Sendo justamente neste ponto que se anima a discussão, pois é por meio da descoberta desse caminho que houve uma mutação institucional na relação entre os três Poderes e na da sociedade com o Poder Judiciário.

Reconhece-se, pois, que a Constituição produzida por esta Assembleia Nacional Constituinte consiste em um texto razoavelmente avançado, moderno e com inovações de importância para o constitucionalismo brasileiro. Sua estrutura difere das anteriores abarcando princípios fundamentais de forma que se destacam quatro notas: a) declarar-se a República formada pela “união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal (artigo 1º)” que aponta para um duplo grau de organização territorial; b) fundar-se como Estado Democrático de Direito embasado na cidadania, dignidade da pessoa humana, nos valores sociais, livre

⁵⁵ DIÁRIO DA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. Brasília: Senado Federal, 1987-1988, ano II, n. 175, publicado em 2 fevereiro de 1988, p. 5. Disponível em http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp. Acessado em 10/07/2012.

⁵⁶ VIANNA, Luiz Werneck. (2008), “O Terceiro Poder na Carta de 1988 e a tradição Republicana: mudança e conservação”. In: Oliven, R. G. Ridenti, M. Brandão, G. M. (Org.). *A Constituição de 1988 na Vida Brasileira*. São Paulo: Hucitec, p. 91-109.

iniciativa e pluralismo político; c) constar no texto os princípios do direito internacional também como princípios do Estado e d) afirmar-se como um projeto de integração da América Latina⁵⁷.

Com todo esse processo de “transição por transação” o texto constitucional produzido resultou de um modelo de juridicização da política⁵⁸. O processo constituinte fez com que todas as forças políticas passassem a recorrer ao direito para conquistar e preservar espaços na luta por direitos e por fundos públicos. O Estado brasileiro encontra-se no quarto momento no processo de redemocratização, aquele onde se aplicam as estruturas normativas consubstanciadas no texto constitucional como um amadurecimento democrático.

O esforço histórico aqui realizado visa contextualizar o momento de formação da Assembleia Nacional Constituinte, de maneira que se tem o quarto momento, citado alhures, qual seja a construção da nova ordem constitucional, e a perspectiva que liga os trabalhos constituintes (1987-1988) ao presente e ao futuro da Constituição, por intermédio da modificação, reconstrução e inclusão de direitos, que é a marca do constitucionalismo contemporâneo.

Em suma, esse processo pode ser descrito: “consideramos ter havido duas constituintes, que talvez possamos chamar Constituinte da sociedade

⁵⁷ MIRANDA, Jorge. A Constituição de 1988 – uma constituição de esperança. *Revista de direito do estado*. n.º 9 (janeiro/março 2008), Rio de Janeiro : Renovar, 2006-, 117-129, p, 122.

⁵⁸ Nas palavras de Marcos NOBRE: “Não falo em “judicialização da política” porque considero equívoca essa expressão. Dito de maneira breve, porque enfatiza unicamente a decisão judicial, quando o essencial a meu ver está na tradução de demandas em termos jurídicos, de modo que a sua solução é apenas um elemento do processo. Além disso, é importante lembrar que apenas parte das demandas é traduzida em termos jurídicos, de modo que não cabe hipostasiar esse meio, mesmo reconhecendo sua enorme importância.” (NOBRE, Marcos. Indeterminação e estabilidade: os 20 anos da Constituição Federal e as tarefas da pesquisa em direito. *Novos estud. – CEBRAP* [online]. 2008, n.82, pp. 97-106. p. 100. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/nec/n82/05.pdf>. Acesso em 17/07/2012).

civil e Constituinte do Governo Sarney. O fato de as duas estarem presentes no texto final constitui a base das principais contradições da Constituição de 1988⁵⁹.

1.2 A anistia política e o constitucionalismo de transição

Verter-se sobre um estudo da formação constitucional brasileira contemporânea e, via de consequência, sobre a transição democrática e formação da jurisdição constitucional requer, inevitavelmente, a análise sobre a anistia política exarada desse período, sendo, pois objeto de análise da presente tese doutoral.

Feita a análise do contexto político jus transicional de formação da Constituição brasileira de 1988, merece atenção alguns significados da luta pela anistia no regime militar brasileiro na perspectiva dos “Movimentos de Anistia”⁶⁰. Essa luta não se definia apenas como oposição ao regime militar, mas foi também um marco importante no processo de (re)constituição da sociedade civil no país.

A lei brasileira de anistia foi promulgada ainda na vigência do regime militar, no governo Figueiredo, pois visava acelerar a abertura política brasileira. De sorte que a Lei n. 6.683 de 1979 extinguiu a punibilidade dos crimes políticos ou conexos perpetrados entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. A Lei

⁵⁹ MACIEL, Maria. Constituinte e transição. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 5, n. 2, 1990, p.200.

⁶⁰ De acordo com a proposta organizativa aprovada pelo II Congresso de Anistia, realizado em Salvador em novembro de 1979, são considerados “Movimentos de Anistia”: os “Movimentos Femininos pela Anistia” (MFPA), os “Comitês Brasileiros pela Anistia” (CBA) e as “Sociedades de Defesa dos Direitos Humanos” (SDD Hs). A LUT A CONTINUA. “Manifesto do II Congresso Nacional de Anistia”. Salvador, Bahia, 15 a 18/11/1979. *20 Anos: Anistia não é esquecimento*. Página eletrônica da Fundação Perseu Abramo/Projeto Memória, 1999. Disponível em: <http://www2.fpa.org.br/portal/modules/news/index.php?storytopic=377>. Acesso em abril de 2012. Os depoimentos que fazem parte da página eletrônica foram reproduzidos em: MAUÉS, Flamarion; ABRAMO, Zilah (Orgs.). *Pela democracia, contra o arbítrio: A oposição democrática, do golpe de 1964 à campanha das Diretas Já*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2006, p. 207-303.

de Anistia brasileira objetivava, também, trazer ao cenário político os perseguidos pelo regime militar, como os presos políticos e exilados.

Durante o processo de negociação da anistia, os movimentos sociais dialogavam sobre os parâmetros necessários para a abertura e a redemocratização. Articulavam-se a outras lutas de movimentos específicos e os “Movimentos de Anistia” ampliavam o debate sobre o processo de “abertura” político-institucional, como salienta Marcos Napolitano:

Ao mesmo tempo em que a campanha da anistia pedia a reintegração civil dos banidos e o resgate da memória das vítimas fatais do regime, apontava para um novo tempo histórico e uma nova cultura política, onde a abertura do espaço público, a linguagem dos direitos e a questão democrática reelaboravam a memória do passado recente da sociedade brasileira.⁶¹

A anistia brasileira decorreu da mobilização social, diferentemente de outras na América Latina como foram simplesmente uma concessão do regime, a brasileira foi interpretada como conquista pelos “Movimentos de Anistia” e demais atores sociais que lutaram por sua adoção⁶².

Feita a análise no item anterior de como ocorreu a transição para a democracia brasileira, retoma-se a título de esclarecimento as formas que ocorrem as transições democráticas. Os reflexos na justiça constitucional e efetivação dos direitos humanos decorrem justamente do grau de participação social. Ademais,

⁶¹ NAPOLITANO, Marcos. Nós, que amávamos tanto a democracia: protesto de rua contra o regime militar na Grande São Paulo (1977-1984). São Paulo: Dissertação de Mestrado apresentada à FFLCH/USP, 1994 (mineo)

⁶² Brasil, Argentina, Chile, Uruguai estão entre os diversos países latino-americanos que passaram por processos de transição democrática no final do século XX.

parece haver um consenso de que as transições ocorrem por razões mais complexas que simples divisões nos regimes.

Assim, para O'Donnell, as transições podem ocorrer por diferentes modelos. Por “ruptura”, o regime cai e as relações políticas e sociais mudam por completo (como no caso da Argentina). Por “reforma”, a transição é lenta e mudam os modelos do regime até a abertura (este foi, por exemplo, o caso do Brasil, em que a transição durou quase 10 anos).⁶³

Diante da complexidade de fatores que envolveram a transição democrática na América Latina, e em especial o Brasil, não cabia, assim, à elite política decidir se faria a transição ou não, mas sim, coube à elite decidir como fazê-la.

A transição brasileira foi muito longa e, na fala dos próprios atores da política da época: “lenta, gradual e segura”. Essa lentidão deu-se, em grande medida, pelo controle que o regime teve sobre a transição, controle esse conseguido tanto pelos rumos do regime (um relativo sucesso econômico no primeiro momento) quanto pela histórica falta de mobilização social no Brasil, apesar dos movimentos pela Anistia supracitados⁶⁴.

O momento de abertura política no Brasil ocorreu a partir do governo de Ernesto Geisel, ainda em 1974, como visto nos itens anteriores, no entanto essa liberalização foi parcial e muito restrita. De maneira que somente com a volta do pluripartidarismo, a lei de anistia e o fim do Ato Institucional no. 5 (censura) é que

⁶³ O'DONNELL, Guilherme; SCHMITTER, Philippe. Transições do regime autoritário: primeiras conclusões. São Paulo: Vértice, 1988, p 22.

⁶⁴ Idem.

pode se considerar que a abertura política da ditadura de fato avança e se torna quase irrevogável.

Consequentemente, a Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979 concedeu a anistia a todos os envolvidos com crimes políticos entre 1961 e 1979, e propositalmente, o texto da lei não explicita quais violações devem ser qualificadas como crimes comuns - e punidos como tal - e quais podem ser consideradas como ações políticas - e abarcadas da Lei de Anistia.

Grande parte da celeuma em torno da referida Lei teve início já na propositura e publicação da mesma. A proposta de lei foi iniciativa do General João Batista Figueiredo, presidente do Brasil à época. Proposta esta aprovada pelo Congresso Nacional composto majoritariamente pela Arena, partido do governo, através de eleição indireta de um terço dos senadores (os chamados biônicos, que não eram eleitos pelo povo).

Digno de nota o fato da natureza transacional da lei da anistia brasileira, enquanto em países como a Argentina e Chile a anistia foi uma imposição do regime contra a sociedade, ou seja, uma explícita autoanistia do regime; no Brasil a anistia foi reivindicada socialmente, pois se referia originalmente aos presos políticos, tendo sido objeto de manifestações históricas que até hoje são lembradas⁶⁵.

O questionamento atual da constitucionalidade da Lei da Anistia e a recente decisão da CIDH, que também é objeto da presente pesquisa, coloca em

⁶⁵ BRASIL. 30 anos de luta pela anistia no Brasil: greve de fome de 1979. Brasília: Comissão de Anistia/MJ, 2010.

foco a anistia como esquecimento em desfavor ao Brasil⁶⁶. Porém, se ouvida na discussão apresentada nos questionamentos, que a luta pela anistia foi tamanha que, mesmo sem a aprovação do projeto demandado pela sociedade civil, por uma anistia ampla, geral e irrestrita para os perseguidos políticos, a cidadania brasileira reivindica legitimamente essa conquista para si e, até a atualidade, reverbera a memória de seu vitorioso processo de conquista da anistia nas ruas, após amplos e infatigáveis trabalhos realizados pelos Comitês Brasileiros pela Anistia, fortemente apoiados por setores da comunidade internacional.⁶⁷

A cientista política Glenda Lorena Mezarobba ressalta⁶⁸:

(...) durante o regime militar brasileiro o esforço em prol da anistia esteve sempre associado à luta pela retomada da democracia, pela volta do estado de direito e pelo reconhecimento e respeito aos direitos humanos.

Nessa seara, registram-se alguns eventos políticos institucionais que marcaram o fortalecimento das oposições e a generalização do repúdio ao regime militar. O primeiro destes eventos remonta à vitória do MDB nas eleições legislativas de 1974, que mostrava o início da rearticulação da sociedade civil, e significou a primeira manifestação abertamente política de oposição à ditadura desde 1968.

No entanto, o “marco da virada” na oposição ao regime militar, sobretudo no que tange às lutas pelos direitos humanos, ocorreu com a morte do

⁶⁶ A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 153 e o caso Gomes Lund *versus* Brasil, mais conhecido como caso Guerrilha do Araguaia, tratam de legislação que surge durante o período da ditadura militar brasileira. Tais processos serão objetos de estudo da pesquisa em capítulo próprio.

⁶⁷ Sobre a mobilização internacional nos Estados Unidos, cf.: GREEN, James. *Apesar de vocês*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

⁶⁸ MEZAROBBA, Glenda Lorena. *Um acerto de contas com o futuro: a anistia e suas conseqüências – um estudo do caso brasileiro*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2003, p. 13.(mimeo)

jornalista Vladimir Herzog no DOI-CODI de São Paulo, em 25 de outubro de 1975. Esse acontecimento desnudou o fato de que a repressão não discriminava classes e foi importante para que os setores da classe média e de elite aderissem às forças de oposição ao regime⁶⁹.

A partir daí, *os cidadãos começavam a recorrer ao novo foro público para manifestar seu protesto contra a brutalidade governamental*⁷⁰. Ainda por ocasião da morte do jornalista, mais de oito mil pessoas compareceram a Catedral paulistana para participar do culto ecumênico em intenção de Herzog.

Entre as forças que se organizavam contra o regime militar, surgia, em 1975, em São Paulo, o Movimento Feminino pela Anistia (MFPA), sob a liderança da advogada Therezinha Zerbine. O movimento era pioneiro não apenas na luta sistemática pela anistia, mas era também o *primeiro movimento legalmente constituído para o enfrentamento direto do regime militar*⁷¹.

Em 14 de fevereiro de 1978, no Rio de Janeiro, era fundado o Comitê Brasileiro pela Anistia (CBA). Além de muitas militantes do MFPA, o CBA também reunia estudantes, advogados, artistas, membros da Igreja Católica e

⁶⁹ Abram o, Laís Wendel. *O resgate da dignidade: greve metalúrgica e subjetividade operária*. Campinas: Editora da Unicamp/Imprensa Oficial, 1997, p. 188.

⁷⁰ Alves, Maria Helena Moreira. *Estado e Oposição no Brasil (1964-1984)*. Petrópolis: Vozes, 1985, p. 223.

⁷¹ Depoimento de Helena Grecco, fundadora do MFPA e do CBA de Minas Gerais, para a página eletrônica 20 Anos: Anistia não é esquecimento, da Fundação Perseu Abramo/Projeto Memória, 1999. Disponível em: <<http://www2.fpa.org.br/portal/modules/news/index.php?storytopic=377>>. Acesso em abril de 2012. Os depoimentos que fazem parte da página eletrônica foram reproduzidos em: MAUÉS, Flamarion; ABRAMO, Zilah (Orgs.). *Pela democracia, contra o arbítrio: A oposição democrática, do golpe de 1964 à campanha das Diretas Já*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2006, p. 207-303.

pretendia estabelecer uma articulação com as oposições sindicais e representantes de movimentos de bairros. A reivindicação de anistia ampliava-se ainda mais⁷².

O dia 18 de abril de 1978, aniversário da anistia decretada em 1945 com a derrubada do Estado Novo, foi um momento especial para os defensores da anistia no regime militar brasileiro, que rememoraram com atos públicos e outras manifestações políticas e culturais aquela anistia. Ao defender a anistia, o manifesto lembrava:

Quatorze anos de regime repressivo fizeram com que o povo manifestasse o seu cansaço. E começasse a retomar sua luta contra as mentiras e a falta de liberdade nesse país. O povo está cansado. Cansado de não votar, cansado de só trabalhar, cansado de produzir e não ter o que comer, cansado de um sistema de transporte coletivo aviltante, cansado de não ter casa nem roupa, cansado de morrer nos acidentes e não ter saúde⁷³.

Desse momento em diante, por todo o ano, foram organizadas passeatas que exigiam liberdades e “Dias Nacionais de Protesto e Luta pela Anistia”. Tais manifestações reuniam – além dos familiares dos mortos, “desaparecidos” e demais atingidos pelo regime militar e dos estudantes – trabalhadores, sindicalistas, advogados, jornalistas, membros de igrejas e outros ativistas políticos. A partir dessas manifestações, formaram-se também os “Comitês Primeiro de Maio pela Anistia”⁷⁴.

Em novembro seguinte realizou-se, na cidade de São Paulo, o I Congresso Nacional pela Anistia. O “Manifesto à Nação”, documento de

⁷² “Como funciona o CBA”. Anistia – Órgão Oficial do Comitê Brasileiro pela Anistia, nº 3, janeiro/fevereiro de 1979, p. 4.

⁷³ Citado em: “A lembrança de abril de 1945”. Movimento, 24/4/1978, p. 09

⁷⁴ MARTINS, Roberto Ribeiro. Liberdade para os brasileiros: anistia ontem e hoje. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

encerramento do congresso, recuperava o cenário político de crescimento das oposições ao regime militar:

Hoje a nação reivindica seus direitos. Operários vão à greve a fim de recuperar seu poder aquisitivo arruinado e exigir sua legítima liberdade de organização e manifestação. Advogados, falando em nome da nação indignada, repudiam firmemente a lei de segurança nacional, instrumento de perpetuação da violência e do arbítrio. [...] O movimento pela anistia cresce nacionalmente. Está presente nas lutas que travam hoje diferentes setores da população por liberdade de organização e manifestação do povo oprimido, por liberdade de pensamento e por liberdades democráticas⁷⁵.

Porém, não se pode perder de vista que, uma vez que os militares ainda controlavam o processo, foram excluídas daquela revogação “figuras indesejáveis” a eles, como Leonel Brizola, Luís Carlos Prestes, Miguel Arraes e Francisco Julião. A partir de então, os próprios partidários da ditadura passaram a falar em anistia. O debate passaria, assim, a girar em torno de sua amplitude: embora o regime declarasse que ela poderia ser decretada, dizia também que não atingiria a todos os punidos⁷⁶.

[...] a conquista da Anistia não pode vir só. Ela exige a eliminação dos atos e leis de exceção, o estabelecimento das leis e mecanismos de livre representação e participação popular, além do fim radical e absoluto das torturas [...] É então, neste sentido, que esta luta beneficia não apenas aqueles que foram diretamente punidos, mas a grande maioria do povo brasileiro, impedido hoje de participar ativamente da vida política e econômica do país, pelos atos e leis de exceção

⁷⁵ “Manifesto à Nação”. Encerramento do I Congresso Nacional pela Anistia. São Paulo, 5 de novembro de 1978. Fundo Comitê Brasileiro de Anistia, Acervo do Arquivo Edgard Leuenroth, Unicamp.

⁷⁶ “Os caminhos da volta”. Veja, 10/1/1979, p. 31.

[...] Reafirmamos que Anistia não é dádiva, mas sim uma conquista a ser feita por todos os brasileiros.⁷⁷

Com a posse do General João Batista de Oliveira Figueiredo, que assumiu o poder prometendo fazer do Brasil uma democracia, o processo de distensão gradual e segura deveria prosseguir sua lenta caminhada. Desta vez sob os parâmetros da política de “mão estendida”, a partir da qual *seria aberto um espaço político suficiente para conter a oposição de elite, mantendo os parâmetros da “democracia forte”, de modo a limitar a participação de setores até então excluídos e permitir que o Estado determinasse qual seria a oposição aceitável*⁷⁸.

Para tanto, a anistia passou a ser assunto prioritário da nova administração. Além do General Golbery do Couto e Silva, a matéria contou também com o ministro da Justiça, Petrônio Portela, como um dos principais articuladores de uma medida que *possibilitaria um desafogo de opinião política ao mesmo tempo desarticulando um amplo movimento social que se mobilizara em torno da questão da anistia aos presos por motivo de opinião*.⁷⁹

Neste sentido, os militares lançaram mão *da conciliação como forma de preservação dos interesses fundamentais das classes dominantes na nossa sociedade e a da contrarrevolução preventiva como estratégia anticrises*.⁸⁰

No entanto, apesar da amplitude da luta, a lei de anistia aprovada pelo regime militar em 22 de agosto de 1979 não atendia plenamente aos objetivos dos movimentos que lutavam por ela: primeiro, não era uma anistia ampla e geral

⁷⁷ “Carta de Salvador”. Encontro Nacional de Movimentos pela Anistia. Salvador, 9 de setembro de 1978. Fundo Comitê Brasileiro de Anistia, Acervo do Arquivo Edgard Leuenroth, Unicamp.

⁷⁸ Alves, Maria Helena Moreira. Estado e oposição no Brasil (1964-1984). Petrópolis: Vozes, 1987. p. 225

⁷⁹ Ibidem. p. 268.

⁸⁰ LEMOS, Renato. "Anistia e crise política no Brasil pós-1964." In: Topoi. Revista de História. Rio de Janeiro: Programa de Pós-graduação em História Social da UFRJ/ 7Letras, set. 2002, n. 5, p. 289.

porque não englobava todos os punidos pelo regime militar, eram excluídos por volta de 195 “terroristas” (Art. 1º, § 2º, lei nº 6.683/79), conforme a definição do Governo com base na Lei de Segurança Nacional vigente.

Além disso, também não era uma medida irrestrita porque o retorno ou reversão às antigas atividades e aos postos ocupados pelos afastados ou aposentados pelo regime militar (civis e militares) dependia de aprovação da administração competente pelo respectivo cargo, devendo o anistiado requerer oficialmente esse deferimento (Art. 2º e 3º, lei nº 6.683/79, Legislação Federal Brasileira).

Apesar desses limites, a anistia significou, sim, um avanço para a superação do autoritarismo institucional, permitindo o retorno dos políticos cassados, de exilados, foragidos e clandestinos que puderam reassumir suas verdadeiras identidades e recompor as forças políticas opositoras, reocupando seu lugar ao lado das lutas do povo brasileiro. Nesse sentido, a anistia foi recebida pelos ativistas e movimentos como sua vitória:

O governo dos generais não pretendia anistia alguma. [...] Entretanto, o crescimento das forças populares exigindo a anistia foi naufragando essas ideias absurdas da ditadura. Do confronto de forças que se deu resultou que o regime foi obrigado a concordar com a anistia, embora tenha conseguido momentaneamente impedir que a mesma tivesse caráter amplo, geral e irrestrito. Para o povo foi uma vitória parcial.⁸¹

A interpretação dos participantes do processo rebate, então, as ideias de anistia como concessão ou fruto de barganha. De acordo com Ana Maria Müller, uma das fundadoras do CBA/RJ e atualmente advogada de familiares de

⁸¹ LIMA, Haroldo. Itinerário. Salvador: Comitê Brasileiro pela Anistia, 1979, p. 65.

mortos e “desaparecidos” políticos, no momento de votação da Lei de Anistia pelo regime militar:

Os presos faziam greve de fome e através dela protestavam contra a lei discriminatória que a Ditadura pretendia fazer passar. O Movimento de Anistia estava na rua. O povo estava envolvido. A solidariedade crescia... A campanha da anistia [...] desenvolveu-se num clima suprapartidário onde se demarcaram os objetivos a serem alcançados... A lei que conquistamos não foi a que queríamos, e foi aprovada sob veemente protesto da sociedade organizada, que tomou fôlego e aprendeu com ela a propor e marchar junto para novas conquistas. Através dessa experiência, a cada golpe da Ditadura, o movimento respondia com sua forma de organização espontânea.⁸²

Ressalta-se, ainda, que a lei trouxe mecanismos destinados a obstaculizar quaisquer tentativas de investigação e julgamento dos agentes da repressão. Junto ao dispositivo voltado para viabilizar a obtenção de uma declaração de ausência por parte dos parentes dos desaparecidos, foram anistiados também os acusados de crimes *conexos aos crimes políticos*.

Além disso, apresentou-se como o corolário das intensas negociações entre “as pressões oposicionistas e as preferências dos setores militares de linha-dura”, conferindo-lhe um caráter transacional como é conhecida.

⁸² Depoimento para a página eletrônica 20 Anos: Anistia não é esquecimento, da Fundação Perseu Abramo/ Projeto Memória, 1999. Disponível em: <<http://www2.fpa.org.br/portal/modules/news/index.php?storytopic=377>>. Acesso em abril de 2012.

1.3 Os valores e princípios constitucionais como fundamento de validade do sistema jurídico

O estudo dos valores constitucionais será realizado aqui sob a ótica de validade, ou validação, da norma jurídica tendo em vista dois fatores: 1) o fenômeno da recepção e conseqüente legitimidade e validade das normas jurídicas e 2) o valor como fundamento de validade das normas jurídicas.

Segundo o modelo pragmático de Tercio Sampaio Ferraz Júnior, a relação entre as normas consiste em uma interação coordenada. Desta forma, o conceito de validade é relacional, e abrange a questão da obrigatoriedade; a relação entre as normas em um sistema e a efetividade dessas normas. Tais pontos são considerados a partir da ideia de controle:

(...) cujo foco é garantir a propriedade força, de que é dotada a voz do emissor, criando-lhe condições para dispor das regras que o disciplinam, tendo em vista possíveis reações que sua ação desencadearia.⁸³

Sob a ótica ainda do professor Tércio, as normas estabelecem entre si uma relação de competência decisória, onde a validade reside como norma anterior a posterior: *significa, portanto, capacidade de garantir a sustentabilidade (no sentido pragmático de prontidão para apresentar razões e fundamentos do agir) da sua ação linguística.*⁸⁴

Ocorre a imunização da norma por meio do aspecto relato que neutraliza o aspecto cometimento da norma imunizada, verifica-se a competência

⁸³ FERRAZ JR, Tercio Sampaio. Teoria da norma jurídica. 4ª Ed. Rio de Janeiro : Forense, 2000. PP 102-103.

⁸⁴ Ibidem. p 106.

formal e material. Tal fato confere validade à norma, neste sentido assume importante papel o valor como legitimador normativo.

Para Alexy os princípios e valores estão intimamente vinculados, pois ambos admitem a possibilidade de colisão e ponderação, em virtude de haver princípios e valores que não podem ser realizados integralmente a um só tempo⁸⁵.

Ademais, as duas categorias, segundo o autor, admitem o cumprimento gradual, ou seja, a realização de um valor ou princípio pode ser realizada de forma parcial. Assim, uma decisão concreta pode, a priori, realizar ambos os princípios/valores ao mesmo tempo, devendo um princípio/valor ceder proporcionalmente ao outro. Em virtude dessas semelhanças estruturais, Alexy afirma que os enunciados do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha sobre valores podem ser reformulados em termos principiológicos, e vice-versa.

Apesar de reconhecer essas semelhanças, Alexy constata uma diferença importante entre as duas categorias. Seguindo a divisão estabelecida por Georg Von Wright, Alexy afirma que os conceitos práticos se dividem em três grupos: conceitos antropológicos, deontológicos e axiológicos. Conceitos antropológicos são aqueles relativos ao homem – vontade, interesse, capacidade, necessidade, decisão e ação.⁸⁶

Os conceitos deontológicos e axiológicos, por sua vez, se diferenciariam apenas a partir do seu conceito deontico fundamental. O conceito deontológico fundamental é a ideia de “dever ser”, ao passo que o conceito axiológico fundamental é a ideia de “bem”.

⁸⁵ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 139.

⁸⁶ Ibidem, p. 145.

Assim, de acordo com o teórico alemão, norma é gênero subdividido em duas espécies: norma deontológica (que abrange regras e princípios) e norma axiológica (que se subdivide, por seu turno, em regras de valoração e valores, entendidos como critérios de valoração)⁸⁷.

Da mesma forma, afirma Zimmermann:

Os princípios constitucionais não são apenas relevantes à questão da mera legalidade formal, mas igualmente referentes à criação de uma concepção mais propriamente axiológica do direito, em termos da objetivação de certos valores sociopolíticos subsistentes quando da formalização jurídica do direito constitucional pelo poder constituinte.⁸⁸

Os valores reconhecidos de uma sociedade, dependendo de sua importância para a aplicação do direito, alcançam no mundo jurídico a essencialidade como normas fundamentais do ordenamento jurídico. Valor é a relação entre o objeto e o sujeito, cuja relação expressa a estima do sujeito pelo objeto ou a importância deste para o sujeito.

Para Miguel Reale:

O valor é uma noção primordial e a valoração se apresenta como um fato cuja realização rigorosamente se impõe, constituindo, não apenas um paradigma de apreciação e de julgamento, mas uma verdadeira base de legislação.⁸⁹

Fato. Valor. Norma. A tridimensionalidade do direito concebe o direito como fruto da conjugação das dimensões fáticas, axiológicas e normativa. Em fato, a tridimensional nas dimensões espaço, tempo e sociedade. Dada uma

⁸⁷ Idem.

⁸⁸ ZIMMERMANN, Augusto. Princípios fundamentais e interpretação constitucional (análise metajurídica dos fundamentos axiológicos do ordenamento constitucional). Disponível em http://lms.ead1.com.br/upload/biblioteca/modulo_1597/9TVX6HRKQ4.pdf. Acessado em 14/04/2014.

⁸⁹ REALE, Miguel. Fundamentos do Direito. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 285.

sociedade, em um determinado espaço e em um território tem-se o direito do qual não se pode suprimir seu conteúdo sociocultural valorativo.

As normas jurídicas, por conseguinte, exurgem no meio social não como expressão única e suficiente do Direito, mas como um das dimensões da experiência jurídica estando presentes outras duas dimensões: o fato e o valor⁹⁰.

Para Miguel Reale a teoria da tridimensionalidade, os elementos são complementares e irreduzíveis, e em determinados momentos, conforme o caso concreto, que representam o fato, valor e norma, e por consequência se correlacionam, de modo que não seria possível a compreensão do todo sem a avaliação e coexistência de cada um dos elementos, sem que sejam reduzidos.

Há uma correlação permanente ou progressiva entre dois ou mais termos, os quais não se podem compreender separados uns dos outros, sendo ao mesmo tempo opostos da relação, por outro lado, só tem plenitude de significado na unidade concreta da relação que constituem, enquanto se correlacionam e dessa unidade participam.⁹¹

Desse modo, a tricotomia é justificada, pela própria validade do direito, que se pauta na vigência, eficácia e fundamento. Por conseguinte, além do aspecto formal, a lei deve ser dotada de eficácia, com a transformação da norma posta em um momento da vida social.

A inclusão do Direito como fato – valor – norma, constitui parte de um todo, assim, enxergar equilíbrio entre eficácia, vigência e fundamento, pois a

⁹⁰ BITTAR, Eduardo C B; ALMEIDA, Guilherme Assis. Curso de Filosofia do Direito. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 551.

⁹¹ REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p.28.

ausência de equilíbrio entre as forças (vigência, eficácia e fundamento), permitindo a sobreposição de um poder sobre o outro.

[...] é preciso analisar que nem sempre prevalece a compreensão unitária dos fatores que compõem a realidade jurídica, não raro orientam-se os espíritos, as ideias e a consciência humana no sentido do primado ou da exclusividade de uma das perspectivas acima discriminadas, surgindo, assim, soluções unilaterais ou setorizados.⁹²

Os três elementos, portanto, justificam a validade do direito e a criação da teoria tridimensionalista. Por isso, a vigência refere-se ao mandamento de conteúdo normativo dotado de caráter coercitivo. Por fim, o fundamento retrata o valor axiológico tutelado.

Ao explicar o fenômeno jurídico, Tercio Sampaio Ferraz salienta que o direito atua, pois, como um reconhecimento de ideais que muitas vezes representam o oposto da conduta social real. Mas sua historicidade e seu conteúdo dinâmico e valorativo não lhe retiram o caráter científico nem tampouco o invalidam⁹³.

Voltando a Miguel Reale, a teoria tridimensional do direito envolve necessariamente três aspectos: um aspecto normativo (o Direito como ordenamento e sua respectiva ciência); um aspecto fático (o Direito como fato, ou em sua efetividade social ou histórica) e um aspecto axiológico (o Direito como valor de Justiça).

⁹² Ibidem, p.15

⁹³ Cf.: A afirmação da historicidade do direito (como objeto e como ciência) foi uma resposta à perplexidade gera pela positivação. Afinal, se o direito muda, isso não invalida a qualidade científica de seu conhecimento, pois ele muda historicamente. FERRAZ, Tercio Sampaio Ferraz Jr. Introdução ao Estudo do Direito – técnica, decisão, dominação, 6º ed. rev. e ampl., São Paulo : Editora Atlas, 2010, p. 51.

Direito é a realização ordenada e garantida do bem comum numa estrutura tridimensional bilateral atributiva, ou, de uma forma analítica: Direito é a ordenação heterônoma, coercível e bilateral atributiva das relações de convivência, segundo uma integração normativa de fatos segundo valores.⁹⁴

Tendo em vista a tríade valor, norma e fato, o princípio estaria imediatamente referido ao valor e mediatamente referido ao fato, enquanto a regra estaria imediatamente referida ao fato e mediatamente referida ao valor.

É hoje largamente reconhecido que o direito é um fenômeno cultural, e, como tal, traz em si aspectos provenientes da influência direta da atmosfera sociopolítica que o envolve, fato que implica uma realidade cambiante, dinâmica, incompatível com conhecimentos estáticos e irrefutáveis.

A percepção culturalista do direito encontra nítida relação com o momento de transição e de quebra de paradigma da filosofia jurídica. Assiste-se a um período de reaproximação do direito com valores morais, éticos e políticos que permeiam a sociedade que é conhecida como pós-positivismo⁹⁵.

Para, além disso, na solução de um caso concreto, o juiz deve utilizar, além de regras, os princípios, e, em uma eventual colisão, recorrer-se-á à ponderação ou proporcionalidade, uma vez que os princípios *permitem o balanceamento de valores e interesses de acordo com o caso concreto*, restringindo-se, desta forma, o âmbito de discricionariedade judicial.⁹⁶

É imperioso destacar o reflexo do constitucionalismo contemporâneo e da teoria dos direitos fundamentais no estudo atual do Direito, que tem como foco

⁹⁴ Ibidem, p 67.

⁹⁵ Como expoentes desta doutrina póspositivista, convém destacar o jurista norte-americano Ronald Dworkin, o jusfilósofo alemão Robert Alexy, já citado no presente estudo e, no direito pátrio, Humberto Ávila.

⁹⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de Direito Constitucional. Salvador: JusPodvim, 2008. p. 147.

central a revalorização axiológica da Constituição e a proteção do ser humano. A aplicação normativa requer, indubitavelmente um juízo axiológico interpretativo, calcado nos fundamentos do Estado contemporâneo exarados do próprio texto constitucional.

Compreende-se, assim, que a norma é o resultado da interpretação e não o mero texto, inexistindo correspondência necessária entre dispositivo e norma. *Não há norma jurídica, senão norma jurídica interpretada*⁹⁷.

Ademais, o direito é resultado das dimensões valorativas, fáticas e normativas e é, ainda, resultado da linguagem, como comunicação a descrição da realidade varia conforme os usos conceituais.

No âmbito da teoria jurídica a semiologia aplicada ao Direito trata a ciência jurídica também como discurso, o jus filósofo, Tércio Sampaio Ferraz Júnior, tece neste ponto uma investigação da norma sob o aspecto linguístico pragmático:

[...] normas não são discursos indicativos que preveem uma ocorrência futura condicionada – dado tal comportamento ocorrerá uma sanção – mas sim discursos que constituem de per si uma ação: imposição de comportamentos jurídicos (qualificação de comportamento e estabelecimento de uma relação meta complementar).⁹⁸

O giro linguístico presente no pós positivismo impregna o Direito de um elemento essencial em sua efetividade, qual seja, o reconhecimento da interdisciplinaridade fundamental ao Direito e sua aplicação.

⁹⁷ HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, p 9.

⁹⁸ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Op. Cit.* p 70.

[...] Normas jurídicas são discursos heterológicos, decisórios, estruturalmente ambíguos, que instauram uma meta complementaridade entre orador e ouvinte e que, tendo por quaestio um conflito decisório, o solucionam na medida em que lhe põem um fim.⁹⁹

Longe de reduzir o Direito ao estudo linguístico, busca-se o estudo da semiótica do fenômeno jurídico para se chegar a efetividade normativa. O trabalho hermenêutico consiste na melhor aplicação ao caso concreto e concebe o Direito como sistema. E por isso a importância dos valores.

Como sistema objetivo, o direito é um sistema teleológico axiológico. Sistema teleológico axiológico, o direito apresenta-se como totalidade ordenada segundo unidade de sentido dada por valores, ao contrário de sistemas lógicos axiomáticos que encontram tal unidade em conceitos¹⁰⁰.

Assim, o direito mostra-se um sistema na medida em que se apresenta como ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais. Implica em dizer que o sistema jurídico está em permanente interconexão e intercâmbio com o mundo vital, mesmo que a princípio concebido como autopoietico¹⁰¹. O sistema jurídico, por isso, só se concebe como sistema aberto porque permanentemente suscetível às influências das forças atuantes no mundo objetivo (natural), no mundo intersubjetivo (social) e no mundo subjetivo (individual).

⁹⁹ Ibidem. p 141.

¹⁰⁰ CANARIS, Claus Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 13

¹⁰¹ Autopoiese ou autopoiesis (do grego auto "próprio", poiesis "criação") é um termo cunhado na década de 70 pelos biólogos e filósofos chilenos Francisco Varela e Humberto Maturana para designar a capacidade dos seres vivos de produzirem a si próprios. Segundo esta teoria, um ser vivo é um sistema autopoietico, caracterizado como uma rede fechada de produções moleculares (processos), onde as moléculas produzidas geram com suas interações a mesma rede de moléculas que as produziu. A conservação da autopoiese e da adaptação de um ser vivo ao seu meio são condições sistêmicas para a vida. Por tanto um sistema vivo, como sistema autônomo está constantemente se autoproduzindo, autorregulando, e sempre mantendo interações com o meio, onde este apenas desencadeia no ser vivo mudanças determinadas em sua própria estrutura, e não por um agente externo. Cf. Wikipedia, Enciclopédia Virtual, obtido por meio eletrônico, em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Autopoiese>. Acesso em 15 de junho de 2012.

Os contornos de abertura pela concepção de direito como sistema pós positivista é ilustrado por Maria Garcia (2004, p. 114);

[...] o meio ambiente é somente gerador de perturbações que o sistema absorve e digere, graças à sua auto-organização. O fechamento do sistema autopoiético não é autárquico, nem isolado, não é programado pelo exterior: entrando em relação de structural coupling, com outros sistemas autopoiéticos.¹⁰²

É dizer: o Direito tem a capacidade de transformar um elemento externo de outro sistema em um elemento interno, a partir da interação com outros sistemas, ou, de produzir institutos a partir do próprio sistema (autonomia jurídica).

Através do processo de juridicização, o Direito amplia seus horizontes incorporando ao sistema elementos externos em busca da realização social. Daí a importância do conhecer os valores e os princípios constitucionais fundantes do Estado.

A afirmação do ordenamento como sistema e do sistema jurídico como um sistema teleológico axiológico, isto é, como uma ordem axiológica de princípios gerais, implica na aceitação de que o ordenamento é aberto e móvel, em constante contato com as forças atuantes e nas circunstâncias delineadas no mundo vital e em permanente adaptação aos problemas jurídicos advindos da dinâmica da totalidade da vida. Como assevera Zimmermann:

Se princípios constitucionais são valores intrínsecos a todo e qualquer ordenamento constitucional, provendo um sentido valorativo para o mesmo, modernas democracias devem enfrentar problemas preliminares relativos aos direitos fundamentais. Nestes termos, alguns princípios se relacionariam com o Estado de Direito; em virtude desta expressão denotar um tipo de legalidade demandada por sociedades abertas e democráticas. Por conseguinte, o

¹⁰² GARCIA, Maria. Desobediência civil: direito fundamental. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p 114.

constitucionalismo democrático necessita de definir um esquema jurídico politicamente protetor dos direitos da pessoa humana.¹⁰³

Admitindo-se o caráter intrinsecamente sistemático das normas jurídicas, é evidente a inserção da Constituição no sistema jurídico, onde ocupa o relevantíssimo posto de matriz, de fonte a que se reconduzem as demais normas. A Constituição é a norma fundamental do sistema jurídico. Essa expressão, tal como a emprega Canotilho, no singular, significativo de conjunto de normas positivas, aparta-se do sentido lógico-jurídico do normativismo. Para Canotilho, o sistema jurídico deve ser um sistema normativo aberto de regras e princípios:

(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 de princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras.¹⁰⁴

Canotilho ainda afirma sobre a interpretação constitucional de forma geral:

... a interpretação das normas constitucionais deve ter em conta a especificidade, resultante do facto de a constituição ser um estatuto jurídico do político... A influência dos valores políticos na tarefa da interpretação legitima o recurso aos princípios políticos constitucionalmente estruturantes, mas não pode servir para alicerças propostas interpretativas que radiquem em qualquer sistema de supraordenação de princípios... nem em qualquer ideia

¹⁰³ ZIMMERMANN, Augusto. Princípios fundamentais e interpretação constitucional (análise metajurídica dos fundamentos axiológicos do ordenamento constitucional). Disponível em http://lms.ead1.com.br/upload/biblioteca/modulo_1597/9TVX6HRKQ4.pdf. Acessado em 14/04/2014

¹⁰⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 4. ed. Coimbra : Almedina, 2000, p 1123.

de antinomia...O princípio da unidade hierárquico-normativo da Constituição ganhará, nesta sede particular relevância...¹⁰⁵

Impõe-se a necessidade de agregar, ao sentido jurídico de Constituição, os planos sociológicos e político. Precursor do entendimento sociológico foi Lassalle, já no século passado, ao revelar os fatores reais de poder subjacentes à ordem constitucional.

O conceito de Constituição requer identicamente uma nova noção de sistema constitucional, que reflita a profunda complexidade e complementariedade dos aspectos multifaces contidos no vértice do sistema jurídico. Em virtude desse postulado da unidade do ordenamento jurídico, que pressupõe a derivação de todas as normas, em última etapa, da Constituição, é evidente que a interpretação das normas constitucionais é condição primordial para uma ótima compreensão de qualquer preceito jurídico.

A interpretação constitucionalmente adequada exige ainda uma doutrina hermenêutica, a utilização de determinados critérios (ou medidas) que se pretendem objetivos, transparentes e científicos.

No Brasil, este fato pode ser observado a partir da Constituição de 1988, que, dotada de uma força normativa vinculante para todos os Poderes Estatais, materializou inúmeros direitos, antes relegados ao plano político formal.¹⁰⁶

Decorrente do pensamento sistêmico e hermenêutico constitucional ocorre a crescente importância do Poder Judiciário e do sistema jurídico na mediação das relações sociais, políticas e econômicas para a garantia de direitos

¹⁰⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 4. ed. Coimbra : Almedina, 2000, p 1123

¹⁰⁶ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.

fundamentais e a conservação da democracia deu guarida ao fenômeno da juridicização.

Um relevante trabalho sobre judicialização da política no Brasil é o de Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho, Manuel Palácios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos, em que se evidencia a função Jurisdicional *para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação de cidadania*.

O judiciário, assim, não substituiria à política, mas preencheria um vazio, que, nas sociedades de massa com intensa mobilização social (como a brasileira), poderia vir a conceder 'consistência democrática a um excedente de soberania popular que escapa à expressão do sufrágio'¹⁰⁷.

Constroem-se então os chamados princípios de interpretação constitucional, que não são princípios constitucionais intra sistêmicos, não pertencem ao sistema intrínseco, mas norteiam e balizam a hermenêutica constitucional.

Com a consolidação do novo constitucionalismo se pôde sedimentar a teoria da normatividade dos princípios jurídicos. O modelo constitucionalista vem sendo pensado e desenvolvido sob as bases de uma teoria material da Constituição, da qual foram os principais precursores autores como Carl Schmitt¹⁰⁸, Rudolf Smend¹⁰⁹ e Hermann Heller¹¹⁰, e que tem atualmente como grandes representantes

¹⁰⁷ WERNECK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumman. A Judicialização da Política e as relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p 258.

¹⁰⁸ SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Traducción de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2001

¹⁰⁹ SMEND, Rudolf. Constitución y Derecho Constitucional. Traducción de José María Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985

¹¹⁰ HELLER, Hermann. Teoría do Estado. Tradução de Lycurgo da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

Konrad Hesse¹¹¹, Friedrich Müller¹¹²75, Peter Häberle¹¹³, Alexy¹¹⁴ e Dworkin¹¹⁵, apenas para citar alguns dos mais influentes.

A ideia de princípios constitucionais está intimamente ligada à noção de fundamento, base, pressuposto teórico que orienta e confere coerência a todo o arcabouço lógico e teleológico do sistema jurídico constitucional. Os princípios constitucionais são normas que sustentam todo o ordenamento jurídico, tendo por função principal conferir racionalidade sistêmica e integralidade ao ordenamento constitucional. Podem ser expressos mediante enunciados normativos ou figurar implicitamente no texto constitucional. Constituem-se em orientações e mandamentos de natureza informadora da racionalidade do ordenamento e capazes de evidenciar a ordem jurídico-constitucional vigente. Não servem apenas de esteio estruturante e organizador da Constituição, sendo normas constitucionais de eficácia vinculante para a proteção e garantia dos direitos fundamentais.

Compreende-se assim a necessidade de delimitar o procedimento hermenêutico dentro de parâmetros, posto que a maior parte das normas constitucionais, sejam princípios ou regras, é aberta a propostas variadas de concretização.

Neste sentido, há que se reconhecer uma determinada superioridade dos princípios constitucionais quando do processo de significação de

¹¹¹ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Traducción de Pedro Cruz Villalón. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992

¹¹² MÜLLER, Friedrich. *Direito, linguagem, violência: elementos de teoria constitucional*, I. Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995

¹¹³ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

¹¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

¹¹⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999,

uma disposição normativa. O significado e o alcance das regras jurídicas devem ser norteados conforme o conteúdo dos princípios constitucionais, devendo o operador jurídico optar sempre pela interpretação mais adequada ao conjunto de princípios constitucionais ao qual se encontra vinculada a disposição normativa em questão.¹¹⁶

Inelutavelmente, a racionalidade na judicialização da política está em concordância com as novas tendências da teoria do direito e é seminal para a garantia dos direitos fundamentais, e, conseqüentemente, do Estado Democrático de Direito como valor central e princípio constitucional fundamental brasileiro.

Luis Roberto Barroso afirma:

... A interpretação constitucional, como a interpretação em geral, não é um fenômeno monolítico, singular. Ela é essencialmente plural e comporta ênfase em aspectos diferentes. Em uma análise científica, assim, é possível voltar a atenção, em primeiro lugar, para o sistema, isto é para o conjunto ordenado, princípios e conceitos inerentes ao processo interpretativo... Metodologicamente, portanto, é possível encarar a interpretação constitucional a partir do sistema, do primado da norma e da dogmática jurídica tradicional, à qual se adicionam particularidades exigidas pelo caráter singular da Constituição...¹¹⁷

Luis Roberto Barroso destaca ainda a necessidade de se decompor o processo de “interpretação conforme” em 04 (quatro) elementos distintos: a) escolha de uma interpretação em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que a norma admita; b) a busca de um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta do texto; c)

¹¹⁶ Freitas define a interpretação sistemática como “uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos”. A interpretação sistemática, “quando compreendida em profundidade, é a que se realiza em consonância com a rede hierarquizada, máxima na Constituição, tecida por princípios normas e valores considerados dinamicamente e em conjunto”. FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do Direito. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 60-61

¹¹⁷ BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 7ª. Edição revista, São Paulo: Saraiva, 2010, p 4.

admissão de uma linha de interpretação e exclusão de outra (s) que não seria(m) incompatível(s) com a Constituição; d) além de mecanismo de interpretação, é um mecanismo de controle de constitucionalidade porque se declara ilegítima uma determinada leitura da normal.¹¹⁸

Nesse sistema de normas abertas, que envolve escolhas pelo intérprete, conceitos indeterminados, valoração e harmonização de princípios, confere-se ao Juiz uma discricionariedade que encontra seu limite na concreção da vontade constitucional, mediante a análise do caso concreto e da repercussão da sua decisão na realidade do mundo.

Ante o exposto, vislumbram-se as seguintes tendências da teoria do direito: 1) compreensão do direito enquanto fenômeno cultural e linguístico; 2) aplicação da filosofia pós-positivista com o reconhecimento da força normativa dos princípios; 3) percepção do direito como sistema aberto e autopoietico.

A interpretação das normas constitucionais, por serem normas jurídicas, submete-se ao modo próprio de interpretação, guardando algumas especificidades, tais como, a superioridade jurídica, a natureza da linguagem, o conteúdo específico e o caráter político.

¹¹⁸ Ibidem. 194.

2 A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

2.1 A entropia social e o fim das certezas: uma introdução ao pensamento complexo e a evolução do direito internacional.

A ideia de certeza, ordem, lógica e segurança compõem a racionalidade e a necessidade humana de explicar e compreender para poder aceitar. O pensar jurídico passar pelo lógico e racional e refere-se àquelas formas de pensamento que foram criadas no decorrer dos tempos e que, mesmo que inconsciente, buscou-se impor à natureza e a sociedade.

O pensamento complexo introduzido por Edgar Morin propõe ir além da visão simplificadora e reducionista, propõe uma integração a este. Portanto, o pensamento complexo considera o fato em contexto multidimensional, considera as influências recebidas no âmbito interno e externo, atuando de forma não individual e não isolada. Por esse motivo, Morin enfatiza que “[...] ao aspirar a multidimensionalidade, o pensamento complexo comporta em seu interior um princípio de incompletude e de incerteza”.¹¹⁹

Para o pensamento complexo, a ordem e a desordem fazem parte mutuamente do universo e antes, de adentrar em que consiste a complexidade, deve-se atentar para o que não é para Edgar Morin: a) deve-se considerá-la como desafio e como motivação para pensar, e não como resposta; b) complexidade é diferente de completude, sendo a complexidade a incompletude do conhecimento,

¹¹⁹ MORIN, Edgar Introdução ao pensamento complexo. Porto Alegre: Sulina, 2005, p. 177.

aspira-se pela multidimensionalidade, o pensamento complexo comporta em seu interior um princípio de incompletude e de incerteza¹²⁰.

Nota-se que a complexidade admite a ordem e a desordem, em uma relação complementar, onde a primeira implica na ideia de determinação, de estabilidade, constância, regularidade, em outras palavras, a ideia de estrutura. Já na desordem, a ideia de dispersão, irregularidades e instabilidades, que para o espírito humano, traduz-se em incerteza. E é neste ponto que se questiona se a incerteza provocada por um fenômeno que parece aleatório resulta da insuficiência dos recursos ou dos meios do espírito humano, que o impede de encontrar a ordem oculta na desordem aparente, ou se resulta do caráter objetivo da própria realidade.

Durante o fim do século XIX até o início do século XX a ciência (esta concebida de maneira geral), com o fundamento nos ideais do positivismo e do racionalismo cartesiano, considerou como possível e verdadeiro os conhecimentos advindos dos métodos lógicos dedutivos e mecanicistas que possam conduzir a resultados previsíveis, exatos e certos. Portanto, seguros.

A certeza oriunda do pensamento científico clássico do século XIX e XX construiu-se em três pilares: a ordem, a separabilidade e a lógica. No primeiro caso, adveio a ideia do determinismo absoluto, onde tudo deveria seguir uma determinada ordem; em segundo, a separabilidade, proposta por Descartes consiste que em face de um problema deve-se tratar cada um deles, um após o outro, parte a parte. A partir deste pensamento, disciplinou-se o conhecimento, dividiu-se e repartiu-se o todo para que o observador pudesse ter um valor de certeza sobre o observado. Em terceiro, a lógica. Donde se extraí leis gerais das observações

¹²⁰ Ibidem. p; 176.

baseadas em um numero importante e variado de repetidas análises. Os princípios aristotélicos permitem eliminar qualquer contradição¹²¹.

Paralelamente aos três pilares da ciência clássica, o pensamento jurídico ia-se construindo igualmente com tal estrutura. Momento que os movimentos de formação do Estado de Direito funda-se na certeza jurídica e segurança para o alcance da justiça.

Na segunda metade do século XIX veio à luz a concepção de Estado de direito, vinculada ao contexto de ideias políticas então existentes. A necessidade de regulamentação e ordem trouxe que a segurança e a certeza do direito são indispensáveis para que haja justiça, porque, naquela época era óbvio que na desordem não era possível reconhecer direitos ou exigir o cumprimento de obrigações.

Carlos Aurélio Mota de Souza delinea a racionalidade positivista, neste sentido entende que a segurança é o direito como fato visível, de forma que esta se traduz objetivamente através das normas e instituições do sistema jurídico. Ao passo que a certeza se exterioriza nos destinatários destas normas jurídicas¹²².

Em síntese, vemos que a Segurança é um dado objetivo da Lei, inerente a ela, que deve acompanhá-la enquanto viger; é uma condição de eficácia, pois se a Lei não for eficaz não será segura; e a certeza é o elemento subjetivo que acompanha o sujeito de direito, é aquela face da Segurança que, por ser polêmica e dialética, questiona e dúvida do próprio Direito objetivo. Enquanto na Lei, originariamente, a Segurança é hipotética, na coisa julgada é concreta; não obstante particularizada, a

¹²¹ MORIN, Edgar. Complexidade e liberdade. In: PRIGOGINE, Ilya e MORIN, Edgar A Sociedade em Busca de Valores: para fugir à Alternativa entre o Cepticismo e o Dogmatismo. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. – o reencantamento do Mundo. p.240.

¹²² SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Segurança jurídica e jurisprudência – Um enfoque filosófico jurídico. São Paulo: Ltr, 1996. p. 27

Segurança emergente do caso individual reforça a Segurança da Lei geral, revalorizando o próprio ordenamento jurídico.¹²³

Houve no campo do Direito um fértil terreno para o desenvolvimento de correntes positivistas tais como a “Escola da Exegese” (Blondeau, Bugnet¹²⁴), a “Jurisprudência dos Conceitos” (Putcha¹²⁵), o “Pandectismo” (Windscheid¹²⁶), o “método histórico-natural” (Jhering¹²⁷), dentre outros que passaram a pregar a

¹²³ Ibidem. p. 147.

¹²⁴ Acerca do exegetismo, escreve Machado Neto: “Publicado em 1804 o Código de Napoleão, unificou-se o direito civil francês. Os juristas de então, presenteados com a monumental codificação – privilégio de que não gozaram os seus antepassados, se remontarmos até à época das codificações bárbaras e romanas – entenderam que a tarefa do cientista do direito seria apenas a mera exegese do texto legal. Este positivismo legal e estadista vai ser, mesmo, a nota distintiva dominante da escola. (...) Tal ideia simplista acerca da aplicação é ainda hoje muito aceita entre os teóricos e práticos do direito, mesmo por parte daqueles que já se desprenderam praticamente dela e de suas implicações legalistas, mas continuam presos ao seu império teórico”. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p.21

¹²⁵ Segundo Karl Larenz, “foi Putcha quem, com inequívoca determinação, conclamou a ciência jurídica do seu tempo a tomar o caminho de um sistema lógico no estilo de uma ‘pirâmide de conceitos’, decidindo assim a sua evolução no sentido de uma ‘jurisprudência dos conceitos formal’. (...) A ideia de Putcha é a seguinte: cada conceito superior autoriza certas afirmações (p. ex.: o conceito de direito subjetivo é de que se trata de ‘um poder sobre um objeto’); por conseguinte, se um conceito inferior se subsumir ao superior, valerão para ele ‘forçosamente’ todas as afirmações que se fizerem sobre o conceito superior.(...) A ‘genealogia dos conceitos’ ensina, portanto, que o conceito supremo, de que se deduzem todos os outros, codetermina os restantes através do seu conteúdo. Porém, de onde procede o conteúdo desse conceito supremo? Um conteúdo terá ele de possuir, se é que dele se podem extrair determinados enunciados, e esse conteúdo não deve proceder dos conceitos dele inferidos, sob pena de ser tudo isso um círculo vicioso. Segundo Putcha, este conteúdo procede da filosofia do Direito: assim consegue um ponto de partida seguro com que construir dedutivamente todo o sistema e inferir novas proposições jurídicas”. *Metodologia da ciência do direito*. 3. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 23-25

¹²⁶ Aludindo ao *Lehrbuch der Pandekten* (Tratado dos Pandectas) de Windscheid, Karl Larenz considera que se trata de “um positivismo legal racionalista, moderado pela crença na razão do legislador, o que se exprime em Windscheid e na geração dos juristas por ele influenciados: se o Direito é, sem dúvida, essencialmente equiparado à lei, esta se compreende como expressão, não já do puro arbítrio, mas da vontade racional – nas ponderações racionais que a orientam e nas perspectivas racionais em que se apoia – de um legislador histórico e, ao mesmo tempo, idealizado. (...) embora longe dos extremos de Jhering (no seu primeiro período), Windscheid não deixou de manejar com soberba maestria o método de análise dos conceitos, da abstração, da sistematização lógica e da construção jurídica”. *Idem*, p. 35. Consoante Boaventura de Sousa Santos, “as Pandectas foram apenas uma manifestação extrema de um processo muito mais vasto de cientificização do direito moderno tendente a transformar o direito num instrumento eficaz da engenharia social oficial. À medida que o direito foi politizado, enquanto direito estatal, foi também cientificado, contribuindo assim, pela sua reconstrução científica do Estado, para despolitizar o próprio Estado: a dominação política passou a legitimar-se enquanto dominação técnico-jurídica”. *Op. cit.*, p. 143.

¹²⁷ A referência aqui se faz especificamente ao primeiro período do pensamento jurídico de Jhering, segundo o qual “a ciência sistemática do Direito seria a ‘química jurídica’, que procura os corpos (!) simples’. Enquanto ‘sublima os conceitos’ a ‘matéria-prima dada’ (que são as regras jurídicas), a construção jurídica permite ‘o trânsito do Direito do estado inferior da agregação para o superior’”. Karl Larenz, *ibidem*, p.32

aplicação silogística da norma jurídica ao fato, refutando qualquer valoração por parte do aplicador.¹²⁸

Tércio Sampaio Ferraz explica que:

(...) a crítica dos pensadores iluministas e a necessidade de segurança da sociedade burguesa passou, então, a exigir a valorização dos preceitos legais no julgamento dos fatos. Daí se originou um respeito quase mítico pela lei, base, então, para o desenvolvimento da poderosa Escola da Exegese, de grande influência nos países em que dominou o espírito napoleônico. A redução do jurídico ao legal foi crescendo durante o século XIX, até culminar no chamado legalismo. Não foi apenas uma exigência política, mas também econômica. Afinal, com a Revolução Industrial, a velocidade das transformações tecnológicas aumenta, reclamando respostas mais prontas do direito, que o direito costumeiro não podia fornecer.¹²⁹

Neste contexto do culto à ordem, Hans Kelsen elabora sua Teoria Pura do Direito, extraindo-se o contexto e concluindo o direito como um sistema fechado, uma teoria purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, visando *aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão*.

A normatividade pura, segundo Kelsen, entende o direito regido pelo princípio da imputação (o mundo do dever-ser), desvinculado de determinações fatais e necessárias, como as leis da natureza que são regidas pelo princípio da causalidade (o mundo do ser).

¹²⁸ NETO, Durval Carneiro. Um novo Direito para uma Sociedade Complexa in: REERE – Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado. N. 19 – setembro/outubro/novembro 2009 – Salvador, Bahia. Acessível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-19-SETEMBRO-2009-DURVAL%20CARNEIRO.pdf>

¹²⁹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.74-75.

A dificuldade de se explicar logicamente, ou dentro da racionalidade positivista a justiça provoca a separação dos dois conceitos: direito e justiça. Dentre os defensores do positivismo jurídico mais expressivos durante a década de 1930¹³⁰, Gustav Radbruch dava clara preferência ao direito em caso de conflito com a justiça: *...pois é mais importante a existência da ordem jurídica que a sua justiça, já que a justiça é a segunda grande missão do direito, sendo a primeira, a segurança jurídica, a paz*¹³¹.

A palavra mais relevante era: ordem. A ordem leva à certeza, e esta leva a segurança, que traz a paz. Este pensamento lógico predominou na forma de se pensar o direito durante o século XIX. O florescimento do Estado de Direito

¹³⁰ Depois da 2ª Guerra Mundial, diante das conseqüências funestas que a idéia de primazia da lei sobre a moral acarretou, RADBRUCH se converte à doutrina do direito natural, conforme salientado por Norberto BOBBIO: “Uma formulação recente e exemplar dessa doutrina é oferecida por GUSTAV RADBRUCH na seguinte passagem: ‘Quando uma lei nega conscientemente a vontade de justiça, por exemplo, quando concede arbitrariamente ou rechaça os direitos do homem, adoece de validez (...) os juristas também devem levar em conta o valor para negar-lhe o caráter jurídico’, e em outra parte: ‘Podem dar-se leis de conteúdo tão injusto e prejudicial que se faça necessário negar-lhes seu caráter jurídico (...) posto que há princípios jurídicos fundamentais que são mais fortes que qualquer normatividade jurídica até o ponto que uma lei que os contradiga venha a carecer de validez’; e mais ainda, ‘quando a justiça não é aplicada, quando a igualdade, que constitui o núcleo da justiça, é conscientemente negada pelas normas do direito positivo, a lei não somente é direito injusto mas sim, em geral, carece de juridicidade’ (Rechtsphilosophie, 4ª ed., 1950, págs. 336-353)” (BOBBIO, Norberto. Teoría general del derecho, p. 27-28).

¹³¹ RADBRUCH, Gustav. Introducción a la ciencia del derecho, p. 34. Vale dizer que nesse período RADBRUCH via no relativismo a razão mesma de ser do direito, conforme se depreende das seguintes passagens da sua obra que talvez mais influências tenha causado nos juristas, a qual, aliás, tem vários pontos convergentes com o pensamento de KELSEN: “O relativismo não é um simples e puro agnosticismo, é algo mais: uma fonte fecunda de conhecimento objetivo. Sobretudo, é o relativismo a única base possível para a força vinculante do direito positivo. Se existir um direito natural, uma verdade jurídica unívoca, reconhecível e comprovável, não seria possível ver de nenhuma maneira a razão da força vinculante do direito positivo, que apareceria em contradição com essa verdade absoluta. Deveria então desaparecer como o erro desmascarado ante à verdade desvelada. A força obrigatória do direito positivo somente pode fundar-se precisamente no fato de que o direito justo não é nem reconhecível nem demonstrável. Porque um juízo sobre a verdade ou falsidade das diferentes convicções jurídicas é impossível; posto que, de outra parte, se se requer um direito único para todos os sujeitos de direito, o legislador se vê desafiado à necessidade de cortar em um golpe o nó górdio que a ciência não consegue desatar. Posto que é impossível verificar o que é justo, deve-se estabelecer o que deve ser jurídico. Em vez de um ato de verdade, que é impossível, é necessário um ato de autoridade. O relativismo desemboca no positivismo.

funda-se na ideia de certeza e segurança. Luis Recanses Siches dizia que sem segurança jurídica não há direito, nem bom, nem mal, nem de nenhum tipo¹³².

O governado consegue saber a norma que lhe será aplicada ao caso concreto, ele sabe a que se ater: esta é a certeza. Ao passo que a segurança jurídica é a percepção de que o Estado aplicará a norma adequada ao caso, o governado sabe (ou deveria saber) que isso ao qual um pode ater-se deverá ser forçosamente cumprido. Sendo estável o sistema que o governado pretende consultar, ele escolherá a norma correta e o Estado também fará a sua parte.

Decorre que a segurança jurídica apresenta-se ambivalente: de um lado a segurança por meio do direito (defesa contra roubo, assassinato, furto, violência contratual, etc.); e de outro a segurança do próprio direito, isto é, a garantia de sua possibilidade de conhecimento, de sua operatividade e de sua aplicabilidade.

Há segurança por meio do direito, unicamente, quando o direito mesmo oferece certeza. Já na segunda forma, segurança jurídica em sentido próprio ou estrito, trata-se mais propriamente da eficácia do direito que, para que possa ser seguro, requer positividade. Subjetivamente os direitos públicos se manifestam pela faculdade de um ou outro (Estado e indivíduo) invocarem a lei em seu favor para exigir da outra parte uma conduta a que têm direito (leia-se certeza do direito).

O positivismo jurídico defende concepção monista, identificando o Direito com o Estado, apontado como o detentor exclusivo da monopolização da produção normativa. A certeza jurídica, informadora de relações sociais supostamente calcadas na segurança de conteúdos normativos previsíveis,

¹³² RECASÉNS SICHES, Luis. Tratado General de Filosofía del Derecho. Mexico, Porrúa, 1965, pp.127/130 e 257/259.

orientaria mundo social que caminharía para o melhor dos mundos possíveis. Esse louvado princípio da certeza do Direito decorria de paradigma racional e instrumental, que emergia das premissas de separação dos poderes. Direito e lei escrita passam a ser identificados ontologicamente, sufragando-se o respeito pelo princípio da autoridade.¹³³

Somando às duas variáveis, certeza e segurança, acrescenta-se a legitimidade da norma. Quanto mais legítima menos criadora de conflitos a serem dirimidos pelo poder judiciário e mais fácil seu entendimento e aplicação pelo cidadão. A “fórmula” jurídica estaria completa e o sistema funcionaria em perfeição. A lei era tida como a própria razão escrita, o que tornou desnecessárias preocupações com o direito natural, a justiça ou a moral, já que a lei já era o todo.

Neste ponto, importante o pensamento de Herbert Hart que fecha ainda mais o sistema jurídico e insi em no sentido obrigacional do Direito, afirmando que a mais proeminente característica do Direito, em todos os tempos e lugares, consiste no fato de que sua existência significa que certos tipos de conduta humana não são opcionais, mas em certo sentido são obrigatórios.¹³⁴

No entanto, os questionamentos iniciados após a barbárie do nacional-socialismo, feita em nome da lei, e a formulação dos direitos humanos internacionais, com valores além do Estado, inauguram um enfraquecimento da tese positivista por ocasião do restabelecimento da ordem democrática e do *Estado de Direito* em face da derrocada do fascismo.

¹³³ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O positivismo jurídico. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1452, 23 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10060>>. Acesso em: 9 set. 2011

¹³⁴ HART, Herbert. O Conceito de Direito. Fundação Calouste Gulbenkian. 5ª Ed. Lisboa : 2007, p.6

A discussão filosófica entre o Direito Natural e o Direito Positivo se reacende. A ideia Kelseniana de que toda a norma legal é direito, sem consideração de seu conteúdo, foi duramente combatida no pós-guerra, tendo sido atacada como responsável pela legitimação dos regimes autoritários que tiveram lugar em várias nações durante o século XX.

Essa circunstância trouxe novamente à tona aquilo que a teoria de Kelsen tinha posto em estado de latência¹³⁵: as relações entre direito e moral, e o comprometimento deste com a realização da justiça.

O sentimento de indignação, perplexidade e necessidade de justiça foram presentes no momento histórico que se via em meados do século XX. No fim da Guerra, gerou-se, portanto, um movimento espontâneo de refundamentação do direito em valores suprapositivos, indisponíveis para o legislador. Os grandes julgamentos dos criminosos de guerra (de Nuremberg e de Tóquio) já pressupunham a existência de um direito suprapositivo, em face do qual se pudesse ser considerados, como criminosas, ações permitidas pelas ordens jurídicas à sombra das quais tais ações tinham sido praticadas¹³⁶.

¹³⁵ Não se pode afirmar, no entanto, que essas preocupações haviam se extinguido durante a primeira metade do século XX. No Brasil, por exemplo, mesmo na época de maior esplendor da teoria pura do direito, Miguel REALE não admitia o que chamou de divórcio entre direito e justiça: "...não, a norma jurídica é a indicação de um caminho, porém, para percorrer um caminho, devo partir de determinado ponto e ser guiado por certa direção: o ponto de partida da norma é o fato, rumo a determinado valor. Desse modo, pela primeira vez, em meu livro 'Fundamentos do Direito' eu comecei a elaborar a tridimensionalidade. Direito não é só norma, como quer Kelsen, Direito não é só fato como rezam os marxistas ou os economistas do Direito, porque Direito não é economia. Direito não é produção econômica, mas envolve a produção econômica e nela interfere; o Direito não é principalmente valor, como pensam os adeptos do Direito Natural tomista, por exemplo, porque o Direito ao mesmo tempo é norma, é fato e é valor" (REALE, Miguel. Teoria tridimensional do direito, p. 118-119).

¹³⁶ HESPANHA, Antônio Manuel. Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio. 3. ed., Mira-Sintra: Publicações Europa-América, 2003, p. 333-334

Assim, as estruturas jurídicas internacionais iniciam um processo de expansão, principalmente na formação de valores de Dignidade humana e de proteção ao homem. A sociedade questiona o racionalismo positivista e com um vigor antilegalista das décadas que se seguiram à II Grande Guerra. Todavia estes movimentos não são decorrentes simplesmente de fundamento de natureza filosófica no domínio do direito. O trágico contexto político (ou mesmo civilizacional) dos totalitarismos contemporâneos e do cotejo de catástrofes por eles causados, (ditaduras ferozes, genocídios, guerras) teve um enorme impacto sobre a consciência jurídica e obrigou a repensar a função do direito como garante de valores civilizacionais.¹³⁷

À medida que os instrumentos puramente positivos do pensar eram utilizados para se resolver os conflitos advindos desde 1945 mais ficava claro: não funciona mais. O formalismo, com o relativismo axiológico que lhe andava ligado, não armava suficientemente os juristas para, enquanto juristas, se oporem a projetos políticos e jurídicos que negassem os valores fundamentais da cultura europeia da época.

A demonstração disto vinha da observação da realidade alemã, no período de entre guerras. A constituição e a cultura jurídica da república de Weimar eram filhas da ética formalista e axiologicamente neutral do kantismo e da pandectística. A legitimidade do direito (e do poder) fundava-se exclusivamente no fato de ser estabelecido de acordo com os processos constitucionalmente prescritos. Os seus valores de referência eram desprovidos de conteúdo (uma ética, um sistema de valores, uma crença religiosa, um sistema filosófico, uma visão de

¹³⁷ Ibidem p. 333-334

mundo) e apontavam apenas para a necessidade de observar uma forma (constitucionalidade orgânica e formal). O nacional-socialismo subiu ao poder respeitando basicamente essa forma e, uma vez no poder, instaurou uma nova forma que, por sua vez, legitimava a sua ação política. (...).¹³⁸

A saída daquele estado de latência provoca uma efervescência no debate jurídico, dando fôlego ao ressurgimento de algumas formas de jusnaturalismo, exigindo a reformulação de alguns conceitos por aqueles que se mantiveram no positivismo, permitindo, enfim, o surgimento de novas propostas que têm demonstrado. Mais do que nunca, a importância do debate filosófico na atualidade, debate esse que não é e não pode ser negligenciado, mas que está comprometido a encontrar soluções, ou, pelo menos, a questionar com a radicalidade própria da filosofia os modelos jurídicos postos, para que o direito possa se aproximar da justiça.

Vê-se que, não obstante uma ou outra variante do positivismo jurídico moderno, o estudo do Direito durante os dois últimos séculos esteve sob nítida influência do mecanicismo da Física newtoniana, calcando-se em metodologias contaminadas por conceitos categóricos, fórmulas apriorísticas, verificabilidade de pressupostos e redução de complexidades.

Mas a segurança jurídica, embora pretenda a paz jurídica, não significa, necessariamente, a aplicação certa do direito e a certeza de justiça, senão a execução segura do frequentemente defeituoso direito positivo. Desta circunstância podem resultar conflitos de interesses, especialmente entre a justiça

¹³⁸ Ibidem, p. 333-334

material e a segurança jurídica. Que sucede em caso de conflito quando estes dois valores fundamentais do direito não possam ser realizados ao mesmo tempo?

E o pensamento jurídico passa a estar diante da entropia, da complexidade e do fim das certezas. O direito seria ainda um sistema fechado?

Para Ilya Prigogine a noção de complexidade marca o ponto de partida desta evolução¹³⁹:

Tradicionalmente, chamamos simples aos sistemas que têm poucos graus de liberdade, e complexos aos sistemas que são descritos como tendo numerosos graus de liberdade. (...) Durante muito tempo prevaleceu a ideia que, qualquer que seja a complexidade, a descrição poderia ser reduzida a fenômenos simples, sujeitas a leis deterministas e reversíveis.

A sociedade que se apresenta desde meados do século XX não é simples, basta um momento de observação para compreender que o fundamental já não é simples, mas complexo. A começar pelo grau de liberdade que hoje o indivíduo tem, em termos físico-químicos, alta entropia. A noção de entropia é uma etapa essencial para o entendimento da complexidade.

A entropia, conhecida como a segunda lei da termodinâmica, tem sido aplicada inclusive nas ciências sociais. É um fato observado que, através do Universo, a energia tende a ser dissipada de tal modo que a energia total utilizável se torna cada vez mais desordenada e mais difícil de captar e utilizar. A energia total do Universo tende a se tornar cada vez mais desordenada e, por consequência, pode-se afirmar que a entropia do Universo cresce continuamente.

¹³⁹ PRIGOGINE, Ilya O Reencantamento do Mundo. In: PRIGOGINE, Ilya e MORIN, Edgar A Sociedade em Busca de Valores: para fugir à Alternativa entre o Cepticismo e o Dogmatismo. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 231/232.

Em suma, o grau de liberdade e de energia que existe no universo é a entropia. Perto do equilíbrio a energia livre (desordenada) atinge seu mínimo. E o oposto, quanto mais energia livre menor o grau de equilíbrio, maior a entropia.¹⁴⁰

Assim, se o direito positivo trabalha com a ideia de ordem e previsibilidade, quanto menor a entropia social, maior o equilíbrio e funcionamento do sistema. Todavia, se considerarmos que cada indivíduo, na atualidade tem uma quantidade tal de possibilidades de ações e inações, o grau de previsibilidade diminui e aumenta a entropia. O universo é uma realização num universo de coisas possíveis sendo impossível a previsibilidade absoluta. A ciência das certezas é cega, pois não admite dúvida, já indicava Leibnz.

Tal é a descoberta deste século: a ciência não é o reino da Certeza¹⁴¹. Como ensina Edgar Morin: “É claro que se fundamenta sobre uma série de certezas, situadas localmente e espacialmente. (...) A ciência é um domínio de muitas certezas de fato e não o domínio da certeza no plano teórico”.

Para Morin, a problemática funda-se nas noções de pluralidade e complexidade dos sistemas físicos, biológicos e antropos sociológicos, cuja compreensão requer outro paradigma – o da complexidade – o que, por sua vez, funda-se numa outra razão – razão aberta –, que se caracteriza por ser evolutiva, residual, complexa e dialógica¹⁴².

A razão é evolutiva, porque progride por mutações e reorganizações profundas. Morin mostra que a razão não constitui uma invariante absoluta, mas se

¹⁴⁰ Ibidem. p. 234

¹⁴¹ MORIN, Edgar Complexidade e Liberdade in: PRIGOGINE, Ilya e MORIN, Edgar A Sociedade em Busca de Valores: para fugir à Alternativa entre o Cepticismo e o Dogmatismo. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 239

¹⁴² MORIN, Edgar Ciência com Consciência. Rio de Janeiro : Bertrand Brasil, 2003. p; 201

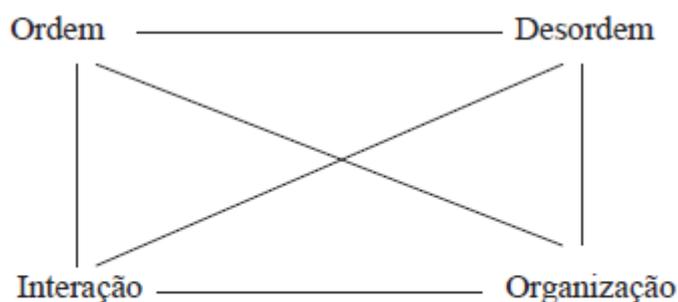
elabora por uma série de construções operatórias, e alia a estratégia como essencial. Tais construções são criadoras de novidades, as quais correspondem a mudanças paradigmáticas. É complexa, porque reconhece a multidimensionalidade da relação sujeito/objeto, ordem/desordem. O mundo sem o sujeito não é mundo. A razão aberta reconhece também em si própria, uma zona obscura, irracional e incerta, abrindo-se ao acaso, à álea, à desordem. É dialógica, porque opera com macroconceitos recursivos, ou abrindo ideias antagônicas e concorrentes.

Ao associar ideias antagônicas e, acima de tudo, aceitá-las como possíveis de coexistirem revela a fundamental complexidade do sistema ora proposto, ou seja, é associar em si mesmo as ideias de unidade e de multiplicidade que, em princípio, repelem-se e se excluem. Como não se pode reduzir o todo às partes, nem as partes ao todo (nem o um ao múltiplo, nem o múltiplo ao um), Morin concebe tais noções de modo complementar, concorrente e antagonista, em outras palavras, numa relação de recursividade, num processo.

Nesse contexto, o entendimento do Universo é visualizado no interior de sistemas de ordem e desordem e inserido em redes de interação¹⁴³ e organização formadoras de uma matriz tetragramática (Figura 1) na qual um dos termos age e retroage sobre os outros, devendo ser igualmente *probabilística, flexível, dialógica, generativa, sinfônica, aberta às lógicas já conhecidas ou que se*

¹⁴³ Para MORIN as interações são ações recíprocas que modificam o comportamento ou a natureza dos elementos, corpos, objetos ou fenômenos que estão presentes ou se influenciam. Considera a interação a noção – placa giratória entre ordem, desordem e organização (o nó górdio), termos ligados via interações (um termo não pode ser concebido fora da referência do outro). As interações: 1. supõem elementos, seres ou objetos materiais, que podem encontrar-se; 2. supõem condições de encontro, ou seja, agitação, turbulência, fluxos contrários, etc; 3. obedecem a determinações/imposições que dependem da natureza dos elementos, objetos ou seres que se encontram; 4. tornam-se, em certas condições, interrelações, associações, combinações, comunicação, ou seja, dão origem a fenômenos de organização. MORIN, Edgar. O método 1: a natureza da natureza. Porto Alegre: Sulina, 2002a p. 53-55.

venham a conhecer, numa perspectiva de organização e reorganização permanentes.¹⁴⁴



Fonte: MORIN (2000, p. 204).
Figura 1: Tetragrama de Morin.

O tetragrama demonstra a concepção do universo a partir de uma dialógica entre estes termos, cada um deles chamando o outro, cada um precisando do outro para se constituir cada um inseparável do outro, cada um complementar do outro, sendo antagônico ao outro. Esse princípio dialógico nos permite manter a dualidade no sentido da unidade¹⁴⁵.

A sociedade atual é complexa, apresenta-se com todas as características trazidas por Morin: antagônica, multidimensional, aberta, ordenada e desordenada. Propõe neste sentido o pensamento sistêmico complexo para as relações jurídicas.

A noção de sistema se caracteriza como unidade complexa, um todo que não se reduz à soma de suas partes constitutivas, que no contato mútuo se modificam e, conseqüentemente, modificam o todo. Isso traz a consciência da

¹⁴⁴ MORIN, Edgar *Ciência com Consciência*. Rio de Janeiro : Bertrand Brasil, 2003. p; 204

¹⁴⁵ Idem.

multidimensionalidade do sistema, e, em contrapartida, nos conduz à constatação de que toda visão parcial, unidimensional é pobre, porque está isolada de outras dimensões (econômica, social, biológica, psicológica, cultural, etc.), por não reconhecer também que somos seres simultaneamente físicos, biológicos, culturais, sociais e psíquicos, ou seja, seres complexos.

Assim, uma sociedade é produzida pelas interações entre indivíduos, mas essas interações produzem um todo organizado que retro atua sobre os indivíduos, para coproduzi-los em sua qualidade de indivíduos humanos, o que eles não seriam se não dispusessem da educação, da linguagem e da cultura. Assim, para se conhecer e se transformar, o ser humano depende da variedade de condições que a realidade lhe oferece e do estoque de ideias existentes para que faça, de maneira autônoma, as suas escolhas.

Detrai-se a necessidade de um Direito que considere tal complexidade. Um “ser” complexo implica igualmente um “dever-ser” complexo. As relações humanas estão ocorrendo em vários níveis simultâneos: indivíduo X indivíduo; Estado x Indivíduo; Estado x Estado; Organizações x Estados; Organizações x Indivíduos, e assim sucessivamente. Os vários tecidos das relações sociais reclamam por um Direito aberto e capaz de resolver os conflitos considerando as relações contextuais.

Reconhece-se a capacidade retro e auto alimentar dos sistemas vivos e sociais. A autopoiese¹⁴⁶ é uma característica desses sistemas e já trazido por Luhmann¹⁴⁷:

¹⁴⁶ AUTOPOIESIS (de Auto: a sí mismo; y Poiesis: en griego, creación, fabricación, construcción). Literalmente, autopoiesis significa auto-organización. Concepto que nace en la biología de la mano de

O homem vive em um mundo constituído sensorialmente, cuja relevância não é inequivocamente definida através do seu organismo. Desta forma o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação, e ação atual e consciente.

Todavia, apesar de entender o Direito como sistêmico e autopoietico, Luhmann o faz de maneira fechada e binária e autorreferencial. A partir desta ideia, acrescenta-se a complexidade para afirmar que o Direito é uma estrutura sistêmica, autopoietica e complexa.

Acrescenta-se ainda a ideia de Ilya Prigogine¹⁴⁸ que descreve a estrutura de um sistema vivo como uma estrutura dissipativa, sua ênfase principal é, ao contrário, na abertura dessa estrutura ao fluxo de energia e de matéria. Assim, um sistema vivo é, ao mesmo tempo, aberto e fechado, sendo estruturalmente aberto, mas organizacionalmente fechado. A matéria flui continuamente através dele, mas o sistema mantém uma forma estável, e o faz de maneira autônoma, por meio de auto-organização.

Um conhecimento pertinente é aquele capaz de contextualizar, ou seja, de reunir, de globalizar. Conhecer é também uma estratégia que se pode modificar em relação ao programa inicial, que é maleável, que tem em consideração

los chilenos Humberto Maturana y Francisco Varela, y que designa un proceso mediante el cual un sistema (por ejemplo, una célula, un ser vivo o una organización) se genera a sí mismo a través de la interacción con su medio. Un sistema autopoietico es operacionalmente cerrado y determinado estructuralmente. Característica definitoria de los seres vivos. Una aplicación del concepto, en la sociología, esta en la teoría de sistemas de Niklas Luhmann

¹⁴⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Vol I. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro: 1983, p. 45

¹⁴⁸ PRIGOGINE, Ilya O Reencantamento do Mundo. In: PRIGOGINE, Ilya e MORIN, Edgar A Sociedade em Busca de Valores: para fugir à Alternativa entre o Cepticismo e o Dogmatismo. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 234

as tessituras vivas das quais o Direito emana e para as quais é dirigido. Como propõe Edgar Morin, um direito complexo para uma sociedade complexa.

2.2 Tendências evolutivas do direito internacional e a abrangência de tutela jurídica em cortes internacionais

O pensamento estratégico militar dos Estados sofreu uma mudança paradigmática com o fim da Longa Guerra¹⁴⁹. Para o historiador Philip Bobbit, os conflitos que se iniciaram em 1914, com a Primeira Guerra Mundial e seguiram-se até a assinatura da Paz em Paris, em 1990 funda-se em razões ideológicas para configuração do Estado atual, fruto de tais lutas, denominada então, o período histórico de 1914-1990, de Longa Guerra.

De forma que a Longa Guerra engendrou e determinou uma nova forma de Estado – o Estado mercado, onde a forma anterior encontra-se em xeque por toda a parte. A estratégia militar da dissuasão deve ser alterada com a comprovada necessidade de desenvolver uma ordem constitucional capaz de uma eficácia bélica maior que as ordens anteriores. Via de consequência, o aparato legal internacional passa a satisfazer a estratégia de dominação mercadológica. A principal mudança paradigmática vivenciada com o fim da Longa Guerra consiste da delimitação da estratégia, do Direito e da identidade dos Estados atuais.

¹⁴⁹ BOBBIT, Philip A Guerra e a paz na história moderna: o impacto dos grandes conflitos e da política na formação das nações. Tradução de Cristiana Serra. Rio de Janeiro : Campus, 2003, p 22-23.

O Estado existe em virtude de suas finalidades, entre as quais figura o desejo de sobrevivência e liberdade de ação – estratégia; de autoridade e legitimidade – direito; de identidade – história.

Neste início de século XXI, os grandes Estados enfrentam a necessidade de determinar um novo conjunto de regras para o emprego de a força militar. *O que parece caracterizar o atual período é uma confusão quanto a como contabilizar os custos e benefícios da intervenção, da prontidão e da aliança*¹⁵⁰.

A Paz de Paris¹⁵¹ trouxe a ideia de que as relações inter Estatais estariam pautadas na complementaridade, nos Direitos Humanos e tolerância entre os povos. Preceitos estes presentes na Carta das Nações Unidas e na Carta da Organização dos Estados Americanos. Ademais, encerrou a Longa Guerra, emendou os acordos de Versalhes e São Francisco e concluiu o processo de globalização formal do Estado nação mediante a instituição de um direito internacional universal.

As instituições cresceram durante o período da Guerra Fria, criadas no pensamento estratégico de repúdio ao comunismo, principalmente a ONU e a OEA criam estruturas jurídicas de segurança coletiva. O direito internacional torna-se mais institucionalizado, proliferam-se as alianças estratégicas e as consequências da Paz de Paris é um mundo multidimensional, entrelaçado e uma intrínseca confusão de limites de competência interna e externa. As relações de causa-efeito

¹⁵⁰ BOBBIT, Philip op et. cit. p. 5.

¹⁵¹ Durante três dias em Paris, em fins de novembro de 1990, os chefes de Estado ou governo de 34 Estados nação, entre eles a União Soviética, Estados Unidos, Grã-Bretanha, Alemanha e França, reafirmaram a emenda a Carta das Nações Unidas, uma nova era de Democracia, Paz e Unidade. Marco do fim da Longa Guerra. BOBBIT, Philip op et. cit p 606.

das ações dos Estados vão além, e de forma complexa, de seus limites territoriais¹⁵².

A guerra apesar de ser cruel e desnecessária sempre esteve presente na linha da história da humanidade, definindo conceitos históricos, étnicos, culturais, o pensamento de uma geração marcando o fim de uma era e sinalizando o início de outra, agindo como marco da destruição e do desenvolvimento em certos aspectos.

Após a Segunda Guerra Mundial, com as normas de cooperação, e com a valorização dos temas da limitação ao uso da força e dos direitos humanos, verifica-se um adensamento dos vínculos internacionais e, por consequência, da juridicidade internacional. Passa-se a falar em uma sociedade internacional.

Existe uma sociedade de estados (ou sociedade internacional) quando um grupo de estados, conscientes de certos valores e interesses comuns, formam uma sociedade, no sentido de se considerarem ligados, no seu relacionamento, por um conjunto comum de regras, e participam de instituições comuns. Se hoje os estados formam uma sociedade internacional [...], é porque, reconhecendo certos interesses comuns e talvez também certos valores comuns, eles se consideram vinculados a determinadas regras no seu inter-relacionamento, tais como a de respeitar a independência de cada um, honrar os acordos e limitar o uso recíproco da força. Ao mesmo tempo, cooperam para o funcionamento de instituições tais como a forma dos procedimentos do direito internacional, a maquinaria diplomática e a organização internacional, assim como os costumes e as convenções de guerra.¹⁵³

¹⁵² ECO, Humberto. Pensar en la Guerra. In: Cinco Escritos Morales. Buenos Aires : Cisne, 1998, p.29.

¹⁵³ BULL, Hedley. A Sociedade Anárquica- um estudo da ordem na política internacional. Coleção Clássicos IPRI. Trad. Sérgio Bath. 1ª. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, São Paulo: IMESP, 2002. p. 19.

Desta forma, alteram-se os fundamentos do direito internacional para além da estratégia bélico militar, contemporâneo seria, assim, o consenso sobre a necessidade de segurança (jurídica) para a consecução dos objetivos e proteção dos valores compartilhados pela sociedade internacional. Verifica-se nesta definição a existência de três elementos dos fundamentos do Direito Internacional contemporâneo: (1) o consenso, que remete a ideia de vontade estatal presente nas teorias voluntaristas; (2) a consecução dos objetivos e a proteção dos valores compartilhados, que resgatam os ideais de justiça e a dimensão axiológica presente nas teorias jus naturalistas; e (3) a segurança jurídica que seria garantida pelo Direito Internacional e que auxiliaria no apaziguamento dos critérios das duas teorias

O contexto do Direito Internacional em transição, atual, vindo da Carta das Nações Unidas, da Declaração Universal e de todo um conjunto de instrumentos e práticas que remontam há cinquenta anos. Um Direito Internacional que acusa agora algumas tendências, umas certamente positivas para alguns, outras, porventura, menos positivas para outros, mas tendências que consideraria irreversíveis, apesar de também haver sinais contraditórios. Essas tendências do atual Direito Internacional seriam oito, na minha maneira de ver: a universalização; a regionalização; a institucionalização; a funcionalização; a humanização; a objetivação; a codificação; e a jurisdicionalização¹⁵⁴.

a) **Universalização** – o Direito Internacional não é mais um Direito euro-americano, mas sim um Direito universal:

¹⁵⁴ MIRANDA, Jorge. A incorporação ao direito interno de instrumentos jurídicos de direito internacional humanitário, e direito internacional dos direitos humanos. Revista CEJ, Brasília, n. 11, p. 23-26, 2000.

tem o seu foco voltado para a autodeterminação dos povos, decorrente, segundo Jorge Miranda, da desagregação, primeiramente dos impérios marítimos europeus, depois do império continental soviético e, mais recentemente, de alguns movimentos de independência, como foi o caso de Timor-Leste. A universalização então significa que o Direito Internacional não é mais (e nem poderia continuar sendo) um Direito euro-americano, mas sim um Direito Internacional universal,¹⁵⁵

A sociedade internacional contemporânea deve ser caracterizada pelo Direito e não pela ausência dele, de forma a admitir-se que além do Direito internacional clássico, outras formas de produção normativa passam a coexistir e regular as relações. As normas próprias das organizações internacionais são exemplos disso. Há um conjunto de regras voltadas e criadas por esses organismos que geram obrigações a todos os atores pertencentes a tal comunidade paralelamente às relações interestatais clássicas.

Os eventos históricos que ocorreram ao longo do tempo, em especial a Segunda Guerra Mundial, implicaram uma mudança de paradigma dessa realidade, propiciando o surgimento de um “novo” Direito Internacional.

Na mesma ordem de ideias, Menezes enfatiza que os acontecimentos relevantes no cenário global de interações e conflitos entre os Estados, principalmente ocorridos durante o século XX, acabaram por desenhar e construir uma nova ordem internacional, assentada em bases diversas daquelas que se faziam presentes na sociedade internacional até aquele momento¹⁵⁶.

Leciona Paulo Bonavides:

¹⁵⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direito internacional público. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 55.

¹⁵⁶ MENEZES, Wagner. Ordem Global e Transnormatividade. Ijuí: Unijuí, 2005.

A nova universalidade procura, enfim, subjetivar de forma concreta e positiva os direitos da triplíce geração na titularidade de um indivíduo que antes de ser o homem deste ou daquele País, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida, é pela sua condição de pessoa um ente qualificado por sua pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade.¹⁵⁷

Como observa Anthony Giddens, a globalização não é um processo singular, mas um conjunto de fatores que estão a atuar ao mesmo tempo, com a *intensificação das relações sociais mundiais que unem localidades distantes, de tal modo que os acontecimentos locais são condicionados por eventos que acontecem a muitas milhas de distância e vice-versa*, o que acaba afetando diretamente a vida do cidadão comum das mais variadas formas¹⁵⁸.

b) **regionalização** - é a criação de espaços regionais por razões econômicas, políticas, estratégicas ou culturais, dentro dos quais as várias comunidades políticas, os vários Estados encontram formas de solidariedade e de cooperação qualificadas.

Assim, passa a ser crescente a necessidade de cooperação entre os Estados, devido ao surgimento de questões novas que demandavam soluções que abrangessem as nações, surgindo às conferências internacionais, com a conseqüente adoção dos tratados multilaterais. Isso levou à criação de organismos internacionais institucionalizados e estruturados permanentemente

Havia uma *exigência de cooperação ligada ao desenvolvimento das técnicas, das comunicações, do comércio, a necessidade de institucionalizar a vida*

¹⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. São Paulo. Malheiros, 1999, p. 301.

¹⁵⁸ GIDDENS, Anthony. Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización em nuestras vidas. Op. Cit. p. 27.

*internacional por meio de organizações internacionais universais*¹⁵⁹, que culminou na criação de um direito de cooperação cuja finalidade *não é mais apenas regulamentar relações internacionais essencialmente horizontais e bilaterais, mas de favorecer a ação coletiva para a realização de objetivos comuns.*¹⁶⁰

A proliferação de organizações internacionais dá-se principalmente após o fim da Guerra Fria. Conseqüentemente, a ordem jurídica internacional de coordenação vai sendo sucedida pela ordem jurídica internacional de subordinação institucional¹⁶¹.

O regionalismo é percebido pelos atores internacionais, especialmente pelos Estados (mas também empresas multinacionais, por exemplo) como uma estratégia para potencializar ou mesmo viabilizar interesses. Teoricamente, portanto, pode-se distinguir regionalismo de regionalização. Sendo o primeiro, a busca em promover a integração econômica regional por tratado entre as partes interessadas; e o segundo um processo conduzido pelo mercado que se traduz em uma integração entre economias ao nível da produção e numa concentração do comércio externo¹⁶².

c) **institucionalização** - é um Direito presente cada vez mais nos organismos internacionais, na Organização das Nações Unidas e nas agências especializadas.

¹⁵⁹ SMOUTS, Marie Claude. As Novas Relações Internacionais. Editora UnB: Brasília, 2004, p. 133.

¹⁶⁰ Ibidem.

¹⁶¹ FONTOURA, Jorge. Revista de Informação Legislativa. Ano 39, no 153, janeiro/março 2002. Editora do Senado Federal: Brasília, 2002. p. 24. Necessitava-se, com a incisiva abertura dos mercados, de um efetivo multilateralismo decisório, baseado no querer coletivo e coordenado dos Estados, com mecanismos fundados em regras comuns, para refrear tendências unilaterais e ímpetos nacionalistas.

¹⁶² CUNHA, Luis Pedro Chaves da. O Sistema Comercial Multilateral face aos Espaços de Integração Regional. Op. Cit, p. 285.

O grau de institucionalização da sociedade internacional pode ser aferido pelo número de órgãos criados e respeitados pela maioria dos Estados, motivados pelo interesse em sedimentar a existência de polos decisórios das relações internacionais.¹⁶³

Com a criação de uma nova arquitetura institucional destinada a organizar o novo cenário internacional, a evolução dos processos de integração regional, a partir da Segunda Guerra Mundial, se desdobrou em duas ondas.

Assim, passa a ser crescente a necessidade de cooperação entre os Estados, devido ao surgimento de questões novas que demandavam soluções que abrangessem as nações, surgindo às conferências internacionais, com a conseqüente adoção dos tratados multilaterais. Isso levou à criação de organismos internacionais institucionalizados e estruturados permanentemente

Havia uma exigência de cooperação ligada ao desenvolvimento das técnicas, das comunicações, do comércio, a necessidade de institucionalizar a vida internacional por meio de organizações internacionais universais¹⁶⁴, que culminou na criação de um direito de cooperação cuja finalidade não é mais apenas regulamentar relações internacionais essencialmente horizontais e bilaterais, mas de favorecer a ação coletiva para a realização de objetivos comuns.¹⁶⁵

d) **funcionalização** - o Direito Internacional extravasa cada vez mais o âmbito das meras relações externas e entre os Estados e penetra cada vez mais, em quaisquer matérias. Em nível interno, assume tarefas de regulamentação e de solução de problemas, como a saúde, o trabalho, o ambiente etc. Em segundo lugar, essa funcionalização acompanha a criação de organismos internacionais capazes

¹⁶³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direito internacional público. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 56

¹⁶⁴ SMOUTS, Marie Claude. As Novas Relações Internacionais. Editora UnB: Brasília, 2004, p. 133.

¹⁶⁵ Idem.

de permitir essa solução, uma espécie de ministérios internacionais que fazem o complemento dos ministérios nacionais.

Essa tomada de consciência da interdisciplinaridade produz efeitos sensíveis nos métodos de elaboração do direito. O processo de codificação organizado pela Carta pareceu adaptar-se bem durante cerca de vinte anos a uma diligência com tônica jurídica. Na perspectiva atual, revela-se insuficientemente dinâmico. Em matéria econômica, relativamente ao direito do mar, como em relação ao direito do ambiente, os Estados preferem fixar certo número de princípios gerais. Essa abordagem apresenta alguns traços característicos.

Os Estados, mais conscientes das implicações das suas escolhas, hesitam em tornar vinculativas as regras de base e em comprometerem-se a respeitá-las. Atitude particularmente evidente a respeito dos compromissos de caráter financeiro, tais como os de assistência aos países subdesenvolvidos ou à regulamentação monetária internacional.

É também uma atitude de alcance muito mais geral, pois devem adaptar-se a realidades em permanente mutação. As regras do direito internacional da economia não apresentam, em geral, o rigor, menos ainda a rigidez, das normas que regulam domínios mais tradicionais. Mais maleáveis e mais fluidas, tais normas são preferencialmente redigidas no condicional e constituem mais recomendações do que ordens e descrevem antes objetivos desejáveis do que obrigações de resultado ou de comportamento ¹⁶⁶.

¹⁶⁶ HELD, David, A democracia, o Estado nação e o sistema global, Revista Lua Nova, n. 23, p. 145-194, mar. São Paulo : CEDEC, 1991. p. 162

Aliada a isso, a revolução tecnológica trouxe novos elementos e novos objetos de disciplinamento normativo, e um novo olhar sobre estes direitos, ampliando a leitura do conceito de direito fundamental para abraçar a proteção ao meio ambiente, ao patrimônio genético e cultural, à democracia e aos novos direitos especialmente no campo das biotecnologias o biodireito.

e) **humanização** - O Direito Internacional torna-se, também, um Direito Internacional dos Direitos do Homem. A soberania do Estado não pode prevalecer contra os direitos fundamentais da pessoa humana.

A consubstanciação no plano internacional dos Direitos Humanos é resultado de uma longa e lenta evolução da concepção do pensamento teleológico do próprio Direito que, ao longo de séculos de evolução de ideias, acabou por conceber como núcleo das relações jurídicas os direitos fundamentais¹⁶⁷, como direitos universais afetos a toda humanidade, o que ocorreu a partir de sua inserção no plano internacional.¹⁶⁸

O movimento de internacionalização dos direitos humanos não ocorreu ao acaso da história, mas por necessidade da redefinição de princípios que moldassem e fossem a premissa ideológica da sociedade internacional após a Segunda Grande Guerra Mundial.

É neste contexto que Flávia Piovesan assevera:

¹⁶⁷ Norberto BOBBIO ensina que: “a afirmação dos direitos humanos é ao mesmo tempo universal e positiva. Universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens e positiva no sentido de que põe em movimentos um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado.” BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, 11. ed. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 30

¹⁶⁸ ALVES. José Augusto Lindgren. A arquitetura internacional dos direitos humanos, p. 323

[...] se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Se a 2ª Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução.¹⁶⁹

Os Direitos Humanos internacionais fortalecem e ampliam o conceito dos direitos individuais, a partir de uma perspectiva de retomada do pensamento humanista em detrimento de uma visão imitada dada pelo sistema privado, redimensionando assim seu objeto e conceito. A dignidade da pessoa humana é elevada a conceito universalizado pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Ingo Wolfgang Sarlet bem define a dignidade da pessoa humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.¹⁷⁰

Outro aspecto relevante que surge em consequência da internacionalização dos direitos humanos é a consolidação da ideia de que o indivíduo é sujeito de direito no plano internacional, motivo pelo qual deve ter seus direitos tutelados nessa esfera.

¹⁶⁹ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 116- 118

¹⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p 60.

O caráter mais humano que passou a caracterizar o Direito Internacional ao longo do tempo concebe também o indivíduo como sujeito de direito, dotado de capacidade postulatória e acesso à jurisdição internacional, a fim de fazer valer os seus direitos, inclusive contra o próprio Estado.¹⁷¹

O valor contido na dignidade da pessoa humana como fundamento do Direito contemporâneo torna-se internacionalmente reconhecido, sendo inafastável, não podendo inclusive ser renunciado, porque consiste no respeito à integridade do homem e deve sempre ser levado em conta por constituir a essência e o fim maior do Estado Democrático de Direito.

f) **objetivação** - a superação do dogma voluntarista, a vontade dos Estados é cada vez de menor importância perante a função objetiva das normas do Direito Internacional.

Nesse sentido, Piovesan explica que isso se insere dentro de uma perspectiva de constitucionalismo global, que se destina a tutelar os direitos fundamentais, limitando o poder estatal, através da existência de mecanismos internacionais de proteção de tais direitos¹⁷².

Contata-se, portanto, que as transformações ocorridas no cenário internacional, tanto em razão do processo de globalização, quanto das consequências da Segunda Guerra Mundial, promoveram uma crise no modelo voluntarista de Direito Internacional. Isso porque referido modelo não se mostra mais

¹⁷¹ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006

¹⁷² Idem.

apto a oferecer repostas efetivas para as questões surgidas na sociedade internacional contemporânea.¹⁷³

A violação de direitos humanos passa a ter, portanto, contornos de internacionalidade, de forma que toda a sociedade internacional passa a ser responsável pela proteção do homem e pela garantia de sua dignidade. Logo, o eventual país violador de direitos humanos não poderá invocar a plena soberania de seus atos, ainda que eles sejam circunscritos ao seu território.

A busca pelo desenvolvimento do Direito Internacional contemporâneo pauta-se por uma consciência jurídica de comunidade universal, ou, como propõe Cançado Trindade, em uma identificação e realização de valores e metas comuns superiores, os quais constituiriam um novo *jus gentium*.¹⁷⁴

Com essa definição respeita-se o aspecto político que limita o cenário internacional, representado, sobretudo pela soberania estatal; consagrada na fórmula acima na ideia de consenso; mas, ao mesmo tempo, destaca-se o aspecto de valores compartilhados e objetivos comuns, acrescentando-se uma dimensão axiológica ao Direito Internacional.

g) **codificação** Concretiza-se, assim, progressivamente, a noção de responsabilidade comum dos Estados em relação à comunidade internacional, traduzida em instrumentos jurídicos de caráter executórios e instâncias internacionais de solução de conflitos.

A codificação do direito internacional iniciou após o final da segunda guerra mundial, representando um grande avanço nas questões que ultrapassam as

¹⁷³ MENEZES, Wagner. *Ordem Global e Transnormatividade*. Ijuí: Unijuí, 2005

¹⁷⁴ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006

fronteiras nacionais, porém um pouco antes, em Haia, a primeira conferência de codificação do direito internacional, colocou em pauta três pontos: conflito de nacionalidade, águas territoriais e responsabilidade por danos a bens de estrangeiros.

O objetivo de codificação do Direito Internacional, transformando todas as regras em escritas, sistematizando-as e classificando-as, apesar de ter sido incrementado no século passado, teve sua gênese no século XVIII, com Bentham, que pregava a codificação como garantia da estabilidade legal da sociedade internacional. Mas, o início da efetivação dessa sistematização teve sua expressão com a Paz de Westfália, datada de 1648, que marcou o término da Guerra dos Trinta Anos, e a primeira iniciativa dos Estados Europeus deliberarem em conjunto.¹⁷⁵

Na evolução da codificação do Direito Internacional há que se mencionar a criação do *congress system*, que viabilizou a celebração de muitos tratados em congressos ou conferências internacionais sobre temas de destaque na agenda internacional. Desta forma, as Conferências de Haia, as Convenções de Genebra, as Conferências de Viena, e várias outras convenções sobre assuntos científicos e tecnológicos e sobre o meio ambiente, foram realizadas visando adequar o direito internacional às mudanças no campo científico e tecnológico, bem como a necessidade de atender à preservação do meio ambiente. Criou-se uma teia de atos normativos que vinculam aos Estados nos mais variados assuntos, de forma sistemática e positivada.

¹⁷⁵ Jo, Hee Moon. Introdução ao Direito Internacional, ed. LTr.. 5ªed., São Paulo.2000. p. 154

O resultado da evolução do direito internacional nesta direção traduzir-se-ia no reconhecimento de uma hierarquia das normas e na extensão do conceito de crime internacional a todas as violações graves das normas superiores (agressão, dominação colonial, genocídio, poluição maciça da atmosfera e dos mares). Porém, os Estados hesitam ainda em comprometer-se nesta via, a qual consagraria um recuo bastante nítido do interestatismo¹⁷⁶.

h) **jurisdicionalização** - o Direito Internacional dota-se de tribunais de variada natureza para resolverem as mais variadas questões. O Direito Internacional procura superar os regimes de cláusula facultativa, tende a evoluir para impor a jurisdição obrigatória.

De toda forma, verifica-se que o Direito Internacional contemporâneo reflete alguns objetivos e valores compartilhados, que, embora não estabeleçam um sistema axiológico uníssono e completo, permite, ao menos, dizer que há uma sociedade internacional em construção. São exemplos que ilustram tal afirmação às normas de jus cogens¹⁷⁷ e a primazia da teoria do constitucionalismo sobre a teoria da fragmentação internacional.

O significativo aumento do número de cortes e tribunais internacionais, ocorrido nos últimos quinze anos, é provavelmente o indicador mais latente do movimento de expansão não uniforme do Direito Internacional.

¹⁷⁶ Visto que o Direito Internacional coloca à disposição dos governos meios processuais... ele representa para a manutenção da paz uma utilidade certa, na medida que os interessados estiverem dispostos a recorrer a ele. *Ibidem*.

¹⁷⁷ Apesar de alguns Estados, entre eles o Brasil, refutarem a própria noção de jus cogens, estas normas (ou a existência das mesmas) já se encontra consolidada na doutrina e na jurisprudência internacional como será objeto de análise no capítulo próprio.

A magnitude desse fenômeno é atestada, por exemplo, quando se percebe que, apesar de existirem há mais de um século, sessenta e três por cento de toda a atividade das cortes internacionais ocorreu nos últimos doze anos.¹⁷⁸

Percebe-se ao longo da segunda metade do século XX e início do século XXI, que a jurisdicionalização do Direito Internacional ocorreu de forma heterogênea, tendo efeitos desproporcionais sobre as diversas áreas do direito e das relações internacionais.

Pode-se indicar, a título exemplificativo, que o Direito do Comércio Internacional tem sido um campo particularmente fértil para essas instituições, o que também ocorre com os Direitos Humanos e com o Direito Internacional Penal. O mesmo movimento não é percebido, contudo, em relação à área financeira e monetária, às questões envolvendo segurança, fluxos de migração, dentre outros.

Nesse sentido, destaca Cesare Romano:

“A jurisdicionalização não uniforme das relações internacionais é inevitável, dado o fato de que a comunidade internacional é composta por entes soberanos que não reconhecem autoridades superiores ipso facto. (...) O Direito Internacional sempre manterá um nível considerável de unidade no nível normativo, mas será sempre fracionado no que se refere às suas instituições de governança, uma vez que poder e legitimidade no nível internacional são fragmentados e distribuídos em meio a um grande número de Estados e, mais recentemente, entidades supranacionais. Se não há, portanto, nenhuma forma de evitar o pluralismo e a fragmentação, então surge a questão se esse „não sistema“ judicial pode continuar

¹⁷⁸ ALTER, Karen J., International Legal Systems, Regime Design and the Shadow of International Law in International Relations. Paper presented at the American Political Science Association Conference, Boston, MA, 2002

na fronteira entre a utopia de um „estado universal“ e a autodestruição sob o peso de suas próprias contradições.¹⁷⁹

Como qualquer outro arranjo normativo desenvolvido no seio da Sociedade Internacional, a criação de Cortes e Tribunais internacionais é condicionada pela ação e vontade dos Estados. Há vários Estados, como exemplificativamente, Irã, Coreia do Norte e Vietnã, que relutam a se vincular as cortes ou tribunais nos quais ele poderá ser julgado independentemente de uma manifestação volitiva específica para um determinado caso.

O título exemplificativo, basta lembrar que apenas 24 dos membros da OEA (de um total de 35) aceitam a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)¹⁸⁰; que noventa membros da ONU ainda não ratificaram o estatuto do Tribunal Penal Internacional (TPI)¹⁸¹; e que não há nenhuma corte internacional na Ásia¹⁸². O consentimento é, portanto, elemento essencial para que se compreenda a dinâmica da jurisdicionalização.

Especificamente sobre a jurisdicionalização e os reflexos da CIDH e CIJ sobre o sistema jurídico brasileiro será objeto de análise em capítulo próprio.

¹⁷⁹ ROMANO, Cesare P.R., *The Shift from the Consensual to the Compulsory Paradigm in International Adjudication: Elements for a Theory of consent*, 2007, p. 797, nota de rodapé 19, tradução livre do autor.

¹⁸⁰ <http://www.oas.org/juridico/english/sigs/b-32.html> (última visita em 02/07/2015).

¹⁸¹ <http://www.untreaty.un.org/ENGLISH/bible/englishinternetbible/partI/chapterXVIII/treaty11.asp> (última visita em 02/07/2015).

¹⁸² Para um chinês, por exemplo, a proteção dos Direitos Humanos por um tribunal internacional é uma opção que não se coloca.

2.3 Os posicionamentos do STF na aplicação de tratados internacionais de direitos humanos no período de 2005 a 2015 – análise dos principais posicionamentos.

Desde o seu preâmbulo a constituição busca a construção de um estado democrático de Direito *destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade à segurança o bem-estar, o desenvolvimento a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.*

Estabelece pontualmente que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e fundamenta-se, dentre outros, nos princípios da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Para José Joaquim Gomes Canotilho, a juridicidade, a Constitucionalidade e os Direitos Fundamentais são as três dimensões fundamentais do princípio do Estado de Direito.¹⁸³

De modo geral, embora não estejam vinculadas a um processo rígido de conclusão, as convenções internacionais obedecem a determinados parâmetros fixados pelas normas costumeiras, as quais, em relevante medida, encontram-se previstas nas Convenções de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 e 1986.¹⁸⁴

¹⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 3. ed. Coimbra:Livraria Almedina, p.357

¹⁸⁴ DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. Direito Internacional Público. Trad. Vitor Marques Coelho. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 120

A Constituição da República Federativa do Brasil não estabelece de forma expressa qual é a relação entre o direito interno e o Direito Internacional. Não existe nenhuma cláusula que estabeleça sequer que o Brasil aceita ou reconhece o Direito Internacional. Tudo o que se tem são indícios dessa relação que podem ser observados em alguns artigos.

A única ressalva são os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos já ratificados que, por disposição do art. 5º, § 2º da Constituição da República, são materialmente constitucionais e que pelo § 3º do mesmo artigo pode ser formalmente constitucionais¹⁸⁵.

Os Estados são responsáveis por manter um sistema interno de integração “das normas internacionais por ele(s) mesmo(s) subscritas”¹⁸⁶. Esse sistema, no caso do Brasil, é parcialmente regulado na Constituição da República e envolve a competência dos poderes constituídos para celebrar tratados e a sistemática de incorporação dos mesmos no ordenamento interno. Trata-se de um sistema de colaboração complexo entre os poderes Executivo e Legislativo¹⁸⁷.

Dois são os artigos da Constituição que indicam como é o processo de incorporação dos tratados no direito pátrio, são eles o art. 84 e o art. 49. A disposição do art. 49 diz competir exclusivamente ao Congresso “resolver definitivamente sobre tratados” só é válida quando o tratado é rejeitado. Se ele for aprovado, serão necessários ainda mais dois passos para que o tratado passe a ter

¹⁸⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 4 ed, p. 86.

¹⁸⁶ Ibidem. p. 295

¹⁸⁷ A participação do Poder Legislativo no processo de celebração de tratados internacionais começa a ser realidade no final do século XVIII, aparecendo pela primeira vez nas Constituições dos Estados Unidos (1787) e da França (1791), em um claro afastamento ao regime monárquico que vigorou até então, no qual o poder de celebrar tratados era atribuição exclusiva do Rei. Ver BONAVIDES, Paulo. *Comentários à Constituição Federal de 1988*, Rio e Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 1100

vigor interno: a ratificação por parte do Presidente, com conseqüente promulgação executiva, e a entrada em vigor no Direito Internacional.

O ato do Legislativo apenas autoriza a ratificação do tratado¹⁸⁸, não obriga que a mesma aconteça. Nas palavras de José Afonso da Silva, trata-se de um “ato-condição para a ratificação e promulgação do ato internacional pelo Poder executivo”¹⁸⁹. A ratificação só acontecerá por vontade discricionária do Chefe do Executivo em momento posterior. É até mesmo possível que depois de aprovado ele não o ratifique, por exemplo, por não ser mais do interesse do Estado fazê-lo por uma mudança conjuntural.

Fato é que o tratado passa a vigorar para o Brasil não com Decreto Executivo e sim com a troca ou depósito dos instrumentos de ratificação. O próprio governo brasileiro reconhece isso nos considerandos que vêm precedendo os decretos de promulgação dos tratados, nos quais consta a data desses atos como sendo a em que o tratado passou a vigorar no Brasil.

Uma vez ratificado o tratado, o Judiciário pode atuar. O STF, como guardião da Constituição, tem competência para decidir, mediante recurso extraordinário, sobre a inconstitucionalidade de tratados internacionais (Art. 102, III, b, CR). O STJ, por sua vez, tem competência para julgar recursos especiais acerca de decisão que contrarie ou negue vigência a tratados (Art. 105, III, a, CR) e aos Juízes Federais competentes julgar as “causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional”, e também “os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no

¹⁸⁸ XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 96

¹⁸⁹ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*, São Paulo: Malheiros editores, 2009, p.403

país, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente” (art. 109, III e V, CR). Fora esses casos de competência privativa, todos os juízes estão autorizados a utilizar tratados internacionais em suas decisões.

No momento da aplicação dos tratados é que é possível verificar qual hierarquia destes no ordenamento interno, sendo este um ponto bastante controvertido tanto em âmbito jurisprudencial quanto doutrinário.

O Estado também deve adotar medidas destinadas a adaptar a ordem jurídica interna para o cumprimento tratado, caso o mesmo tenha sido aprovado pela autoridade interna competente. Ressalta-se, ainda, que essas modificações devem ser feitas antes da ratificação do tratado, a qual marca o início da vigência internacional da convenção, dando ao Estado o status de parte e vinculando-o ao cumprimento de suas disposições.

Há quatro possíveis níveis hierárquicos que se pode atribuir aos tratados e convenções internacionais: 1) hierarquia supraconstitucional; 2) hierarquia constitucional; 3) hierarquia infraconstitucional, mas supralegal; 4) paridade hierárquica entre tratado e lei federal.

Antes de 1977, o STF posicionava-se no sentido da primazia do tratado internacional quando em conflito com norma infraconstitucional. Com efeito, Philadelpho Azevedo, então Ministro da Excelsa Corte, publicou, em 1945, comentário em que demonstrava a convicção unânime da Suprema Corte, àquela época, quanto à prevalência dos tratados internacionais sobre o direito interno infraconstitucional¹⁰. Tal situação, contudo, não prevaleceu após o julgamento do RE 80.004-SE, em 1977.

O Brasil, desde 1977 até final de 2008, enquadrava-se na corrente que atribui paridade hierárquica entre tratados/convenções internacionais e a lei federal, corrente esta conhecida como monismo nacionalista moderado.

A posição do STF modificou-se somente no fim do ano de 2008, no julgamento do já citado Recurso Extraordinário nº 466.343. Nele, o Supremo entendeu, por maioria de votos, que os tratados internacionais de direitos humanos possuem *status* de supralegalidade.

E ainda, após a Emenda Constitucional nº 45/2004, que inseriu o §3º ao artigo 5º da Constituição Federal (“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”), o posicionamento do STF alterou-se sobremaneira.

Assim, o *status* de supralegalidade atualmente conferido aos tratados internacionais de direitos humanos (abaixo da Constituição, mas acima das leis ordinárias), e o *status* constitucional conferido aos tratados que forem aprovados segundo o rito do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal, representam um avanço na posição da Suprema Corte.

2.3.1 Recurso Extraordinário 80.004 – teoria paritária

O Supremo Tribunal Federal, desde o final dos anos setenta, por meio do Recurso Extraordinário nº 80.004, em 1977, posicionou-se em acolher o sistema paritário que equipara juridicamente o tratado internacional à lei ordinária federal. De tal decisão detrai-se que ocorrendo a ausência de uma norma

constitucional que atribua prevalência ao tratado internacional sobre a lei interna, deve-se dar valor ao entendimento firmado no Poder legislativo.

De tal sorte que as normas constitucionais que conflitassem com disposições do pacto internacional prevaleceriam *a priori*, além do que eventuais conflitos entre normas internacionais e normas internas ordinárias seriam resolvidos por meio das regras da temporalidade (*lex posterior derogat priori*) e da especificidade (*lex posterior generalis non derogat priori specialis*).

O sistema paritário encontra justificativa na interpretação da alínea “b”, inciso III, do art. 102 da Constituição Federal, em que está disposto que compete ao STF, julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida “declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”. Assim, a interpretação é no sentido de que a conjunção alternativa “ou” tornou claro o entendimento de que lei infraconstitucional e tratado encontram-se num mesmo patamar hierárquico.

Este entendimento foi consagrado no precedente do julgado por ocasião do R. Extraordinário 80.004, de 1977, retromencionado:

Convenção de Genebra, lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias - aval aposto a nota promissória não registrada no prazo legal - impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do decreto-lei nº 427, de 22.01.1969. 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 institui o registro obrigatório da nota promissória em repartição fazendária, sob pena de nulidade do título. Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida

a nulidade do título cambial a que foi apostado. Recurso extraordinário conhecido e provido.¹⁹⁰

Nota-se que tal compreensão, vigorou no Brasil por cerca de trinta anos e, nitidamente inadequado do STF, deu-se também pelo fato dos tratados internacionais serem recepcionados no âmbito interno por meio de Decretos Legislativos sendo que, em uma interpretação restrita e desatenta aos postulados de ampla proteção aos direitos humanos, deu-se a essas convenções internacionais *status* de mera lei ordinária.

Salienta, ainda Francisco Resek:

De setembro de 1975 a junho de 1977 estendeu-se, no plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do RE 80.004, em que ficou assentada, por maioria, a tese de que, ante a realidade do conflito entre tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano deve ter sua prevalência garantida pela Justiça – sem embargo das consequências do descumprimento do tratado, no plano internacional.¹⁹¹

O posicionamento do Brasil, em matéria de tratados internacionais, congrega mesmo algumas peculiaridades, pois, contraditoriamente a esse julgado que finalizou em 1977, o STF tinha posição pelo primado do direito internacional, o que revela um entendimento tradicionalmente cambiante do órgão supremo do Judiciário no país em relação ao tema da recepção dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica interna.¹⁹²

¹⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF , Relator: Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, Data de Julgamento: 01/06/1977, Tribunal Pleno

¹⁹¹ REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 1991, p.106.

¹⁹² PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p 124.

Em 1995, posteriormente a Constituição Federal de 1988, o STF reiterou o entendimento de pareamento hierárquico do tratado internacional de direitos humanos e da lei federal, ao se deparar com o conflito entre a prisão civil por dívida do depositário infiel e o artigo 7º, VII, da CADH, que permite a prisão civil por dívida somente no caso do devedor de alimentos. Em sede de *habeas corpus* (HC 72.131-RJ), o Supremo consignou que:

(...) a circunstância do Brasil haver aderido ao Pacto de São José da Costa Rica – cuja posição, no plano da hierarquia das fontes jurídicas, situa-se no mesmo nível de eficácia e autoridade das leis ordinárias internas – não impede que o Congresso Nacional, em tema de prisão civil por dívida, aprove legislação comum instituidora desse meio excepcional de coerção processual.¹⁹³

A crítica principal à paridade normativa instaurada após o julgamento do RE 80.004-SE se funda nas consequências danosas que o descumprimento do tratado, com a chancela do STF, traz para o Estado no plano internacional, revelando um desrespeito e desconsideração em relação aos acordos feitos voluntariamente com os demais Estados contraentes.

Nesse diapasão, nota-se a lição de Flávia Piovesan:

Acredita-se que o entendimento firmado a partir do julgamento do Recurso Extraordinário 80.004 enseja, de fato, um aspecto crítico, que é a sua indiferença às consequências do descumprimento do tratado no plano internacional, na medida em que autoriza o Estado parte a violar dispositivos da ordem internacional – os quais se comprometeu a cumprir de boa-fé. Esta posição afronta, ademais, o disposto pelo art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que determina não poder o Estado parte invocar posteriormente disposições de direito interno como justificativa para o não cumprimento de tratado. Tal dispositivo reitera a importância, na esfera internacional, do princípio da boa-fé, pelo

¹⁹³ Voto do Min. Celso de Mello no HC nº 72.131/RJ, BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF - HC: 72131 RJ , Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 23/11/1995, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 01-08-2003 PP-00103 EMENT VOL-02117-40 PP-08650.

qual cabe ao Estado conferir cumprimento às disposições de tratado, com o qual livremente consentiu.¹⁹⁴

Assim, após a aprovação do tratado pelo Congresso Nacional e a sua ratificação pelo Presidente da República, devem os três Poderes cumprir a parte que lhes cabe no processo, nomeadamente: ao Legislativo cabe aprovar as leis necessárias à concretização do tratado, abstendo-se de votar as que lhe sejam contrárias; ao Executivo fica a tarefa de bem e fielmente regulamentar os tratados e cumpri-los no que lhe competir; ao Judiciário, por sua vez, incumbe o papel de aplicar os tratados internamente, bem como as leis e os regulamentos que lhe dão concreitude, afastando-se da aplicação de leis nacionais que lhes sejam contrários.

2.3.2 Tratado versus constituição anterior - caso da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)

A Convenção nº 158 da OIT, sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, foi aprovada na 68ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra, 1982) e entrou em vigor no plano internacional em 23 de novembro de 1985.

Os 'Considerandos' da Convenção declaram que, desde a adoção da Recomendação nº 119, sobre o Término da Relação de Trabalho, de 1963, foram registradas importantes novidades na legislação e na prática de numerosos Estados-Membros relativas às questões que essa Recomendação abrange e que, em razão disso, foi oportuno adotar novas normas internacionais na matéria.¹⁹⁵

¹⁹⁴ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos ... op. Cit., p. 83-84

¹⁹⁵ SUSSEKIND, Arnaldo. Convenções da OIT e outros Tratados. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 453

A Convenção 158 esclarece que deverão ser previstas garantias adequadas contra o recurso a contratos de trabalho de duração determinada cujo objetivo seja o de iludir a proteção prevista pela Convenção.

O depósito da carta de ratificação, após regular trâmite de aprovação pelo Poder Legislativo (Decreto Legislativo nº 68/92), foi efetuado na Repartição Internacional do Trabalho (RIT) da OIT pelo Governo Brasileiro em 05 de janeiro de 1995. Em seguida, foi promulgada pelo Decreto nº 1.855, de 10 de abril de 1996. Meses após, em 23 de dezembro de 1996, o chefe do Poder Executivo denunciou unilateralmente a Convenção através da publicação do Decreto nº 2.100/96¹⁹⁶.

Em suma, a Convenção 158 veda as dispensas imotivadas, determinando que a despedida do empregado deva fundar-se numa causa justificada, seja relacionada com sua capacidade ou conduta, seja para preservar o adequado funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.

A polêmica em torno do texto da Convenção 158 diz respeito à sua constitucionalidade formal. A proteção da dispensa arbitrária, conforme posto, foi prevista no artigo 7º, I da Constituição Federal, que relegou a regulamentação da matéria à lei complementar.

Estabelece o artigo 7º, I, da Constituição Federal, como direito dos trabalhadores urbanos e rurais, a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da Lei complementar que prevê indenização compensatória, dentre outros direitos.

¹⁹⁶ SABINO, João Filipe Moreira Lacerda. Convenção n. 158 da OIT - Aspectos Polêmicos e Atuais. Revista LTr. Ano 76, nº 02, Fev., p. 179-187. São Paulo, 2012

Quando da promulgação da Convenção 158, a referida lei complementar ainda não tinha sido publicada e tampouco vigorava o parágrafo terceiro do art. 5º da Constituição Federal, acrescido pela Emenda Constitucional 45 de 08.12.2004, que estabeleceu em sua redação expressamente que 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.

Não obstante a polêmica em relação aos prazos, a Convenção 158 é considerada por grande parte da doutrina como tratado internacional de Direitos Humanos, e nesta qualidade incorpora-se à ordem jurídica nacional com status de norma constitucional, e por assegurar direitos fundamentais, é considerada verdadeira cláusula pétrea e, portanto, não poderia ser denunciada através de ato único do Presidente da República (Decreto 2.100/1996). Logo, a denúncia foi absolutamente irregular.

Dado a possível (ir)regularidade do trâmite e a (in)validade da denúncia e a questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal¹⁹⁷, na Ação Direita Inconstitucionalidade – ADI nº 1.480-3 / Distrito Federal, de 04 de setembro de 1997, que decidiu:

Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regulamentemente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional, meta relação de paridade normativa. Precedentes.¹⁹⁸

¹⁹⁷ ADI 1625-DF e ADI 1480-DF

¹⁹⁸ Trecho extraído do voto do Relator Ministro Celso de Mello no julgamento da ADI nº 1.480-3 / Distrito Federal, de 04/09/1997

Afirmou o ministro Celso Mello que não obstante a controvérsia doutrinária em torno do dualismo e do monismo, e da internalização dos tratados internacionais, aprovada a Convenção 158 pelo Congresso Nacional e regularmente promulgada, suas normas gozam de aplicação imediata, mesmo porque o interprocedimental de incorporação da Convenção à ordem positiva interna do Brasil já se concluiu; eis que além de sua aprovação definitiva Pelo Congresso Nacional, sobreveio, a par da ratificação, a promulgação do texto convencional pelo Presidente da República através do Decreto 1.855 de 1996.

Não obstante a controvérsia doutrinária em torno do monismo e do dualismo tenha sido qualificada por CHARLES ROUSSEAU (“Droit International Public Approfondi”, p. 3/16, 1958, Dalloz, Paris), no plano do direito internacional público, como mera “discussion d’école”, torna-se necessário reconhecer que o mecanismo de recepção, tal como disciplinado pela Carta Política brasileira, constitui a mais eloquente atestação de que a norma internacional não dispõe, por autoridade própria, de exequibilidade e de operatividade imediatas no âmbito interno, pois, para tornar-se eficaz e aplicável na esfera doméstica do Estado brasileiro, depende, essencialmente, de um processo de integração normativa que se acha delineado, em seus aspectos básicos, na própria Constituição da República (LGL\1988\3).

Posteriormente, a Suprema Corte, por maioria, concedeu a medida liminar requerida, suspendendo a eficácia desses diplomas normativos até o julgamento final da ADIn.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Liminar– Arguição de inconstitucionalidade com o objetivo de questionar a validade jurídico-constitucional do Decreto Legislativo 68/92 que aprovou a Convenção 158 da OIT – Legitimidade da convenção internacional desde que observada a interpretação conforme fixada pelo Supremo Tribunal Federal – Deferimento parcial do pedido de medida cautelar, desconsiderando, entretanto, o caráter meramente programático do texto normativo impugnado.

Entretanto, em 20 de dezembro de 1996, foi editado o Decreto n. 2.100, para tornar público o registro da denúncia da Convenção efetuado pelo Brasil junto à OIT, em 20 de novembro do mesmo ano. O referido diploma mencionava que, a partir de 20 de novembro de 1997, isto é, um ano após o registro da denúncia, a Convenção n. 158 não estaria mais em vigor no País, consoante previsto pelo art. 17, parágrafo 1, desse tratado. Em razão dessa denúncia, o Supremo Tribunal Federal julgou extinta a ADIn pela “perda superveniente de seu objeto”.

Sequencialmente, a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura (CONTAG) em conjunto com a Central Única dos Trabalhadores, ajuizou em 1997 a ADI 1625, impugnando o Decreto 2100, de 1996, alegando a sua inconstitucionalidade, uma vez que só o Congresso Nacional, que aprovou a Convenção, poderia autorizar a denúncia, procedida pelo Poder Executivo. (artigo 49, I, da CF).¹⁹⁹

(Petição 151.432/2008): A Confederação Nacional da Indústria – CNI - e a Confederação Nacional do Sistema Financeiro – CONSIF pedem, com fundamento no § 2º do art. 7º da Lei nº 9.868/99, admissão na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, na qualidade de amici curiae. A Lei nº 9.868/99, no art. 7º, § 2º, permite ao Relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, admitir, no prazo deferido para as informações das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado, manifestação de outros órgãos ou entidades. Neste caso, porém, verifico que o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.625 já se iniciou, tendo sido proferidos os votos do Relator, Ministro Maurício Corrêa, e dos Ministros Carlos Britto e Nelson Jobim. Atualmente, os autos se encontram com vista para o Ministro Joaquim Barbosa, estando prevista a retomada do julgamento na Sessão Plenária de amanhã, 29 de outubro. Patente, assim, a extemporaneidade do pedido. Analisando pedido

¹⁹⁹ ADI-1625 – (CUT/CONTAG), disponível no site do STF: www.stf.jus.br

semelhante nesta mesma ADI, a Ministra Ellen Gracie, então Presidente, negou ingresso à Confederação Nacional dos Metalúrgicos da Central Única dos Trabalhadores - CNMCUT como *amicus curiae* (DJ 17.9.2007), fazendo as seguintes considerações: “No presente caso, todavia, a petionária busca atuar formalmente no processo num momento do julgamento em curso em que já foram, como visto, prolatados em Plenário os votos de três integrantes desta Suprema Corte. Noto, ainda, que o signatário da presente petição é também, desde a propositura da referida ação direta, o patrono da requerente Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura – CONTAG. Entendo que o veto ao art. 7º, § 1º, da Lei 9.868/99 não pode representar uma completa ausência de limitação temporal à atividade do *amicus curiae*. Trazidos à Corte todos os dados advindos dos diversos canais formais e informais abertos no processamento do controle concentrado de normas (petição inicial, informações das autoridades requeridas, manifestação da AGU, parecer da PGR, arrazoados e estudos dos *amici curiae*, memoriais, perícias, audiências públicas e sustentações orais), chega o momento em que se faz necessária a manifestação decisória e fundamentada dos componentes do Tribunal, pondo-se à parte, nesse instante, a dialética travada pelos grupos que defenderam ou que se opuseram ao ato normativo questionado. Obviamente, sempre será possível contrapor argumentos, razoáveis ou não, após cada fundamento lançado nos votos dos membros do Tribunal. Entretanto, cabe a essa Corte a responsabilidade de chegar a uma decisão final, que deve ser naturalmente obtida por meio da discussão entre seus pares e do pronunciamento último de cada um deles. Nessa mesma direção, o Plenário deste Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de dispositivo do Estatuto da Advocacia que previa a possibilidade de realização de sustentação oral após o voto do relator, por ofensa aos princípios do contraditório e do devido processo legal (ADI 1.105 e ADI 1.127, rel. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, julg. em 17.05.06, Informativo STF nº 427).” Ressalte-se que o indeferimento do pedido não impedirá que as razões deduzidas sejam devidamente consideradas no julgamento da causa. Nesses termos, indefiro o pedido de intervenção no processo, na qualidade de *amici curiae*, formulado pela Confederação Nacional da Indústria – CNI e pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro – CONSIF. Junte-se por linha a Petição 151.432/2008. Int..Brasília, 28 de outubro de 2008. Ministro CEZAR PELUSO Vice-Presidente (RISTF, art. 37, I)²⁰⁰

No mérito, o relator, ministro Maurício Corrêa considerou a imprescindibilidade da intervenção do parlamento nos casos de denúncia unilateral

²⁰⁰ (STF - ADI: 1625 UF , Relator: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 28/10/2008, Data de Publicação: DJe-211 DIVULG 06/11/2008 PUBLIC 07/11/2008)

de tratados. Em sua visão, a competência outorgada ao Congresso Nacional para resolver definitivamente sobre tratados:

” incluiria não apenas “(...) a faculdade de aprovar e autorizar a sua incorporação ao direito nacional, mas, da mesma forma, decidir acerca de sua exclusão...”.

Assim, somente outra norma da mesma hierarquia poderia retirar do ordenamento jurídico brasileiro os tratados, pois, em caso contrário, conceder-se-ia ao Presidente da República a prerrogativa de derrogar, sem o aval do Poder Legislativo, ato normativo com força de lei, por esse último, aprovado.

2.3.3 Tratado versus lei posterior – conflito do Pacto são José da Costa Rica

Correspondendo a um movimento internacional de humanização e proteção dos direitos humanos, a Constituição de 1988 elegeu a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos como princípios fundamentais da República. No tangente à abertura do sistema jurídico nacional ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, a Constituição estabeleceu em seu parágrafo 2º do art. 5º uma inovação importante:

§ 2º - 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.

Desta forma, o Diploma Constitucional de 88 passou a reconhecer, neste âmbito, uma dupla frente normativa, ou seja, aquela advinda do direito interno, presente nos direitos expressos e implícitos na Constituição, e aquela advinda do

Direito Internacional, fruto de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte²⁰¹.

A compreensão da amplitude de tal dispositivo, porém, nunca foi pacífica entre a doutrina e a jurisprudência brasileira. Para grande parte dos doutrinadores, a interpretação do parágrafo 2º levava à conclusão do caráter materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos ao observar-se o contexto internacional de expansão da proteção dos direitos humanos²⁰².

Nesse sentido, a dualidade de fontes que proporciona a completude do sistema de proteção aos direitos humanos significaria que, em caso de conflito, aplicar-se-ia o princípio *pro homine*, ou seja, aplicar-se-ia a norma - ou mesmo ambas as normas conflitantes - naquilo que for mais favorável à pessoa protegida, sem que seja necessário recorrer aos princípios tradicionais de solução de conflitos (hierarquia, especialidade e cronologia).

Tentando solucionar estes problemas e uniformizar a matéria, iniciou-se o desenvolvimento de um entendimento diferenciado no Supremo Tribunal Federal com o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, de março 2000.

No Recurso Ordinário em Habeas Corpus 79.785-RJ, ao analisar um suposto conflito entre a Constituição brasileira e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CADH) no que tange à prisão civil do depositário infiel, o Ministro defende que deve ser feita uma interpretação da Convenção:

²⁰¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 4 ed, p.765

²⁰² VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Os tratados na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, in. *Revista de Informação Legislativa*, Ano 41, nº 162, Brasília: Senado Federal, pp. 38-39;

“à luz de nosso ordenamento constitucional e seus princípios” e que “a soberania jurídica nacional não sobre qualquer dano com a aplicação do disposto na CADH, muito pelo contrário, caminha na estrada do moderno direito penal mundial”.²⁰³

Nesse sentido, Sepúlveda Pertence conclui, pela primeira vez no âmbito do STF, que embora não tenha ainda “certezas amadurecidas”, aproxima-se mais do entendimento já defendido por doutrinadores como Antônio Augusto Cançado Trindade²⁰⁴ e Flávia Piovesan²⁰⁵ de aceitar a outorga de força supralegal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias nela presentes²⁰⁶.

Posteriormente, a defesa da supralegalidade dos tratados de direitos humanos é consolidada em dois votos importantes, o voto do Min. Gilmar Mendes, em novembro de 2006, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-SP, e o voto do Ministro Celso de Mello, em dezembro de 2008, no julgamento do Habeas Corpus 87.585-TO.²⁰⁷

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, instituída pelo Pacto de São José da Costa Rica, a que o Brasil aderiu em 25 de setembro de 1992,

²⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 79.785-RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence

²⁰⁴ Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção de direitos humanos no plano internacional e nacional, em Arquivos de Direitos Humanos, 2000, p. 43.

²⁰⁵ PIOVESAN, Flávia A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm>. Acessado em 30 de agosto de 2014.

²⁰⁶ PERTENCE, Sepúlveda. Voto do ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do Recurso em Habeas Corpus RHC 79785RJ, Supremo Tribunal Federal, p.22. disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=46582>. Acessado em 30 de agosto de 2014.

²⁰⁷ MENDES, Gilmar. Voto do ministro Gilmar Mendes no julgamento do Recurso Extraordinário RE 466.343-SP, Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acessado em 30 de agosto de 2014.

foi incorporada ao sistema de direito positivo interno brasileiro pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, e que, editado pelo Presidente da República, formalmente consubstanciou a promulgação desse importante ato internacional. Essa Convenção internacional – reiterando os grandes princípios generosamente proclamados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e pela Carta da Organização dos Estados Americanos – reafirmou o propósito dos Estados americanos de fazerem consolidar, neste Continente, “dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do Homem”. Naquela ocasião, o Min. Gilmar Mendes entende que não existiria mais base legal para prisão civil do depositário infiel uma vez que:

(...) o caráter especial desses diplomas internacionais de direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna²⁰⁸.

Esta foi a primeira vez em que se afirmou expressamente o caráter supralegal desses tratados. Finalmente, em 2008 o Min. Celso de Mello reitera o caráter supralegal dos mesmos citando o voto do Ministro Gilmar Mendes e ressalta:

O Pacto de São José da Costa Rica constitui instrumento normativo destinado a desempenhar um papel de extremo relevo no âmbito do sistema interamericano de proteção aos direitos básicos da pessoa humana, qualificando-se, sob tal perspectiva, como peça

²⁰⁸ MENDES, Gilmar. Voto do ministro Gilmar Mendes no julgamento do Recurso Extraordinário RE 466.347-SP, Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acessado em 30 de agosto de 2014, p. 86

complementar no processo de tutela das liberdades públicas fundamentais.²⁰⁹

Embora a ideia da supralegalidade represente um passo importante no desenvolvimento do entendimento da relação entre Direito Internacional e direito interno, a proposta ainda não foi capaz de solucionar os problemas advindos do parágrafo 3º do art. 5º. Como explicita Valério de Oliveira Mazzuoli:

A tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos não aprovados por maioria qualificada peca por desigualar tais instrumentos em detrimento daqueles internalizados pela dita maioria, criando uma duplicidade de regimes jurídicos imprópria para o atual sistema de proteção de direitos.²¹⁰

Nesse sentido, o problema da criação de diferentes categorias para tratados que possuem os mesmos fundamentos de validade perdura.

A respeito dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente à EC/45, Ingo Wolfgang Sarlet considera que estamos diante de um falso problema, visto que, a disposição introduzida pela EC/45 pode ser compreendida como reforçando o entendimento de que os tratados anteriores, já por força do art. 5º, §2º da CF, possuem hierarquia materialmente constitucional, sem falar na interpretação de que os tratados anteriores terem sido recepcionados como equivalentes às emendas constitucionais, nos termos do §3º do art. 5º, sendo certo que jurisprudência do Supremo Tribunal Federal deverá ser revista com a inclusão do §3º do art. 5º.²¹¹

²⁰⁹ MELLO, Celso. Voto do ministro Celso Mello no julgamento do HC 87585TO, /supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>. Acessado em 30 de agosto de 2014, p. 5

²¹⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso op. Cit.*, p. 341

²¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro Forense. 2007. p. 355

Afirma, ainda, que deve se privilegiar a exegese teleológica sistemática, que parte do princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais (art. 4º inc. II) e de modo especial da leitura conjugada do conteúdo normativo dos artigos 5º §2º e §3º da CF, art. 5º.

Para Sarlet há que se destacar a tese de que a inovação trazida pela reforma do Judiciário pode ser interpretada simplesmente como assegurando a hierarquia pelo menos materialmente constitucional jus fundamental a todos os direitos fundamentais (já que, uma vez incorporados, os direitos humanos passam também e acima de tudo a serem todos fundamentais e também formalmente constitucionais aos tratados incorporados pelo rito de emenda constitucional.).²¹²

Flávia Piovesan defende que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente ao mencionado parágrafo, ou seja, anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004, têm hierarquia constitucional, situando-se como normas material e formalmente constitucionais. Esse entendimento decorre de quatro argumentos: a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §2º e §3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, mas deve ao revés ser interpretado à luz do sistema constitucional; b) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; c) a necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos de ordem jurídica, e d) a teoria geral da recepção do Direito Brasileiro.²¹³

Celso de Melo defendeu o seguinte:

²¹² Ibidem. p. 356

²¹³ PIOVESAN, Flavia. Direitos Humanos op. cit, p.73

“(…) Após longa reflexão sobre o tema, (...) julguei necessário reavaliar certas formulações e premissas teóricas que me conduziram a conferir aos tratados internacionais em geral (qualquer que fosse a matéria neles veiculados) posição juridicamente equivalentes à das leis ordinárias. As razões invocadas neste julgamento, no entanto convencem-me da necessidade de distinguir para efeito de definição de sua posição hierárquica em face do ordenamento positivo interno, entre as convenções internacionais sobre direitos humanos (revestidas de supralegalidade, como sustenta o eminente Ministro Gilmar Mendes, ou impregnadas de natureza constitucional, como me inclino a reconhecer) e tratados internacionais sobre as demais matérias (compreendidos estes numa estrita perspectiva de paridade normativa com leis ordinárias) (...) tenho pra mim que uma abordagem hermenêutica fundada em premissas axiológicas que dão significativo realce e expressão ao valor ético-jurídico – constitucionalmente consagrado (CF, art. 4º, II) da “prevalência dos direitos humanos” permitira, a esta Suprema Corte, rever a sua posição jurisprudencial quanto ao relevantíssimo papel, à influência e à eficácia (derrogatória e inibitória) das convenções internacionais sobre direitos humanos no plano doméstico e infraconstitucional do ordenamento positivo do Estado Brasileiro (...) Em decorrência dessa reforma constitucional e ressalvadas as hipóteses a ela anteriores (considerado quanto a estas, o disposto no art. §2º do art. 5º, da Constituição, tornou-se possível, agora atribuir formal e materialmente, às convenções internacionais sobre direitos humanos, hierarquia jurídico-constitucional, desde que observado, quanto ao processo de incorporação de tais convenções o “inter” procedimental concernente ao rito de apreciação e de aprovação das propostas de Emenda à Constituição, consoante prescreve o §3º do art. 5º, da Constituição, (...) é preciso ressaltar no entanto, como precedentemente já enfatizado, as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da EC 45/2004, pois quanto a elas incide o art. §2º do art. 5º, da Constituição, que lhes confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se submetam à noção mesma de bloco de constitucionalidade.²¹⁴

Pelo exposto, acredita-se que o Supremo Tribunal Federal, com o dispositivo do §3º do art. 5º da CF, vem a reconhecer de modo explícito a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, reconhecendo que o §2º do art. 5º, da Constituição coloca os tratados de direitos humanos ratificados

²¹⁴ STF. HC 87.585. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/component/archives-20%.pdf/view> . Acesso em: 02 mai. 2012

anteriormente à emenda 45/2004 no mesmo grau hierárquico de normas constitucionais.

2.3.4 Emenda 45/2004 no STF – hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos

Com o objetivo de solucionar o problema da interpretação do parágrafo 2º, a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004 inseriu no art. 5º o parágrafo 3º:

§ 3º 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.

Outro problema que surge da aplicação deste parágrafo relaciona-se com os tratados de direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda 45. Vários tratados importantes, como a Convenção Americana sobre Direito Humanos, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, perderiam - de acordo com o entendimento até então majoritário na doutrina – o caráter de norma constitucional caso não fossem agora aprovados pelo quórum qualificado.

A diferença entre os instrumentos incorporados através do § 2º ou do § 3º é que, no primeiro caso, o tratado é materialmente constitucional, ou seja, possui status de norma constitucional, embora formalmente figurem como norma supralegal; enquanto que, no segundo caso, além de materialmente constitucionais,

os tratados são também formalmente constitucionais, sendo incorporados como emendas constitucionais.²¹⁵

Na prática, esta interpretação possui três consequências para a aplicação deste tipo de tratado: (i) uma vez que possui status de emenda constitucional, todo texto constitucional conflitante com a norma será reformado, não importando se mais favorável, benéfico, ou não, ao homem do que as previsões constitucionais; (ii) não poderão os tratados serem denunciados²¹⁶ - mesmo por Projeto de Denúncia elaborado pelo Congresso Nacional – existindo a possibilidade de ser o presidente responsabilizado se o fizer (art. 85, III), uma vez que os tratados de direitos humanos ratificados são cláusulas pétreas, impossibilitando sua revogação; (iii) serão paradigma para o controle concentrado de convencionalidade, podendo invalidar erga omnes as normas infraconstitucionais com eles incompatíveis.²¹⁷

Isto posto, verifica-se que a Emenda 45 não conseguiu resolver a controvérsia de maneira satisfatória. Tendo em vista o entendimento anterior de que os tratados possuiriam natureza materialmente constitucional, teria andado melhor a Emenda se houvesse corroborado tal posicionamento em lugar de tentado contorná-lo. Vale ressaltar o posicionamento de Cançado Trindade quanto à Emenda 45, considerando-a:

(...) retrocesso provinciano [que] põe em risco a interrelação ou indivisibilidade dos direitos protegidos em nosso país (previstos nos tratados que o vinculam), ameaçando-os de fragmentação ou

²¹⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 4 ed, p. 780

²¹⁶ Com base no art. 60, §4º, IV, são cláusulas pétreas “os direitos e garantias individuais”, não podendo ser objeto de emenda tendente a aboli-los

²¹⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso op. Cit* p. 780-781

atomização, em favor dos excessos de um formalismo e hermetismo jurídicos eivados de obscurantismo (...). Os triunfalistas da recente Emenda Constitucional nº 45/2004 não se dão conta de que, do prisma do Direito Internacional, um tratado ratificado por um Estado o vincula ipso juri, aplicando-se de imediato, quer tenha ele previamente obtido aprovação parlamentar por maioria simples ou qualificada. Tais providências de ordem jurídica interna – ou, ainda menos, de interna corporis – são simples fatos do ponto de vista do ordenamento jurídico internacional, ou seja, são, do ponto de vista jurídico internacional, inteiramente irrelevantes. A responsabilidade internacional do Estado por violações comprovadas de direitos humanos permanece inatingível, independentemente dos malabarismos pseudo-jurídicos de certos publicistas (...), que nada mais fazem do que oferecer subterfúgios vazios aos Estados para tentar evadir-se de seus compromissos de proteção do ser humano no âmbito do contencioso internacional dos direitos humanos.²¹⁸

Um dos aspectos positivos da Emenda 45 diz respeito ao fato dos tratados em direitos humanos passarem a integrar o bloco de constitucionalidade. Ou seja, estariam formalmente incorporados à Constituição. Com a observância do quorum qualificado de três quintos dos votos dos membros de cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, que é justamente o quorum exigido para a aprovação de emendas à Constituição.

No entender de Flávia Piovesan e Valério de Oliveira Mazzuoli, com o advento do §3º do art. 5º, surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais e b) os materiais e formalmente constitucionais.

Valério de Oliverira Mazzuoli leciona que há diferença em dizer que os tratados de direitos humanos têm “status de norma constitucional”, ou “são equivalentes a emendas constitucionais, pois o §3.º do art. 5º, enfatizou que os

²¹⁸ TRINDADE, Caçado. Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Início do Século XXI, in *Desafios do Direito Internacional Contemporâneo*, Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros (org.), Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2007, p.209, nota nº 6.

tratados de direitos humanos uma vez aprovados pela maioria qualificada “serão equivalentes às emendas constitucionais.”²¹⁹

Uma vez equivalentes a emendas constitucionais, significa que tais tratados jamais poderão ser denunciados, mesmo com base em projeto de denúncia encaminhado pelo presidente da república ao congresso nacional, por se tratar de cláusulas pétreas do texto constitucional. Isso impede a interpretação no sentido de que seria possível a denúncia caso o Congresso aprovasse tal projeto de denúncia pela maioria qualificada com que aprovou.

Em suma, o §3o do art. 5o veio fortalecer o entendimento em prol da incorporação automática dos tratados de direitos humanos, bem como, os tratados aprovados pelo quorum estabelecido no referido dispositivo, são equivalentes a emendas constitucionais, restando a controvérsia apenas aos tratados aprovados anteriormente à Emenda Constitucional 45.

Nota-se que a produção normativa estatal deve ter como parâmetro não só o ponto de vista formal ou procedimental, mas também o material, tendo como limite tanto a Constituição como os tratados de direitos humanos, detentores de status constitucional, além dos tratados internacionais comuns, supralegais.

No tocante a questão do *status* hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos, André Ramos Tavares tece crítica pertinente, vez que *a discussão sobre o ‘estatuto interno dos tratados internacionais’ é matéria*

²¹⁹ MAZZUOLI. Valério de Oliveira. Direitos Humanos, constituição e os tratados internacionais: São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 316

estranha à discussão judicial internacional, quedando-se restrita à discussão doutrinária e jurisprudencial interna.²²⁰

Segundo o autor, os órgãos consultivos e contenciosos internacionais verificam se o Estado cumpriu com suas obrigações previamente assumidas nos tratados ratificados, sendo irrelevante a exposição de argumentos inerentes ao direito interno para contornar o impositivo cumprimento dos pactos internacionais.

Ao Estado cabe a obrigação de demonstrar satisfatória conduta para com as disposições normativas e/ou deliberações internacionais, inexistindo sério questionamento, ao menos na seara internacional, sobre o *status* hierárquico do direito internacional em cada Estado.

Considerando que o direito internacional dos direitos humanos visa a reforçar ou ampliar a proteção dos direitos e garantias individuais na ordem local, o autor propõe a aplicação do princípio da norma mais favorável ao indivíduo. Esse princípio, se bem aplicado, substituiria um entendimento *a priori* acerca de qual norma (de direito interno ou internacional) deve ser utilizada.²²¹

O princípio supramencionado, na verdade, procura materializar o diálogo que precisa existir entre o direito internacional e o direito interno, ainda que venha a suprimir, em algumas situações, qualquer posicionamento anterior acerca do grau hierárquico das normas constitucionais e convencionais. Isso ocorre em razão de que o processo de internacionalização dos direitos humanos possui como

²²⁰ RAMOS, André de Carvalho. O diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Lílana Lyra (org.). O STF e o direito internacional dos direitos humanos. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 818.

²²¹ Idem.

prioridade a maior proteção ao ser humano, independentemente de qual norma será aplicada no caso concreto. Antônio Augusto Cançado Trindade corrobora esse posicionamento:

(...) no presente domínio de proteção, não mais há pretensão de primazia do direito internacional ou do direito interno, como ocorrida 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.²²²

Na mesma linha de raciocínio, Eduardo Ferrer Mac-Gregor atestou que não se trata simplesmente de uma imposição da norma internacional sobre a nacional, senão um processo interpretativo de harmonização, que implica, inclusive, algumas ocasiões, deixar de aplicar a primeira (...), tendo em vista, sempre, a maior proteção da vítima.²²³

Assim, insta salientar que o princípio pro persona encontra-se previsto na Convenção Americana, na letra b do artigo 29, a qual consubstancia a cláusula de diálogo. Infere-se neste ponto que os princípios constitucionais da ponderação, supremacia da dignidade da pessoa humana e proporcionalidade devem orientar o interprete também na aplicação dos Direitos Humanos em sede de tratados internacionais.

²²² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 434

²²³ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). Obra citada, p. 643

3 SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A PARTICIPAÇÃO DO BRASIL

O Direito Internacional dos Direitos Humanos propriamente como tal começou a desenvolver-se como parte do esforço por estabelecer uma nova ordem internacional. A comunidade internacional assumiu a tarefa de criar um sistema que protegesse aos indivíduos do excesso no exercício do poder por parte dos governantes. Ao fim da Segunda Grande Guerra parecia claro que não era possível deixar ao sabor da soberania de cada Estado, o destino dos indivíduos.

A ideia por trás desse projeto foi evitar as situações de violações massivas dos direitos humanos das quais foi testemunha a humanidade durante a Guerra, através de um sistema que denunciara esses fatos, mesmo quando se constituam situações esporádicas, impedindo que essas se transformem em situações de violações massivas e sistemáticas, isto é, uma ênfase fundamentalmente preventiva²²⁴.

Este propósito geral de construir um sistema de controle internacional da atividade dos Estados em matéria de direitos humanos reflete de forma muito clara na Declaração Universal de Direitos Humanos, que em seu artigo 28 assinala:

²²⁴ QUIROGA, Cecilia Medina & ROJAS, Claudio Nash, Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos para Defensores Públicos. Sección doctrina, en *Documentos Oficiales, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública*, Nº 1, diciembre, Santiago-Chile, 2003, p.18.

Todo homem tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados.²²⁵

A guerra fria e sua conseqüente divisão do mundo em partes antagônicas impediram um desenvolvimento fluido da ideia do direito internacional dos direitos humanos. Com efeito, a situação política mundial estava marcada pela divisão bipolar em meio de uma guerra fria, e também por um mundo desigual em que haviam países desenvolvidos, como os Estados Unidos; países que queriam voltar ao desenvolvimento pleno depois da devastação provocada pela guerra, com muitos países europeus; países que viviam no subdesenvolvimento, como os países latinos americanos; e países que começaram sua vida independente, como as ex colônias africanas.

Tais fatos políticos impediram por muitos anos lograr os propósitos contidos no preâmbulo da Carta das Nações Unidas. Todavia, o surgimento de um movimento internacional em prol dos direitos humanos e a pressão exercida pela cidadania permitiram passos importantes, tanto a nível regional como universal.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem constitui, como lembra Norberto Bobbio²²⁶, a única manifestação de consenso quanto a valores fundados no ser humano e destinados a alcançarem universal aplicação. A partir dela os sistemas universais e regionais foram organizados, assim quatro sistemas internacionais de proteção à pessoa humana são expoentes internacionais, quais sejam: Sistema Universal (Sistema ONU); Sistema Europeu; Sistema Interamericano e Sistema Africano.

²²⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada em 10 de dezembro de 1948.

²²⁶ BOBBIO, Norberto, A Era dos Direitos, 11 ED., Tradução Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro : Campus, 1992, p. 28.

O princípio básico que tem inspirado qualquer sistema de codificação de direitos e liberdades básicas de todas as pessoas desde suas origens e sobre o qual se construiu o sistema internacional em matéria de direitos humanos, é a garantia da dignidade da pessoa humana através de certos direitos mínimos que lhe são reconhecidos aos indivíduos por sua natureza. Desta forma, a ideia original dos direitos individuais fortalece-se e passa a constituir uma categoria especial de direitos subjetivos, com proteção não só nacional senão também internacional.

Os sistemas de proteção internacional dos direitos humanos têm seguido duas vias: a responsabilidade do Estado e a responsabilidade individual. O primeiro destes caminhos tem desenvolvido o direito internacional dos direitos humanos e o segundo, o direito penal internacional.

Esses dois sistemas normativos de direitos humanos tem certos elementos comuns quanto a seus propósitos. O principal ponto em comum é que os sistemas têm como objetivo dar efetividade a proteção dos direitos humanos. Com efeito, cada passo que se tem dado neste campo tem se buscado garantir às pessoas um pleno gozo e exercício de seus direitos individuais.

Assim, as leis de proteção e os mecanismos de controle são estruturados para dar uma resposta à realidade de violações de direitos humanos, e, portanto, são expressões de um olhar de realidade sobre a qual se constrói o sistema. Por sua parte, o sistema de responsabilidade individual se configura, em grande parte, como uma forma de responder frente a ilícitos de desrespeito de certos direitos humanos protegidos pelo sistema através da persecução de responsabilidades individuais.

Em segundo lugar, o estabelecimento de um sistema internacional de direitos humanos busca a prevenção de violações. Com efeito, o sistema internacional é consciente de suas limitações e, portanto, não tem pretensões de transformar-se em um sistema que substitua as instâncias nacionais, nem um sistema que possa resolver todos os casos de violações de direitos humanos. Esta lógica preventiva é essencial tanto no direito internacional de direitos humanos como no direito penal internacional.

O desenvolvimento do Sistema de Proteção aos Direitos Humanos é marcado por certas diferenças pontuais quanto ao direito internacional público tradicional. Estas diferenças têm especial relevância no que pertine as fontes, em particular, no direito dos tratados²²⁷. Em geral, os tratados têm por finalidade estabelecer direitos e obrigações recíprocas entre as partes, sendo as partes normalmente os Estados e ocasionalmente uma organização internacional.

Em matéria de direitos humanos, ao contrário, mesmo sendo celebrados entre Estados, não emergem deles somente obrigações e direitos entre os Estados, pois não é seu objetivo principal. Mas sim, emergem principalmente direitos para os indivíduos e obrigações para os Estados, pois seu objetivo é a proteção dos direitos das pessoas frente ao Estado.

Neste aspecto, decidiu a Corte Internacional de Justiça, que os tratados internacionais de Direitos Humanos carregam uma natureza própria e diversa dos tradicionais atos convencionais:

²²⁷ Como verificado no capítulo anterior, no Brasil, os tratados internacionais receberam posicionamento diferenciado conforme sua natureza, se de direitos humanos, se de matéria tributária e os demais ordinários.

Em tal Convenção (Genocídio), os Estados contratantes não têm interesses próprios. Têm somente, todos e cada um deles, um interesse comum, qual seja o de preservar os fins superiores que são a razão de ser da convenção. Em consequência, em uma convenção desse tipo não pode falar-se de vantagens ou desvantagens individuais dos Estados, nem de manter um equilíbrio contratual exato entre direitos e deveres. A consideração dos fins superiores da convenção é, em virtude da vontade comum das partes, o fundamento e a medida de todas as suas disposições²²⁸.

Em semelhante argumentação, a Corte Interamericana de Direitos Humanos destacou o caráter especial dos tratados dessa natureza:

A Corte deve enfatizar, sem embargo, que os tratados modernos sobre direitos humanos, em geral, e, em particular, a Convenção Americana, não são tratados multilaterais de tipo tradicional, concluídos em função de um intercâmbio recíproco de direitos, para o benefício mútuo dos Estados contratantes. Seu objeto e fim são a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos, independentemente de sua nacionalidade, tanto frente a seu próprio Estado como frente a outros Estados contratantes. Ao aprovar esses tratados sobre direitos humanos, os Estados se submetem a uma ordem legal dentro da qual eles, pelo bem comum, assumem várias obrigações, não em relação a outros Estados, mas sim com os indivíduos sob sua jurisdição²²⁹.

Definitivamente, o campo do direito internacional contemporâneo reconhece a particular natureza dos tratados de direitos humanos. E ademais, as atuações dos Estados ficam sujeitas a um controle internacional, dos órgãos criados pelos próprios instrumentos, sem prejuízo de eventualmente também sujeitarem-se ao controle da Corte Internacional de Justiça.

²²⁸ Corte Internacional de Justiça, Reservas a Convenção sobre Prevenção ao Crime de Genocídio. CIJ Recueil, 1951, p. 3. Disponível em http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2014/05/pareceres-consultivos_1950.pdf, acessado em 10/09/2014.

²²⁹ Corte Interamericana de Direitos Humanos, O Efeito das Reservas Sobre a Entrada em vigor da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (artigos 74 e 75), Opinião Consultiva OC-2/82, de 24 de setembro de 1982, Serie A, núm. 2, párr. 29, disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/2122opiniao.htm>. Acessado em 10/09/2014.

3.1 O Estado Brasileiro em face do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos

A proteção aos direitos humanos ocorre tanto em âmbito universal quanto regional. No plano global/universal, cabe à Organização das Nações Unidas (ONU) por meio do Conselho de Direitos Humanos, realizar a fiscalização do cumprimento dos tratados firmados sob os auspícios da ONU.

A proteção em âmbito regional ocorre por meio de organizações internacionais com caráter regional e possuem tribunais especializados para julgar casos de violações de direitos humanos de acordo com instrumentos regionais ratificados pelos Estados que as compõem. Nesse rol estão incluídos o Conselho da Europa em âmbito europeu, a Organização dos Estados Americanos (OEA), que atua na proteção dos Estados nas Américas, e a União Africana nos Estados do continente africano.

O Brasil participa como Estado Parte dos dois sistemas, ou seja, o universal sob os auspícios da ONU e o regional vinculado à OEA. O objetivo desta pesquisa neste ponto é apresentar os dois sistemas de proteção aos direitos humanos e verificar a participação brasileira na absorção das regras emanadas em seu ordenamento interno.

Ademais, o Brasil também está sujeito a cumprir as disposições impostas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e as sentenças condenatórias da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nesse sentido, busca-se também verificar se o país vem cumprindo com as disposições desses dois órgãos regionais de proteção aos direitos humanos.

Frisa-se que a utilização dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos não implica em abandonar o uso dos sistemas nacionais. Ambos devem ser fortalecidos, na perspectiva do pleno respeito aos direitos humanos. No plano internacional, o desafio é, através de instrumentos e mecanismos de proteção, ampliar o respeito aos direitos humanos.

3.1.1 Sistema das Nações Unidas

O Sistema Universal de Proteção aos Direitos Humanos (ou Sistema ONU) é composto por instrumentos de direitos humanos que formam um *corpus juris* internacional de proteção a esses direitos, bem como por pareceres de seus órgãos especializados advindos da análise de casos concretos de violações.

A ONU é uma associação entre Estados, classificada como uma organização internacional, com finalidade política, âmbito universal e com o objetivo de cooperação entre os Estados Partes em manter a paz e segurança internacionais²³⁰.

O tratado²³¹ que deu origem à organização, já no preâmbulo²³² demonstra verdadeira preocupação com o advento de uma Terceira Guerra Mundial,

²³⁰ DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. Direito Internacional Público. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

²³¹ “A Carta das Nações Unidas foi promulgada no Brasil pelo Decreto 19.841 de 22 de outubro de 1945. O Brasil é um dos Estados-membros originários por ter participado da Conferência em São Francisco, na qual foi realizada a elaboração do tratado. In: Mazzuoli, Valério de Oliveira. (Org.) Coletânea de Direito Internacional. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011b. p. 218-236

²³² Nós, os povos das Nações Unidas, resolvimos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e

pois o mundo não suportaria outro conflito, o qual teria proporções maiores com a utilização de armas nucleares e, conseqüentemente, sobraria pouco ou nada do planeta.

Além do preâmbulo, o Capítulo 1 da Carta prescreve uma série de princípios em respeito à paz e ao direito dos povos viverem em paz e igualdade. As expressões proteção, defesa e respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais estão presentes em alguns artigos do tratado²³³.

A Carta, porém, não define o conteúdo dessas expressões, deixando-as em aberto, como salienta Flávia Piovesan. Do mesmo modo, não prevê nenhum comitê ou comissão encarregada de resguardar e fiscalizar a manutenção desses direitos. Nada há determinado quanto à violação de tais direitos pelos Estados ou seus representantes e, nesse caso, a quem incumbiria julgar tais crimes²³⁴.

O sistema de proteção dos direitos humanos das Nações Unidas tem como principais órgãos a Assembleia Geral – a cujo organismo compete, principalmente, legislar em matéria de direitos humanos - o Conselho Econômico e Social (ECOSOC) – a cujo organismo cabe promover o respeito dos direitos humanos; coordenar as atividades da ONU e suas agências especializadas; elaborar estudos, relatórios e recomendações sobre assuntos de interesse social, econômico, cultural e educacional; e o Conselho de Segurança – a cujo organismo compete

melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla". [...] In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (Org.) Coletânea de Direito Internacional. – 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011b p. 218-236

²³³ Artigo 1º, parágrafo 3º; Artigo 13, Artigo 55, Artigo 56 e Artigo 62, parágrafos 2º e 3º. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (Org.) Coletânea de Direito Internacional. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011b. p. 218-236.

²³⁴ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

desenvolver operações pela manutenção da paz; decidir sobre “graves violações” aos direitos humanos que ponham em risco a paz mundial; e estabelecer tribunais penais internacionais.

A Carta da ONU instituiu, ainda, um órgão jurisdicional para julgar apenas Estados contra Estados: a Corte Internacional de Justiça (CIJ). Sua competência, entretanto, não abrange as violações ou crimes praticados contra os direitos humanos cometidos por representantes dos Estados aos seus cidadãos.

O sistema da ONU de proteção dos direitos humanos é formado por instrumentos normativos e mecanismos práticos de realização de tais direitos. O Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos é, notadamente, monitorado pelo Conselho de Direitos Humanos (CDH), órgão da ONU subsidiário à Assembleia Geral e sucessor da Comissão de Direitos Humanos na tarefa de promoção e proteção destes direitos.

É possível categorizar o Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos em duas áreas: a convencional, estabelecida por convenções internacionais e monitorada, fundamentalmente, pelos diversos comitês por elas criados, conforme apresentação anterior, os denominados *treaty-based bodies*; e a extraconvencional, constituída por atos editados por órgãos da ONU e composta por órgãos criados pela Carta da ONU ou deles derivados, denominados pela própria ONU de *charter-based bodies*²³⁵.

²³⁵ Relevante destacar que os mecanismos convencionais de proteção de direitos humanos têm sua atuação material delimitada pela convenção, sendo aplicáveis somente aos Estados Partes das convenções. Os mecanismos extraconvencionais, por sua vez, são mais suscetíveis de sofrerem influências políticas, exceção feita àqueles que contêm regras de independência que visam neutralizar a interferência dos governos dos Estados monitorados.

O sistema convencional atua, entre outros, por meio de mecanismos de apuração de violações de direitos humanos iniciados por petições, de Estados ou de indivíduos, endereçadas aos comitês especializados, os quais, segundo Carvalho Ramos, têm natureza quase judicial.²³⁶

Cada um dos comitês convencionais de proteção dos direitos humanos que compõem o Sistema Global Convencional de Proteção dos Direitos Humanos recebe suporte estrutural do Secretariado Geral da ONU²³⁷, mais especificamente do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos (OHCHR)²³⁸, órgão subsidiário ao Secretariado Geral da ONU responsável por promover o respeito e a total implementação dos direitos humanos²³⁹.

3.1.2 Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos

O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos é composto pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. O marco inicial do Sistema é a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem em abril de 1948 em Bogotá, Colômbia, sendo o instrumento inaugural de uma nova fase no Direito Internacional, uma vez que considerou a proteção internacional dos direitos do homem como

²³⁶ RAMOS, André de Carvalho. Processo internacional de direitos humanos: análise dos mecanismos de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 75

²³⁷ O CEDAW também recebe tal apoio estrutural da divisão da ONU para o desenvolvimento da mulher.

²³⁸ . Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights.

²³⁹ O OHCHR é chefiado pelo Alto Comissário de Direitos Humanos, eleito em conformidade com regras estabelecidas pela Resolução 48/141 da AGNU, que visam preservar a independência e rotatividade do cargo.

orientação principal do direito americano em evolução, além de ser o documento fundador da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Em decorrência dos avanços históricos conquistados pela necessidade de efetivação e concretização de um Sistema protetor dos Direitos Humanos no âmbito regional, surge a Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de San José da Costa Rica, sendo considerada pela magnífica jurista Flávia Piovesan como o instrumento de maior importância no Sistema Interamericano. (Piovesan; Página 255). Foi assinada em São José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, em uma Conferência intergovernamental celebrada pela Organização dos Estados Americanos (OEA), entrando em vigor em 18 de julho de 1978 quando o 11º instrumento de ratificação foi depositado.²⁴⁰

É restrito apenas aos Estados membros da OEA o direito de aderir à Convenção Americana. A Convenção reconhece e assegura um catálogo de direitos Cíveis e Políticos, onde se faz necessário mencionar a preciosa lição de Thomas Buergenthal, ex Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

A Convenção Americana é muito mais extensa que muitos instrumentos internacionais de Direitos Humanos. Ela contém 82 artigos e codifica mais de duas dúzias de distintos direitos, incluindo o direito à personalidade jurídica, à vida, ao tratamento humano, à liberdade pessoal, a um julgamento justo, à privacidade, ao nome, à nacionalidade, à participação no Governo, à igual proteção legal e à proteção Judicial. A Convenção Americana proíbe a escravidão; proclama a liberdade de consciência, religião, pensamento e da aplicação das leis ex post facto.²⁴¹

A Convenção Americana, portanto, positivou um rol de Direitos Humanos que devem ser respeitados, sendo, ainda, responsabilidade dos Estados

²⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 11ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 256

²⁴¹ Idem.

parte, a obrigação de assegurar o livre e pleno exercício desses Direitos e liberdades, sem qualquer discriminação.

O Brasil aderiu ao Pacto de São José da Costa Rica em 25 de Setembro de 1992 e, dez anos mais tarde, reconheceu a competência obrigatória da Corte (Decreto 4.463, de 8 de novembro de 2002). Ao ratificar o tratado, exprime o estado brasileiro sua vontade, ou seja, o consentimento de obrigar-se ao referido tratado no plano internacional. Portanto, submete-se o Brasil à atuação da Comissão e a jurisdição da Corte.

Demonstra-se pertinente a argumentação de Valério de Oliveira Mazzuoli ao explicar a interrelação existente entre o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que norteia os caminhos dos Direitos Humanos, e a recente tendência de internacionalização do Direito, ao se tratar de Direitos Fundamentais, consolidando um Direito Global:

Já se falou alhures que o novo Estado Constitucional e Humanista de Direito tem como característica mais marcante a pluralidade de fontes normativas. Tal pluralidade de fontes se faz presente tanto no contexto interno como no contexto internacional, tornando-se ainda maior e mais proeminente quando ambos os contextos (o interno e o internacional) se conjugam em prol da salvaguarda dos direitos da pessoa humana. É nítida, portanto, a crescente “internacionalização do direito” e a aparição conjunta de diferentes fontes supranacionais.²⁴²

Evidencia-se nas oportunas palavras do consagrado jurista de Direito Internacional Francisco Rezek uma distinção entre a Comissão e a Corte:

A Comissão atua como instância preliminar à jurisdição da Corte. É amplo seu poder para requisitar informações e formular recomendações aos governos dos Estados pactuantes. O verdadeiro

²⁴² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno*. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 105

ofício pré-jurisdicional da Comissão se pode instaurar, contra um Estado parte, por denúncia ou queixa. A Corte não é acessível à pessoa ou a instituições privadas. Órgão Judiciário que é, a Corte não relata, nem propõe, nem recomenda, mas profere sentenças, que o Pacto aponta como definitivas e inapeláveis.²⁴³

Após uma análise acurada, onde se verifica a competência *ratione materiae*, *ratione personae*, *temporis* e *loci* da Comissão, além do esgotamento dos recursos internos e a inexistência de litispendência internacional (vale dizer, o mesmo fato não pode ter julgamento em curso perante outra instância internacional), a Comissão pode encaminhar o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Corte, órgão jurisdicional do sistema interamericano, é composta por sete juízes nacionais dos Estados-membros da OEA, apresentando competência consultiva e contenciosa. Sua competência contenciosa, porém, está condicionada ao reconhecimento expresso pelos Estados Partes, já que no plano consultivo qualquer Estado membro da OEA pode solicitar o parecer da Corte em relação à Convenção ou qualquer outro tratado relativo à proteção dos direitos humanos nos estados americanos. Importa ressaltar que as decisões da Corte têm força jurídica obrigatória e vinculante. Sua execução se dá de acordo com o procedimento interno para executar sentença desfavorável ao Estado.

Nota-se ainda que a Convenção Americana não condicione suas decisões à eficácia nem à eficiência dos mecanismos de reparação existentes no Estado responsável.

²⁴³ REZEK, José Francisco. Direito Internacional Público: curso elementar. 12ed. São Paulo: Saraiva 2010, p. 230.

3.2 A jurisdição internacional e o dialogo com a soberania.

O Estado soberano tem autonomia para ratificar tratados internacionais, manifestando seu consentimento fundamentado no princípio *pacta sunt servanda*, obrigando-se assim a cumprir o conteúdo na norma jurídica internacional, não podendo, após, alegar incompatibilidade dos preceitos com sua normatividade interna.

Sendo assim, irrefutável que a existência de um Tribunal Internacional depende da existência prévia de um tratado que o institui e determina o alcance da jurisdição, pois em essência é uma Organização Internacional, e, em absoluto, não se confunde com instância revisora dos tribunais internos de um país. Ou seja, a submissão a um Tribunal Internacional advém da vontade de um Estado em submeter-se ao mesmo, é complementar à sua própria soberania.

O propósito consiste em ampliar, fortalecer a proteção dos direitos humanos, adotando sempre, como lógica e princípio, a primazia da pessoa humana, sendo dessa maneira um dialogo entre o direito interno e o direito internacional para gerar uma complementaridade capaz de efetivar a proteção aos direitos humanos.

Sob o enfoque do princípio da complementaridade que se deve analisar qualquer submissão de um Estado a Tribunais Internacionais, vez que consiste esse em uma garantia adicional de proteção. Cabe ao Estado, como valor de soberania, a responsabilidade primária com relação aos direitos humanos. A comunidade internacional, por sua vez, tem a responsabilidade secundária, subsidiária e complementar acionável quando as instituições nacionais mostrarem-

se falhas ou omissas desses direitos. A soberania como responsabilidade de proteger significa:

1. As autoridades do Estado são responsáveis pelas funções de proteger a segurança e a vida dos seus cidadãos como o bem estar deles; 2. As autoridades políticas internas são responsáveis por seus cidadãos no plano interno e pela comunidade internacional por meio das Nações Unidas no plano externo; 3. A soberania como responsabilidade implica que os agentes do Estado são responsáveis pelas suas ações e omissões.²⁴⁴

Tal caráter da soberania como responsabilidade de proteger se pronuncia em um movimento de harmonização entre os países no sentido da concretização de direitos humanos de todos com a consequente intensificação de interdependências²⁴⁵.

O exercício da soberania de um Estado não é só objeto de direito interno, mas também de direito internacional. Assim, ao tornar-se signatário de um Tratado de proteção aos direitos humanos, passa o Estado a assumir-se perante a Comunidade Internacional como responsável pelo respeito e efetivação de tais direitos:

Ao Estado, na proteção dos direitos humanos, compete assegurar àqueles que estão submetidos ao seu poder (nas instâncias legislativa, executiva e judicial, em qualquer nível federativo) tanto o respeito a tais direitos, quanto o seu exercício, na ampla forma assumida nas diversas normas internacionais.²⁴⁶

Enquanto signatário de tratado de Direito Internacional, o Estado é uno e indivisível, devendo responder pelas obrigações assumidas perante a

²⁴⁴ MENEZES, Fabiano L. De.. A nova doutrina de soberania aplica-se à Coréia do Norte? Disponível em: <http://www.cenariointernacional.com.br/default3.asp?s=artigos2.asp&id=19>. Acesso em: 02 dez. 2014.

²⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. A Soberania no Mundo Moderno : Nascimento e Crise do Estado Nacional. Trad. Carlo Coccioli. São Paulo : Martins Fontes, 2002, p 47.

²⁴⁶ CAZETTA, Ubiratan. Direitos humanos e federalismo: o incidente de deslocamento de competência. São Paulo: Atlas, 2009, p. 20

Comunidade Internacional. Em específico ao Estado brasileiro, foram adotados vários atos de proteção aos direitos humanos desde após a adesão a Carta das Nações Unidas e à Declaração Universal dos Direitos Humanos. Ainda citam-se os Pactos de Direitos Civis e Políticos e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, além de diversas convenções sobre a repressão ao tráfico de seres humanos, aos crimes de genocídio, à tortura, dentre outros.

Frise-se que o atributo da soberania não exclui que sujeitos soberanos, sem perder seu atributo, obriguem-se por regras jurídicas as quais não podem renunciar unilateralmente, sempre que tais regras sejam resultados de um processo de decisões conjuntas, livremente aceitas por todos os obrigados.

O Estado decide com quem contratar, sujeitando-se a regras internacionais. Ademais, para declinar de um tratado, pode um Estado lançar mão, por exemplo, da denúncia total ou parcial, um exercício de soberania política e jurídica internacional.

Jurisdição internacional e competência legal internacional são elementos para modernamente conceituar soberania na esfera internacional. Os tratados são a máxima expressão dessa soberania, mas decorrem de um direito interno limitado por regras de direito internacional, regras de limitação da competência legal internacional ou por regras e princípios reconhecidos pela própria comunidade internacional que taxam determinados atos e acordos como universalmente reprováveis.

O princípio da complementaridade deve estar presente nas interpretações de atuação das ordens internas e internacionais, em questão

jurisdicional principalmente. O exercício da soberania resulta de um arranjo horizontal que possibilita ao Estado exercer seus poderes além de suas fronteiras, sem ferir prerrogativas de outros Estados.

O Estado, no livre exercício de sua soberania, e justamente por ela, aceita o monitoramento internacional. De forma que a adesão ao tratado constitutivo de um tribunal internacional, autoriza o controle e a fiscalização do modo pelo qual implementa os direitos humanos internamente. Ressaltando-se que somente quando o Estado mostrar-se falho é que o Tribunal internacional pode ser acionado. Existe assim um diálogo entre a jurisdição internacional e o atributo da soberania.

A relação entre direito interno e direito internacional, estabelecida através do princípio de complementaridade no âmbito da criação de um Tribunal Internacional, consiste em uma relação dialética a ser entendida a partir da proposta de Miguel Reale: a dialética de complementaridade é aquela na qual há uma correlação permanente e progressiva entre dois ou mais fatores, os quais não se podem compreender separados um dos outros, sendo ao mesmo tempo cada um deles irreduzível aos outros, de tal modo que os elementos da trama só logram plenitude de significado na unidade concreta da relação que constituem, enquanto se correlacionam e daquela unidade participam ²⁴⁷.

Nessa relação dialética entre Estados e comunidade internacional, a complementaridade, do ponto de vista dos Estados, levanta a seguinte questão: trata-se de verificar até que ponto a determinação, por um Tribunal Internacional, de manifesta incapacidade ou falta de disposição de um sistema judiciário nacional para

²⁴⁷ REALE, Miguel. *Fontes e Modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico*, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 85

exercer a sua jurisdição primária, e a conseqüente possibilidade de exercício desta competência pelo Tribunal Internacional, pode vir a constituir intervenção indevida no exercício da soberania estatal.

Francisco Resek faz tal reflexão em especial sobre as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos²⁴⁸. Recordou a tentativa de suspensão das obras da usina hidrelétrica de Belo Monte, no Pará, em abril de 2011, sob a alegação de proteger as comunidades indígenas locais, por meio de medida cautelar concedida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão sediado em Washington (EUA), que exerce função pré-jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sediada em São José (Costa Rica).

Salienta ainda, Francisco Resek, que o episódio – ocorrido após a matéria já ter sido decidida pelo Supremo Tribunal Federal – levou a comunidade jurídica brasileira a uma profunda reflexão;

A quem um país soberano se submete quando aceita a jurisdição internacional de um órgão como esse do chamado 'Sistema Interamericano Proteção aos Direitos Humanos'? Isso é ou não uma renúncia à soberania e ao exercício da soberania pelos poderes constituídos.²⁴⁹

A competência confiada ao órgão internacional é, neste sentido, cedida; trata-se de competência específica definida no próprio instrumento. Um exemplo desta hipótese seria o sistema de transferência de competências no âmbito da União Europeia, que constitui inovação no âmbito do direito internacional trazida pelo chamado "direito comunitário". Importa lembrar ainda que outro exemplo

²⁴⁸ Palestra "Soberania Nacional e Autoridade das Jurisdições Internacionais: Problemas Emergentes" com Francisco Resek

²⁴⁹ Palestra proferida por Francisco Rezek em 15 de maio de 2014. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=nMKwPSaygOE> . Acesso em 20/06/2014.

análogo é o da jurisdição compulsória estabelecida na Organização Mundial do Comércio, que visa, através da regra do consenso invertido, como aponta Celso Lafer, impedir e a superar o bloqueio unilateral de seu funcionamento.²⁵⁰

Do ponto de vista do direito internacional, o princípio de complementaridade coaduna-se com as mais modernas tendências nas diversas áreas correlatas: no campo da manutenção da paz e segurança internacionais: o princípio da ingerência humanitária; no campo dos direitos humanos: a flexibilização do princípio do esgotamento dos recursos internos gerando uma maior harmonização entre as jurisdições internacional e nacional, e no campo da justiça internacional, uma crescente especialização e alargamento de seu campo de atuação.

Tais tendências revelam, a seu turno, a realidade contemporânea da soberania. Na medida em que a interdependência entre os Estados aumenta e que o desenvolvimento do direito internacional acrescenta novas obrigações a cargo dos Estados, a competência nacional exclusiva vai-se reduzindo progressivamente em benefício da competência compartilhada.

O princípio de complementaridade significa a superação, já ocorrida no plano do direito internacional dos direitos humanos, como aponta Antônio Augusto Cançado Trindade, do princípio do “domínio reservado” e da “competência nacional exclusiva”, assim como a aceitação da flexibilização do requisito do esgotamento dos recursos internos em casos como os de denegação de justiça²⁵¹.

²⁵⁰ Celso Lafer. A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998, pág. 123

²⁵¹ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos, São Paulo, Saraiva, 1991, págs. 12 e ss

A despeito do tão propalado redimensionamento da soberania nacional, não há que se falar em inteira sujeição do Estado aos ditames da sociedade internacional ou de organismos internacionais.

Os direitos da pessoa humana jamais podem deixar de ser reconhecidos pelo Estado desde que este seja racionalmente concebido e constituído. Os direitos fundamentais em regimes de constituição rígida, como o brasileiro, acobertada por cláusula de imodificabilidade, são pontos constitucionalmente inegociáveis. A soberania, em vez de tripudiar sobre os direitos do homem, deve, portanto, tornar-se um instrumento coletivo para assegurá-los. Seus atos tornam-se justos à proporção que asseguram e defendem direitos.

O princípio da soberania, presente no artigo 1.º da Constituição Federal de 1988, caracteriza-se como primeiro fundamento da república. Partindo desta premissa, dizer que o Brasil é um país soberano significa muito mais do que possuir autoridade para tomar suas próprias decisões e reger-se por suas próprias leis. Tal fato concede ao país o direito de se orientar com relação aos seus assuntos internos ou mesmo posicionamentos internacionais como lhe for conveniente, sendo, assim, hierarquicamente igual aos demais Estados, não podendo sofrer interferências por parte destes.

3.3 O denominado controle de convencionalidade dos tratados internacionais e o dialogo das fontes.

A denominação controle de Convencionalidade surge inicialmente na jurisprudência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) no

caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. Anteriormente, o juiz Sérgio García Ramírez, em seus votos nos casos *Myrna Mack y Tibi*, realizou uma aproximação conceitual do controle de convencionalidade que hoje se realiza no sistema interamericano e no âmbito interno dos Estados.

Diante das mudanças paradigmáticas já analisadas anteriormente, os tratados internacionais de direitos humanos revestem-se de relevo próprio e diferenciado no sistema jurídico dos Estados, de forma que a interpretação jurisdicional dos ordenamentos jurídicos internos em face desses tratados passou a ser denominada de controle de convencionalidade.

Frisa-se neste ponto que o controle de convencionalidade constitui-se como um instituto próprio, não se confundindo com o controle de constitucionalidade realizado exclusivamente nos sistemas jurídicos internos dos países, como assinala Valério Mazzuoli.²⁵²

Partindo-se do óbvio de que os tratados devem ser cumpridos, os Estados ao assumirem o compromisso internacional obrigam-se basicamente, e em resumo, aos seguintes deveres: a) incorporação de normas no ordenamento jurídico interno que permitam aplicar o tratado internacional (os métodos brasileiros foram analisados anteriormente); b) Derrogação das normas que se oponham ao que dispõe o tratado (a chamada harmonização entre o direito interno e internacional); c) diagnosticar os direitos regulamentados pelo tratado a fim de determinar com maior precisão possível em que ponto se encontra o país no momento de sua assinatura; e d) reorganizar as competências das autoridades para que em todos os níveis do

²⁵² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pp. 79/80.

governo existam medidas eficazes de prevenção de violações de direitos humanos, assim como a capacidade de investigação, sanção e reparação destas violações quando ocorridas.

Como consequência direta do dever dos Estados em cumprir tais medidas básicas de efetividade dos tratados internacionais de direitos humanos, tem-se o controle de convencionalidade. Nota-se que vai para além de uma verificação de adequação do texto normativo ao sistema interamericano, mas uma análise de sua aplicação, uma garantia de efetividade.

Na leitura brasileira, pode-se afirmar que o processo de transformações dos direitos humanos tem tanto uma dimensão interna quanto internacional, ou seja, a tutela da dignidade de pessoa humana não se esgota, no constitucionalismo brasileiro que sucede a Constituição de 1988, no plano interno de normas jurídicas. Isso porque de forma inaugural o constitucionalismo pátrio, prevê, dentre os princípios fundamentais da Constituição Federal e Republicana, o compromisso com as relações internacionais do Estado brasileiro.

Estão consolidados, no artigo 4.º da Constituição: a prevalência dos direitos humanos, a autodeterminação dos povos, dentre outros. Esse mesmo artigo 4.º inscreveu em seu parágrafo único a exigência do fomento da criação e inclusão do Estado brasileiro em uma comunidade latino-americana de nações.

O sistema europeu de direitos humanos, por meio da Corte Europeia de Direitos Humanos – CEDH - criou a doutrina (ou teoria) da margem de apreciação (margin of appreciation) para resolver as relações entre os âmbitos internacional e interno de proteção dos direitos humanos. A teoria da margem de apreciação atua

destacando áreas de manobras para os Estados membros cumprirem as obrigações convencionadas.²⁵³

Apesar de ambos serem formas de integração e aplicação das normas de direitos humanos nos Estados membros das respectivas convenções (a europeia e a interamericana), o controle de convencionalidade não a teoria da margem de apreciação não se confundem.

A margem de apreciação é uma espécie de discricionariedade que dispõe as autoridades nacionais para efetivar e restringir certos dispositivos da CEDH, visto que, a proteção internacional dos direitos humanos é subsidiária à nacional e que as autoridades nacionais estão em melhores condições, em tese, de avaliar situações como a “necessidade” de uma “restrição” ou “penalidade”.²⁵⁴

A doutrina da margem nacional de apreciação tem uma função de balancear a uniformidade e a diversidade dentro do sistema internacional de proteção aos direitos humanos.

A margem de apreciação foi reconhecida pela CEDH pela primeira vez em 1976, no julgamento do caso Handyside vs. Reino Unido (em que houve o confisco de determinados exemplares de um livro considerado obsceno pelo Reino Unido), que entendeu que “*em virtude do contínuo e direto contato com as forças*

²⁵³ CONSIL OF EUROPE. Publicação de artigos científicos. The Margin Of Appreciation. Disponível em: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp#P250_32680 Acesso em : 12 de novembro de 2015.

²⁵⁴ EUROPA, Corte EDH. Caso Handyside VS. Reino Unido, Sentença de 7 de dezembro de 1976. Disponível em:< <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57499>> Acesso em: 12 de novembro de 2015

*vitais de seus países, as autoridades estatais estão, a princípio, em melhor posição de que o juiz internacional, para avaliar as exigências morais de suas sociedades*²⁵⁵

Observa-se que, se por um lado, a margem de apreciação permite um nível de desvio cultural enquanto preserva o consenso; por outro, revela-se um empecilho à universalização, vez que atua de maneira subsidiária e a cada caso em concreto.

Resumidamente, em relação ao método utilizado pela Corte Europeia de Direitos Humanos em seus julgamentos, a margem de apreciação poderá ser aplicada quando da análise da proporcionalidade da medida que restringe o direito. Assim, primeiramente a Corte analisa se houve interferência no direito. Em caso afirmativo, o próximo passo será a ponderação da legitimidade do objetivo perseguido pelo governo em questão. Em seguida, a Corte fará um exame de legalidade da restrição, quando haverá a averiguação se ela se encontra prescrita por direito. Somente então ocorre a aplicação da margem de apreciação.

A CEDH estabelece o exame de proporcionalidade da restrição, em que as duas principais perguntas a serem respondidas são: o objetivo legítimo poderia ter sido atingido por meio menos intrusivo? A interferência causa ao detentor do direito um prejuízo considerado suficientemente sério a ponto de superar qualquer benefício que aquela interferência venha a atingir em busca do objetivo?

Observa-se que o requisito básico para o Estado utilizar a sua margem de apreciação é a existência de norma de deferência prevista na CEDH, ou

²⁵⁵ CONSIL OF EUROPE. Publicação de artigos científicos. The Margin Of Appreciation. Disponível em: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp#P250_32680
Acesso em : 12 de novembro de 2015

seja, a Convenção deve outorgar ao Estado margem para atuação. Tanto para restrições e intervenções ordinárias, quanto para derrogações de direitos.

Desde sua primeira aplicação no caso *Handyside vs. Reino Unido*, a doutrina da margem de apreciação apresenta requisitos bem claros para sua utilização. Os requisitos gerais são: i) necessidade da medida estar prevista/ de acordo com a lei; ii) que busque um objetivo legítimo; e iii) a medida ser necessária em uma sociedade democrática.²⁵⁶

É notório que margem de apreciação é intimamente ligada ao princípio da proporcionalidade, sendo, em regra, utilizados em conjunto. Sendo a proporcionalidade, segundo o Conselho da Europa, o princípio que exige a relação razoável entre um objetivo particular e os meios utilizados para atingir esse objetivo.

Infere-se que a margem de apreciação além de ser um critério interpretativo (uma doutrina interpretativa), é uma verificação de compatibilidade entre o sistema regional europeu de proteção aos direitos humanos e os ordenamentos internos dos seus Estados membros. Assim assinala Augusto Cançado Trindade:

É bom lembrar que o texto da Convenção Europeia de Direitos Humanos não contém nenhuma menção à margem de apreciação nacional: pelo contrário, há a expressa obrigação dos Estados em garantir e respeitar os Direitos Humanos, sem ressalvas ou titubeios.²⁵⁷

A noção de compatibilidade implica o reconhecimento, implícito ou explícito, de uma margem - margem nacional de apreciação e margem

²⁵⁶ CONSIL OF EUROPE. Publicação de artigos científicos. *The Margin Of Appreciation*. Disponível em: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp#P250_32680
Acesso em : 12 de novembro de 2015

²⁵⁷ CANÇADO TRINDADE. Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, v. II. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

supranacional de controle - que permite um jogo de soluções no sentido de uma harmonização do direito.

Ao tratar do controle de convencionalidade, instituto tipicamente interamericano, verifica-se a participação ativa da jurisprudência das Cortes de Direitos Humanos na construção de seus conceitos e sua evolução como instituto²⁵⁸.

Em relação ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, Eduardo Ferrer Mac-Gregor assim aduz:

El control de convencionalidad tiene dos manifestaciones: una de carácter “concentrada” por parte de la Corte Interamericana, en sede internacional; y otra de carácter “difusa” por los jueces nacionales, en sede interna. La primera obedece a las facultades inherentes de la Corte Interamericana (...). El “control difuso de convencionalidad” consiste en el deber de los jueces nacionales en realizar un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales, y la CADH, sus protocolos adicionales, y La jurisprudencia de la CorteIDH (...).²⁵⁹

Como afirmado, existe, para além da atuação da Corte Interamericana no controle de convencionalidade, a incumbência dos Estados de realizar o controle da compatibilidade das leis e atos normativos com (a) as disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos e tratados conexos e (b) com os precedentes da Corte Interamericana.

Todos os poderes constituídos (Executivo, Judiciário e Legislativo) devem primar pelo controle de convencionalidade das normas, as quais devem passar, portanto, por um duplo crivo de compatibilidade (constitucionalidade e convencionalidade).

²⁵⁸ Na América, a Corte Interamericana foi, e é, atuante na construção e evolução do instituto, através de uma série de casos em que se observa o aprimoramento dos conceitos na introdução do instituto de controle de convencionalidade. Os julgados da CIDH estão analisados em capítulo próprio.

²⁵⁹ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). Obra citada, p. 651-653.

Aqui está uma importante distinção entre a teoria da margem de apreciação europeia e o controle de convencionalidade interamericano: ao passo que lá é subsidiário e interpretativo, aqui existe uma imperatividade, um dever do Estado membro de garantir os direitos humanos convencionados precipuamente.

No sistema interamericano, a realização de tal controle pode ser vista, no âmbito externo, na atuação da Comissão Interamericana e, mais acentuadamente, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que analisa a compatibilidade de normas infraconstitucionais e constitucionais dos Estados em face das disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos e demais pactos sob a tutela da Corte²⁶⁰, bem como diante da interpretação que a CIDH realiza, como intérprete última, desses tratados.

Na Colômbia, de acordo com o que preconiza Eduardo Andrés Velandia Canosa, o Controle de Convencionalidade é exercido diferentemente do Brasil, pois a Corte Constitucional exerce um Controle de Convencionalidade indireto, ou seja, é opcional e alternativo:

“La única alternativa no que es que prime una sobre la otra, sino que hay ocasiones donde prima la Convención, otras donde priman las normas internas y otras donde se podrían armonizar”.²⁶¹

Em decorrência disso, em caso de conflito entre a Constituição e a Convenção, ora prevalece esta, ora prevalece aquela.

²⁶⁰ A CIDH já realizou o controle de convencionalidade com base em instrumento normativo internacional distinto da Convenção Americana, adotando, no caso “Gómez Palomino vs. Peru”, o parâmetro normativo da Convenção Americana sobre Desaparecimento Forçado.

²⁶¹ Em tradução livre: A única alternativa não é que uma prevaleça sobre a outra, mas que haja ocasiões onde prevaleça a Convenção, outras que prevaleçam as normas internas e outras onde se harmonizam. CANOSA, Eduardo Andrés Velandia. Derecho Procesal Constitucional. Bogotá, Colômbia: Legis, 2014, p 671.

Ocorre que as referidas maneiras de tentar solucionar o conflito não são eficazes, e em decorrência disso, passou-se a estudar mais profundamente as normas de direitos humanos provenientes de tratados internacionais ratificados pelo país, que não são a favor da igualização das normas internas com os tratados internacionais. Constataram-se três maneiras diferentes de analisar os direitos e garantias individuais: os direitos e garantias expressos na Constituição; os direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição; e os direitos e garantias trazidos pelos tratados internacionais em que o Brasil é parte.

Valério de Oliveira Mazzuoli, traz a lógica onde a partir do momento em que o texto constitucional não exclui outros direitos e garantias fundamentais provenientes dos tratados internacionais, é porque eles os incluem. Portanto, a Constituição atribui-lhes a natureza de norma constitucional a partir da incorporação desses direitos internacionais²⁶².

No âmbito da América Latina, o controle de convencionalidade pode ser analisado como um dever implícito na Convenção Americana, e alojar-se entre o indisponível para os Estados partes; ou bem, ficar interpretado como uma atividade dos tribunais locais que terão que se orientar com as decisões adotadas pelos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sem que isso derivasse num regime de acatamento absoluto.

Para Carlos Ayala Corao:

Los Estados partes de los tratados sobre derechos humanos como es el caso de la CADH, asumen la obligación internacional de 'respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno

²⁶² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Internacional: Tratados e Direitos Humanos Fundamentais na Ordem Jurídica Brasileira*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p 13.

ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna'. Estas obligaciones de respeto y garantía de los derechos reconocidos en la CADH, se complementa con la obligación internacional específica de cada Estado, de adoptar las disposiciones necesarias en su derecho interno, para que tales derechos sean efectivos. En este sentido, de conformidad con la CADH, si en el ejercicio de esos derechos no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes 'se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.²⁶³

Todavía, dentro do conjunto normativo de um Estado americano estão, além do sistema nacional de proteção e tutela, os Tratados e Convenções sobre Direitos Humanos, que têm um sistema próprio de interpretação mediante os organismos que o compõem Comissão e CIDH. De forma que, oferece ao mesmo tempo, a possibilidade dos tribunais locais nacionais realizarem o exame de adequação, como também, uma leitura própria adaptada a quanto dizem as normas ou os órgãos que lhe dão inteligência de aplicação ao convencional. Em consequência, entre o controle constitucional local e o controle de convencionalidade se pode encontrar um conflito de hierarquias e de opiniões eventualmente contrárias.

No âmbito da CIDH, a primeira vez que se utilizou da expressão "controle de convencionalidade" foi no ano de 2003, no julgamento do caso "Myrna Mack Chang v. Guatemala". Na ocasião, a CIDH afirmou o seguinte:

²⁶³ Em tradução livre: Os Estados partes dos tratados de direitos humanos como exemplo da CADH, supõem a obrigação internacional de "respeitar os direitos e as liberdades reconhecidas nela e garantir seu exercício livre e total a toda a pessoa que é sujeita a sua jurisdição, sem discriminação alguma". Estas obrigações de respeito e de garantia dos direitos reconhecidos na CADH são complementares a obrigação internacional específica de cada Estado, de adotar as disposições necessárias em seu direito interno, para que tais direitos sejam efetivos. Neste sentido, em conformidade com a CADH, se o exercício desses direitos não estiver já garantido por disposições legislativas ou de outro carácter, os Estados partes se comprometem a adotar, com adequação a seus procedimentos constitucionais e as disposições desta convenção, as medidas legislativas ou de outro carácter que forem necessários para tornar efetivos tais direitos e liberdades. AYALA CORAO, Carlos. Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional 72, México: Porrúa, 2013, p. 104 y ss

First of all, the Court, exercising its adjudicatory function, applies and interprets the American Convention and, when a case has been brought before its jurisdiction, it has the authority to find that a State Party to the Convention has incurred international responsibility by violating its provisions.²⁶⁴

Deve-se enfatizar que o controle está condicionado à aderência do Estado a determinado tratado internacional sob a tutela da Corte Interamericana, bem como ao reconhecimento da jurisdição da CIDH em cláusula facultativa (os EUA, por exemplo, não reconhecem a jurisdição da CIDH).

Segundo Valério Mazzuoli, controle de convencionalidade está ligado à “compatibilidade vertical das normas do direito interno com as convenções internacionais de direitos humanos em vigor em um determinado país”²⁶⁵, sendo a possibilidade de um juízo ou tribunal controlar a convencionalidade, que poderá ser realizada através da via difusa, na qual todo o juiz ou tribunal poderá controlá-la, ou pela via concentrada, no qual o controle se concentra em um tribunal apenas (o guardião da constituição, no caso brasileiro, o STF).

Assim, no caso *Almonacid Arellano* a CIDH se ocupou de tal problemática, referindo-se a delitos de lesa humanidade, que é consciente que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e obrigados a aplicar as normas vigentes no ordenamento jurídico.

²⁶⁴ Tradução livre: Antes de tudo, a corte, exercitando sua função adjudicatória aplica e interpreta a convenção americana e, quando um caso foi trazido ante a sua jurisdição, tem a autoridade para entender que um Estado Parte da convenção incorreu em responsabilidade internacional violando suas provisões. CIDH. Caso *Myrna Mack Chang v. Guatemala*. Sentença de 25 de novembro de 2003. Serie C n.101.

²⁶⁵ . Deve-se atentar que Valério Mazzuoli compreende o controle de convencionalidade como compatibilidade das leis com os tratados internacionais de direitos humanos. Os tratados internacionais gerais e a compatibilização das leis internas com os mesmos ele denomina de controle de supralegalidade - diferentemente do que entende Luiz Flávio Gomes, que traduz controle de supralegalidade como sinônimo de controle difuso de convencionalidade. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional de convencionalidade das leis. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 23

En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.²⁶⁶

Conforme orienta Ingo Scarlet, para além do controle concentrado a CIDH realiza o controle sobre lei ou ato normativo que incide sobre determinado caso concreto e também pode declarar a (in)convencionalidade em abstrato de determinada disposição normativa interna, similarmente ao que ocorre no controle de constitucionalidade exercido pelo STF.²⁶⁷

Assim, o controle de convencionalidade é exercido através de uma harmonização das leis de um país, tendo-se como parâmetro os tratados internacionais, que poderão ser tratados internacionais que versem sobre temas diversos ou tratados internacionais sobre direitos humanos. No caso brasileiro, após a EC 45/04, os tratados internacionais de direitos humanos foram divididos ainda em dois blocos distintos: aqueles que tiveram aprovação por 3/5 em cada casa do Congresso Nacional, sendo equivalentes à EC, e, ainda, aqueles que não tiveram esse quórum de aprovação e assim, não são equivalentes a EC.

O controle de convencionalidade está diretamente relacionado aos casos de (in)compatibilidade legislativa com os tratados de direitos humanos. O controle de convencionalidade pode ser uma técnica legislativa de compatibilização, no qual o parlamento com os instrumentos de direitos humanos ratificados pelo país,

²⁶⁶ Tradução livre: Em outras palavras o poder judiciário de exercer uma espécie de controle de convencionalidade entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Corte CIDH Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile, Sentença de 26 de setembro de 2006, Serie C No. 154.

²⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 1191-1192.

realiza um controle; mas também poderá ser um meio de controle judicial de convencionalidade, no qual há a declaração de invalidade de leis incompatíveis com os tratados internacionais, tanto pela via de exceção, difusa, processo subjetivo, quanto pela via de ação, concentrado, processo objetivo.²⁶⁸

Em relação aos fundamentos e requisitos do controle de convencionalidade, a própria CIDH, no caso *Boyce e otros Vs. Barbados*, explica de maneira concreta como deve ser implementado no âmbito interno. Orienta que os tribunais nacionais não somente devem limitar a realizar um exame de constitucionalidade, mas também de convencionalidade.

No caso a Corte ainda observa que a jurisdição interna havia feito uma análise puramente constitucional da questão litigiosa na qual não levaram em conta as obrigações que tem o Estado conforme o Pacto de São José de Costa Rica. Reforça que de acordo com a Convenção de Viena sobre os Tratados (artigo 26), o Estado deve cumprir de boa fé com suas obrigações convencionais, “e não poderá invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o descumprimento das obrigações convencionadas”²⁶⁹

Nestor Pedro Sagués aponta três fundamentos principais para o Controle de Convencionalidade. Um primeiro fundamento advém do princípio da boa-fé no cumprimento das obrigações internacionais por parte dos Estados, obrigação de cumprir com o pacto comprometido (*pacta sunt servanda*). Um segundo fundamento é derivado do princípio do efeito útil dos convênios cuja eficácia não pode ser afastada por normas praticas dos Estados. Por fim, um

²⁶⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional de convencionalidade das leis. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 74

²⁶⁹ Corte IDH, Caso *Boyce y otros Vs. Barbados*, Sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C No. 169

terceiro fundamento conecta-se ao princípio internacionalista que impede alegar-se direito interno para eximir-se dos deveres sobre direitos dos tratados.²⁷⁰

Inicialmente, no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o Controle de Convencionalidade era feito de maneira concentrada, através de um único órgão, onde exercia a competência das leis e outras normas locais. Porém com o passar dos anos, foi entendido que poderia ser exercido o referido controle por qualquer juiz, ao passo que passou a ser realizado de maneira Difusa.²⁷¹

O Controle Concentrado de Convencionalidade era realizado de maneira contenciosa, ordenando ao Estado que modificasse sua legislação interna. A partir de então a Corte começou a declarar a responsabilidade internacional dos Estados que violassem o direito convencional, marcando o início do Controle de Convencionalidade através de diversos casos: Caso Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia no Brasil); Caso Barrios Altos (Peru); Caso Almonacid Arellano (Chile); Caso Guelman (Uruguai), entre outros.²⁷²

Para além, o Estado pode ser condenado a reparar os danos causados em razão da prática de determinada atividade danosa ou aplicação de uma norma incompatível com o direito internacional dos direitos humanos.

²⁷⁰ SAGUÉS, Nestor Pedro. El control de convencionalidad em el sistema interamericano, y sus anticipos em el ámbito de los derechos económico-sociales: concordancias e diferencias com el sistema europeo. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/>. Acesso em: 28 abr. 2012, p. 384

²⁷¹ CANOSA, Eduardo Andrés Velandia. Derecho Procesal Constitucional. Bogotá, Colômbia: Legis, 2014, p 666

²⁷² ORTEGA, Roberto Niembro. Sobre la legitimidad democrática del diálogo entre jueces nacionales e internacionales tratándose de derechos fundamentales. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). Estudios Avanzados de derechos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013., p. 115-116

O Controle Difuso de Convencionalidade é aquele onde cabe a qualquer juiz a legitimidade para exercê-lo, independentemente de sua jurisdição. A Corte Interamericana preconiza que devem exercer o referido controle os juízes e autoridades públicas dos mais diversos Estados.

Em suma, ao longo da experiência da CIDH houve a evolução do conceito do controle de convencionalidade que pode ser condensado como: a) verificar a compatibilidade das normas e demais práticas internas com a CADH, a jurisprudência da CIDH e os demais tratados interamericanos dos quais os Estados sejam partes; b) é uma obrigação que corresponde a toda autoridade no âmbito de suas competências; c) para efeitos de determinar a compatibilidade com a CADH, não somente se deve tomar em conta o tratado, mas também a jurisprudência da CIDH e os demais tratados interamericanos dos quais os Estados sejam partes; d) é um controle que deve ser realizado *ex officio* por toda autoridade pública; e) sua execução pode implicar na supressão de normas contrárias a CADH ou bem sua interpretação conforme a da CADH, dependendo das faculdades de cada autoridade pública.

Com relação ao controle *ex officio*, assim decidiu a CIDH:

Quando um Estado tenha ratificado um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes também estão submetidos a ela, o que os obriga a zelar pelo efetivo cumprimento da Convenção para que não se veja reduzida ou anulada pela aplicação de leis contrárias às suas disposições, objeto e finalidade. Em outras palavras, os órgãos do Poder Judiciário deve exercer não só um controle de constitucionalidade, mas também de "*convencionalismo*" *ex officio* entre normas internas e na Convenção Americana claramente no âmbito das respectivas competências e os regulamentos processuais correspondentes. Esta função não deve ser limitada exclusivamente às declarações ou ações dos demandantes em cada caso, mas não implica que esse controle deve

sempre ser exercido sem considerar outras ações admissíveis e tais processuais e materiais.²⁷³

A obrigação de realizar o controle de convencionalidade pelos juízes nacionais e seus órgãos vinculados da administração da justiça em todos os níveis, foi consubstanciado no caso *Cabrera García e Montiel Flores Vs. México*, em novembro de 2010.

Recentemente no Brasil, o Ministro Luis Edson Fachin em seu voto no julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2.404, que se iniciou em 2011, aplica as normas da CADH nitidamente o controle ex officio, para fundamentá-lo, veja-se:

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos, no entanto, restringe ainda mais as limitações constantes dos demais tratados internacionais ao admitir apenas o controle posterior, nos termos do art. 13, § 2o, com os mesmos fundamentos do Pacto Internacional. Além disso, a permissão da classificação prévia é admitida apenas nos estritos limites do art. 13, § 4o, como se indicou acima. Ainda assim, frise-se uma vez mais, nem o Pacto, nem a Constituição autorizam a proibição da exibição. Por isso, mais feliz é a expressão constitucional quando alude ao caráter indicativo desempenhado pela classificação.²⁷⁴

Este Tribunal estabeleceu na sua jurisprudência que reconhece que as autoridades nacionais estão sujeitas ao Estado de direito e, portanto, são obrigados a aplicar as disposições da lei. Mas quando um Estado é parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana,

Este Tribunal estabeleceu na sua jurisprudência que reconhece que as autoridades nacionais estão sujeitas ao Estado de direito e, portanto, são obrigados a aplicar as disposições da lei. Mas quando um Estado é parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, seus órgãos, incluindo os seus juízes, também estão sujeitos a isso, o que os

²⁷³ Corte IDH, Caso *Trajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 128.

²⁷⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal – STF - ADI: 2404 DF, Voto: Min. Luiz Edson Fachin, Data de Julgamento: 13/11/2015, Data de Publicação: DJe-38 PUBLIC 13/11/2015.

obriga a garantir que os efeitos das disposições da Convenção não são afetadas pela aplicação de regras contrárias ao seu objeto e finalidade. Os juízes e os órgãos ligados à administração da justiça em todos os níveis são obrigados a exercer ex officio "controle de convencionalidade" entre as normas nacionais e da Convenção Americana claramente no âmbito das respectivas competências e normas processuais correspondente.²⁷⁵

A mera contrariedade entre direito interno e direito internacional (tratados e jurisprudência internacional) não admite automaticamente a invalidação do ato nacional. Essa declaração de inconvenção exige (a) além da contrariedade (b) que haja proteção menos efetiva ou restrições mais salientes aos direitos humanos pelo direito interno (leis, atos administrativos, sentenças judiciais, Constituição). Caso isso não ocorra, a mera contrariedade não importa inconvenção. Ao controle de convencionalidade se institui a partir de um fluxo normativo que deriva do direito internacional.²⁷⁶

Determina ainda a CIDH que o controle de convencionalidade se estenda a outros tratados de direitos humanos, como decidiu no caso *Gudiel Álvarez e outros Vs Guatemala*:

Este Tribunal também estabeleceu na sua jurisprudência que, quando um Estado é signatário de tratados internacionais como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e a Convenção de Belém do Pará, estes tratados são vinculativos para todos os seus órgãos, inclusive o judiciário, cujos membros devem garantir que os efeitos das disposições destes tratados não ver afetado pela aplicação de normas ou interpretações contrárias ao seu objeto e finalidade. Os juízes e os órgãos ligados à administração da justiça em todos os níveis são obrigados a exercer ex officio controle de convencionalidade entre as disposições nacionais e tratados sobre direitos humanos que o Estado seja parte, obviamente, sob as respectivas competências e os regulamentos processuais correspondentes.

²⁷⁵ CIDH Caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

²⁷⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional de convencionalidade das leis. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 87.

Trata-se do que se define como diálogo entre cortes ou diálogo interjurisdicional. Significa que além da questão da vinculação dos juízes aos julgados com caráter obrigatório em ambiente nacional, tem-se desde há algum tempo, outra questão que merece uma atenção cada vez mais acurada, que diz respeito não somente ao diálogo vertical entre tribunais de um mesmo Estado nacional, mas, ainda, ao diálogo entre cortes nacionais e tribunais internacionais, que se estabelece segundo uma lógica horizontal.

Em que pese a responsabilidade internacional do Estado que descumprir a deliberação da CIDH estar expressamente prevista nos artigos 1.1, 2º e 65 da Convenção Americana²⁷⁷, já se apontou que há focos de resistência em determinados países latino-americanos, obstaculizando que o crivo de convencionalidade se operacionalize de modo adequado. Tais posturas fogem do campo jurídico, adentrando em especificidades das relações diplomáticas e políticas internacionais que em nada acrescentam à necessidade de se fortalecer a cultura de direitos humanos no continente.

O Brasil, no caso “Belo Monte”, também reagiu incisivamente à determinação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em sede de medida cautelar, para que o governo suspendesse imediatamente o processo de licenciamento do projeto da Usina Hidroelétrica de Belo Monte e impedisse a realização de qualquer obra material de execução até a observação de determinadas condições.²⁷⁸

²⁷⁷ A efetividade das decisões da Corte Interamericana é fruto de intenso debate doutrinário. Ver: RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013., p. 252-255.

²⁷⁸ CmiDH, MC 382/10 - Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu, Pará, Brasil. Disponível em <<http://cidh.oas.org/medidas/2011.port.htm>>. Acesso em: 02 de novembro de 2015

Imediatamente após a publicação da decisão, o Ministério das Relações Exteriores expediu nota afirmando que “o governo brasileiro considera as solicitações da CIDH precipitadas e injustificáveis”.²⁷⁹

A vinculação dos poderes constituídos da república brasileira deve ter como parâmetro, portanto, além da Constituição Federal, a Convenção Americana de Direitos Humanos e tratados conexos, sem esquecer-se dos precedentes da Corte Interamericana, que tem a prerrogativa de uniformizar a interpretação do tratado internacional de direitos humanos na América Latina.

O controle interno da convencionalidade das leis e atos normativos, ainda incipiente no país, deve receber maior atenção da comunidade jurídica, tal como ocorre com o controle de constitucionalidade, para que ocorra um diálogo jurisdicional entre o plano interno e o internacional que gere frutos ao fortalecer a cultura de direitos humanos.

²⁷⁹ Brasil. Ministério das Relações Exteriores. Solicitação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da OEA. Nota à imprensa nº 142. Brasília, 5 de abril de 2011. Disponível em <www.itamaraty.gov.br>. Acesso em: 02 de novembro de 2015.

4 O SISTEMA INTERNACIONAL DE RESPONSABILIDADE ESTATAL FRENTE A VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS SOB A LUZ DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO

A responsabilidade internacional do Estado por violações aos direitos humanos tem suas raízes na preocupação do tratamento dado ao estrangeiro. De fato, a responsabilidade do Estado por danos causados a estrangeiros tem origem no controle exercido sobre certo território pelo Estado e, o tratamento adequado corresponde a um *standard* mínimo internacional de justiça.

Na doutrina tradicional do direito internacional, o dano ao estrangeiro consiste indiretamente em um dano ao Estado de sua nacionalidade, considerando esta a origem da proteção diplomática. Todavia, ressalta-se que a proteção diplomática é uma faculdade do Estado, podendo ou não ser exercida.

Em que pese a raiz da responsabilidade estatal por violações aos direitos humanos estar na proteção diplomática, o seu fundamento encontra-se no Direito Internacional dos Direitos Humanos, onde o foco é a pessoa e não o Estado, como já verificado.

Assim o indivíduo passou a ser visto como “eixo da atividade internacional”. Em 1948 a Carta de São Francisco e a Declaração Universal de Direitos Humanos consolidam ainda mais essa proteção no âmbito internacional²⁸⁰

Mas, como já demonstrado, foi após a Segunda Grande Guerra que esse movimento ganha elevadas proporções com as grandes violações aos direitos

²⁸⁰ RAMOS, André de Carvalho. RAMOS, André de Carvalho. Direitos Humanos em Juízo. Comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 2001p. 39-41

humanos, ocasionadas por movimentos segregatórios. Diversos foram os instrumentos utilizados internacionalmente objetivando-se a proteção desses direitos.

Aqui, guarda relevo o Tribunal de Nuremberg²⁸¹ como marco da responsabilidade por violações a Direitos Humanos para além da imputação estatal, mas também para o indivíduo como ofensor. Tendo um duplo significado para o processo de internacionalização dos direitos humanos: não apenas consolida a ideia da necessária limitação da soberania estatal, como reconhece que os indivíduos têm direitos protegidos pelo direito internacional.²⁸²

Esta foi a primeira vez que um tratado internacional estabeleceu a responsabilidade individual em virtude de violação de direitos humanos em uma guerra. O julgamento de Nuremberg, em que pese suas críticas, além de ter sido um marco do Direito Internacional, impulsionou grandes mudanças na estrutura do Sistema Jurídico Internacional do século XX ao abordar, na seara jurídica internacional, tão inovadores temas como o já citado crime de genocídio além dos crimes contra a paz e dos crimes contra a humanidade.

A partir deste marco tornou-se possível e real a criação de organismos de defesas internacionais como a Carta das Nações Unidas e posteriormente o Tribunal Penal Internacional. Estes organismos trazem em sua

²⁸¹ O Tribunal foi constituído por quatro membros e quatro suplentes das quatro grandes potências vencedoras: EUA, URSS, Reino Unido e França, criado pela Conferência de Londres de 1945, assinado, no dia 8 de agosto de 1945, o Ato Constitutivo do Tribunal Militar Internacional e seu Estatuto. Vide ACCIOLY, Hildebrando. Manual de Direito Internacional Público. 14 ed., São Paulo : Saraiva, 2000, p. 516-517

²⁸² PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 123

essência as bases do tribunal militar constituído em 1945 e buscam hoje punir aqueles que atentam contra o direito internacional.

Com isso inaugura-se uma nova fase no sentido de transformar o direito internacional em algo a mais do que simplesmente regular relações estatais, no âmbito governamental²⁸³. Ou seja, o indivíduo passa a ser considerado como sujeito de direito na esfera internacional. É nesse tocante que se fala em *internacional accountability* com a proteção dos direitos humanos com a efetiva responsabilização dos Estados quando descumpridos esses direitos. Destarte:

registre-se, ainda, a importância da responsabilidade internacional por violação de direitos humanos no sentido de reafirmar a juridicidade do conjunto de normas voltado para a proteção dos indivíduos e para a afirmação da dignidade humana. Além disso, ressalte-se o caráter preventivo das regras de responsabilização ao Estado infrator, pois estas podem evitar que novas violações de direitos humanos ocorram, conforme se verá a seguir²⁸⁴.

De maneira geral, os sistemas de proteção internacional de direitos humanos, tanto em sistemas jurídicos, contemplam três elementos: o normativo, o orgânico e o procedimental. Em relação ao normativo, os instrumentos internacionais reconhecem os valores invocados (habitualmente no preâmbulo), as obrigações gerais dos Estados em matéria de direitos humanos, os direitos e liberdades garantidos, certos parâmetros sobre interpretação e critérios normativos para as restrições de direitos e solução de conflitos em caso de choque de direitos.

²⁸³ Ibidem, p. 113

²⁸⁴ CORREIA, Ludmila Cerqueira. Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: o Brasil e o caso Damião Ximenes. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2045455>. Acesso em: 04 dez. 2014

Os instrumentos criam órgãos para a proteção dos direitos, assinalam qual será sua integração e as funções que desenvolverão. Em relação aos procedimentos, desenham-se diversos sistemas de proteção, dentro dos quais, destacam-se, por serem os mais usados, os informes (seja de países ou temáticos), observações gerais (através das quais os órgãos entregam um guia aos Estados para interpretar as obrigações do tratado) e procedimentos para o conhecimento de casos individuais. Os órgãos e procedimentos constituem a base dos mecanismos de proteção internacional.

Costuma-se utilizar como fundamento de impossibilidade de verificação da falta de cumprimento dos direitos humanos o não esgotamento da matéria no plano interno de cada Estado. Neste sentido, Flávia Piovesan pontua que:

(...) a sistemática internacional, como garantia adicional de proteção, institui mecanismos de responsabilização e controle internacional, acionáveis quando o Estado se mostra falho ou omissor na tarefa de implementar direitos e liberdades fundamentais²⁸⁵.

Portanto, a questão do esgotamento dos recursos internos é de extrema polêmica no que tange à responsabilidade estatal. Sobre esse tocante menciona Antônio Augusto Cançado Trindade que *nos experimentos internacionais contemporâneos de proteção dos direitos humanos, a regra do esgotamento dos recursos internos tem operado como uma objeção dilatória ou temporal de natureza processual*.²⁸⁶

Com esta ótica o que se defende é que:

²⁸⁵ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Globalização. SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). Direito Global. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 200.

²⁸⁶ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. O Esgotamento de Recursos Interno no Direito Internacional. 2. ed. Brasília: UNB, 1997. p. 244

O Estado tem que prover recursos internos aptos a reparar os danos causados aos indivíduos, mas, em caso de inadequação destes recursos, o Estado responde duplamente: pela violação inicial aos direitos humanos e também por não prover o indivíduo de recursos internos aptos a reparar o dano causado²⁸⁷

Assim, não se concorda com a perspectiva de que é possível invocar a jurisdição internacional se esgotados os meios internos de discussão da lide, com a possibilidade de reparação de danos no âmbito interno. Adentrando no conceito de responsabilidade, conforme menciona André de Carvalho Ramos:

(...) a responsabilidade internacional do Estado é, de regra, apresentada como sendo uma obrigação internacional de reparação em face de violação prévia de norma internacional. Nesse sentido, a responsabilidade internacional é uma verdadeira obrigação de reparar os danos oriundos de violação de norma do Direito Internacional.²⁸⁸

Assim sendo, o sistema internacional invoca um parâmetro de ação para os Estados, legitimando o encaminhamento de denúncias se as obrigações internacionais são desrespeitadas. Tem-se que o descumprimento de obrigação internacional acarreta na responsabilização do Estado no âmbito internacional pelos danos efetivamente causados:

Existem dois modos reconhecidos pelos Estados para se constatar a responsabilidade de um Estado pela violação de seus compromissos internacionais: o modo unilateral e o modo coletivo ou institucional. O modo unilateral é aquele pelo qual o Estado dito ofendido afirmar ter ocorrido violação de seu direito e exige reparação do Estado dito ofensor. Desse modo, o próprio Estado analisa o pretense fato internacionalmente ilícito cometido e requer reparação ao Estado ofensor, podendo, se não atendido, sancionar unilateralmente esse Estado.²⁸⁹

²⁸⁷ BOTELHO, Tatiana. Direitos Humanos sob a ótica da Responsabilidade Internacional (1215-2004). Revista da Faculdade de Direito de Campos. a. VI, n. 6, Junho de 2005. p. 642

²⁸⁸ RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2004., p. 69

²⁸⁹ *ibidem*. 51-52

Com efeito, diz-se que a responsabilidade internacional é descentralizada, pelo fato de não haver órgãos centrais e autônomos que desempenhem as três funções estatais (Legislativo, Executivo e Judiciário). Além disso, não há essa relação de hierarquia, uma vez que os Estados são tratados de forma igualitária, além de serem independentes, reconhecendo-se a soberania de cada um.²⁹⁰

Em 1989 foi ratificada a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Posteriormente foram ratificadas a Convenção sobre os Direitos da Criança, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher²⁹¹, dentre outros.

Cabe agora pontuar a responsabilidade internacional do Estado, diante da trilogia (norma, órgãos e procedimentos) a qual permite analisar os diferentes sistemas de proteção dos direitos humanos. Este conjunto de elementos é o que se pode considerar como a base de sistema internacional de proteção dos direitos humanos ou direito internacional dos direitos humanos. E a par disso, considerando a regra geral prevista na teoria da responsabilidade internacional do Estado constituída basicamente em quatro elementos: ação que provoque um dano, com nexos causal, desde que existente o elemento culpa, como o Brasil fundamenta

²⁹⁰ RIBEIRO, Jomara de Carvalho Ribeiro. A Responsabilidade internacional como consequência da igualdade soberana dos Estados. MENEZES, Wagner (Coord.). Estudos de Direito Internacional. v. 4. Curitiba: Juruá, 2005. p. 270

²⁹¹ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Globalização. SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). Direito Global. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 202

a responsabilidade internacional a luz dos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal.

4.1 Responsabilidade Internacional do Estado

A priori, quando um sujeito de Direito viola uma norma ou um dever a que está adstrito em relação a outro sujeito ou quando, de alguma forma, causa-lhe um prejuízo, incorre em responsabilidade; fica constituído em dever específico para com o lesado. Em breves linhas, consiste a base da responsabilidade.

Assim como, na ordem interna, o Estado responde também pelos prejuízos que decorram de seus atos ou omissões, inclusive de seus órgãos ou agentes, também na ordem internacional o Estado e os demais sujeitos de Direito internacional respondem pelos atos ilícitos que pratiquem ou por certos atos lícitos que lesem direitos e interesses de outros sujeitos.

A juridicidade do Direito internacional implica, como corolário, o princípio da responsabilidade internacional. Dessa maneira, tem como principal objetivo garantir o respeito à igualdade soberana dos Estados, quando há violação a um direito subjetivo de outro Estado ou da comunidade internacional²⁹².

As normas existentes sobre responsabilidade internacional do Estado referem-se aos princípios comumente aplicados para determinar quando e como um Estado é responsável por uma violação de uma obrigação internacional. Em vez de definir de forma específica alguma obrigação em particular, as regras da

²⁹² RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 54

responsabilidade do Estado determinam, de forma geral, quando uma obrigação internacional foi desrespeitada e as consequências jurídicas dessa violação.

Dessa forma, elas são consideradas normas “secundárias” por tratarem de questões procedimentais da responsabilidade e de recursos disponíveis diante violação das normas “primárias” ou substantivas do direito internacional²⁹³.

As normas gerais de responsabilidade internacional estabelecem a) as condições para um ato se qualificar como internacionalmente ilícito, b) as circunstâncias em que as ações de funcionários, particulares e outras entidades podem ser atribuídas ao Estado, c) as defesas gerais que podem ser levantadas pelos Estados e d) as consequências da responsabilidade.

No âmbito da ONU, a Comissão de Direito Internacional (CDI) iniciou em 1955 o projeto relativo à responsabilidade internacional do Estado tendo-o concluído em 2001, e seus artigos foram adotados pela Assembleia Geral na Resolução 56/83 de dezembro de 2001, sob a égide do relator James Crawford²⁹⁴.

O texto divide-se em quatro partes: a primeira parte versa sobre o ato internacional ilícito, a segunda parte trata do conteúdo da responsabilidade internacional de um Estado, a terceira versa sobre a implementação da responsabilidade internacional de um Estado e a quarta trata das disposições gerais.

A responsabilidade internacional por ato ilícito surge, segundo o texto da CDI, sempre que um Estado cometer um ato ilícito perante o Direito

²⁹³ DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. Direito Internacional Público. Tradução Vítor Marques Coelho. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003

²⁹⁴ ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS). International Law Commission. Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. Genebra, 2001. Disponível em: < http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf >. Acesso em: 25 mai. 2015.

Internacional, pouco importando se o ato (ou omissão) é tido como lícito pela legislação interna desse Estado. Os elementos que caracterizam o ato ilícito são: a) a possibilidade de ele ser atribuído a um Estado segundo o Direito Internacional; b) a infração a uma obrigação internacional do Estado.

Art. 2º Elementos de um ato internacionalmente ilícito do Estado Há um ato internacionalmente ilícito do Estado quando a conduta, consistindo em uma ação ou omissão: a) é atribuível ao Estado consoante o Direito Internacional; e b) constitui uma violação de uma obrigação internacional do Estado.²⁹⁵

Vê-se, pois, que existe um elemento subjetivo, o qual é a atribuição do ato (ou omissão) a um Estado, e um elemento objetivo, o qual é o desrespeito a uma obrigação internacional. É provável que a comissão tenha evitado utilizar os termos “subjetivo” e “objetivo”, ao definir os elementos, para não causar confusão com as responsabilidades objetiva e subjetiva.

Para haver a responsabilização, não importa qual a posição do agente que provocou o ato, ou seja, não importa se foi um único funcionário público, um órgão federal, um órgão estadual, ou mesmo se esse agente possui função legislativa, executiva ou judiciária. Também são abrangidos aqueles agentes que, embora não façam parte da estrutura estatal, desempenham atividades as quais, dentro do Direito interno do Estado, sejam objeto de delegação da autoridade governamental. Ainda, mesmo que o agente aja cometendo abuso de autoridade ou desvio de função, o Estado é responsável por essa conduta.

²⁹⁵ ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS). International Law Commission. Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. Genebra, 2001. Disponível em: < http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf >. Acesso em: 25 mai. 2015.

Art. 4º Conduta dos órgãos de um Estado 1. Considerar-se-á ato do Estado, segundo o Direito Internacional, a conduta de qualquer órgão do Estado que exerça função legislativa, executiva, judicial ou outra qualquer que seja sua posição na organização do Estado -, e independentemente de se tratar de órgão do governo central ou de unidade territorial do Estado. 2. Incluir-se-á como órgão qualquer pessoa ou entidade que tenha tal status de acordo com o direito interno do Estado.²⁹⁶

Para que se caracterize um desrespeito a uma obrigação internacional, é necessário, segundo o texto da CDI, que um ato (ou omissão) de um Estado não esteja em conformidade com o que é requerido por essa obrigação, não importando a origem ou caráter desse ato.

Art. 12. Existência de uma violação de uma obrigação internacional
Há uma violação de uma obrigação internacional por um Estado quando um ato deste Estado não está em conformidade com o que lhe é requerido pela obrigação, seja qual for a origem ou natureza dela²⁹⁷

Para tanto, essa obrigação já deve ser reconhecida ao tempo em que se realiza o ato. O momento da ocorrência da infração é tido como aquele em que se realizou o ato (se ele não for contínuo) ou todo o período de duração do ato contínuo. Para os atos compostos, ou seja, aqueles que podem ser agrupados dentro de um agregado definido como ilícito, considera-se como momento da ocorrência todo o período que se acha entre o primeiro desses atos e o último.

No âmbito interno brasileiro, quando se fala em responsabilidade estatal, prevê a Constituição da República de 1988, em seu art. de que a

²⁹⁶ ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS). International Law Commission. Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. Genebra, 2001. Disponível em: < http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf >. Acesso em: 25 mai. 2015

²⁹⁷ Idem.

responsabilidade estatal é objetiva. No mesmo diapasão caminha a responsabilidade no plano internacional. Por meio dela não é necessária a comprovação do elemento culpa, mas tão somente a ação, o dano e o nexu causal.

Nesse sentido assinala André de Carvalho Ramos que pela jurisprudência internacional o predomínio é o da aplicação da teoria objetiva pelo fato da *necessidade de interpretar os dispositivos internacionais de direitos humanos em benefício do indivíduo, como fruto da natureza objetiva dessas normas*²⁹⁸.

Assim sendo:

(...) a responsabilidade internacional do Estado baseia-se no resultado lesivo e no nexu causal entre a conduta do Estado e a violação de obrigação internacional, sem espaço para averiguação da culpa ou dolo do agente órgão do Estado, facilitando a concretização da responsabilidade estatal e a consequente reparação aos indivíduos vítimas de violações de direito humanos.²⁹⁹

Independente do ordenamento interno, a responsabilidade internacional do Estado é disciplinada e sancionada pelo Direito Internacional como decorrência da igualdade soberana dos países.

Os princípios adotados pela Comissão diferem pouco dos que vigem nos sistemas jurídicos ocidentais em matéria de responsabilidade civil. Essencialmente, decorrem da regra de que toda quebra de compromisso internacional constitui ato ilícito apto a engendrar a responsabilidade estatal. A origem ou natureza do ato ilícito é irrelevante para determinar o dever de reparar,

²⁹⁸ RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 92

²⁹⁹ Ibidem. p. 410

que surge tanto do inadimplemento de um tratado como da prática de um ato ilícito de tipo extracontratual.³⁰⁰

A obrigação de reparar complementa-se com o dever de fazer cessar os atos lesivos contínuos (*cessation*) e de oferecer garantias de não reincidência (*nonrepetition*)³⁰¹. As causas de exoneração da responsabilidade incluem o consentimento do Estado lesado (*consent*), a autodefesa exercida de acordo com a Carta das Nações Unidas (*selfdefence*), as contramedidas (*countermeasures*), a força maior (*force majeure*), o estado de perigo (*distress*) e a necessidade (*necessity*).³⁰²

A Comissão consolidou o entendimento consagrado na jurisprudência internacional de que o Estado causador do dano tem o dever de proporcionar ao Estado lesado uma reparação plena (*full reparation*), sob a forma de restituição (*restitution*), indenização (*compensation*) ou satisfação (*satisfaction*), separadas ou combinadas.

A restituição integral (*restitutio in integrum*) é a modalidade ideal de reparação porque consiste no restabelecimento das coisas ao status quo ante,

³⁰⁰ . BROWNLIE, Ian. Principles of Public International Law. 4^a ed. Oxford: Oxford University, 1990. p. 434

³⁰¹ Artigo 30 do Projeto de sobre Responsabilidade Internacional dos Estados. ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS). International Law Commission. Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. Genebra, 2001. Disponível em: < http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf >. Acesso em: 25 mai. 2015

³⁰² Artigos 20 a 27 do Projeto de sobre Responsabilidade Internacional dos Estados. ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS). International Law Commission. Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. Genebra, 2001. Disponível em: < http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf >. Acesso em: 25 mai. 2015

desde que seja materialmente possível e não acarrete ao Estado responsável ônus desproporcional ao dano causado.³⁰³

A indenização é a reparação aplicável quando a restituição é impossível ou inadequada. O Direito Internacional garante a indenização de um Estado pelos danos causados por outro Estado³⁰⁴

O princípio de que um delito internacional gera uma obrigação de reparação e que a reparação deve na medida do possível, erradicar as consequências do ato ilegal, é a base da lei internacional sobre responsabilidade, surgido no interior de uma concepção bilateral restrita de responsabilidade internacional do Estado³⁰⁵

Esta concepção estritamente civilista, interpessoal, fora criada para uma sociedade internacional composta por soberanias justapostas, na qual cada Estado era livre para prosseguir os seus próprios interesses, sem respeito pelos objetivos e valores de uma comunidade internacional inexistente, ou ao menos, embrionária, quando ainda era arriscado falar de ordem pública internacional³⁰⁶.

Tendo em vista que a análise da responsabilidade internacional do Estado nas últimas décadas mostrou-se relevante, não apenas pelo seu papel de atribuir efetividade ao Direito Internacional, mas também pelas transformações ocorridas neste próprio instituto. O pensamento da responsabilidade tradicional com mecanismo bilateral contudo, não mais corresponde ao atual estágio do Direito

³⁰³ Corte Permanente de Justiça Internacional: Usine de Chorzów, acórdão de 13/9/28 sobre o mérito, p. 47

³⁰⁴ Corte Internacional de Justiça: Gabèikovo-Nagymaros project, acórdão de 25/9/97, § 152

³⁰⁵ SHELTON, Dinah. Righting Wrongs: reparations in the articles on state responsibility. The American Journal of International Law. Vol. 96, No. 4, 832–856, oct. 2002. Disponível em: < <http://www.asil.org/ajil/ilcsymp5.pdf> >, Acesso em: 06 apr. 2014, p.835

³⁰⁶ DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. Direito Internacional Público. Tradução Vítor Marques Coelho. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 778

Internacional, ganhando contornos multilaterais a partir do reconhecimento de categorias como regras *jus cogens* e obrigação *erga omnes*.

A consolidação de uma ordem pública internacional não eliminou as relações bilaterais entre os sujeitos internacionais e nem pretende. Entretanto, durante o desenvolvimento da teoria da responsabilidade internacional do Estado, consagrado pelo Projeto de Artigos sobre Responsabilidade do Estado por Atos Internacionalmente Ilícitos, o Direito Internacional não permanecera estático e se desenvolvera e inseriu em seu bojo a responsabilidade internacional do Estado por violação de norma imperativa.

4.1.1 A responsabilidade internacional do Estado por violação de norma imperativa

No momento em que os indivíduos tornaram-se sujeitos de Direito Internacional, com direitos e deveres, novas classes de normas jurídicas surgiram, representando o surgimento de certos valores transcendentais em referência aos egoísmos nacionais, traduzidos em normas imperativas que se impõem a todos no interesse da comunidade internacional no seu conjunto, influenciando, conseqüentemente, o tratamento atribuído à responsabilidade internacional do Estado.

Para André de Carvalho Ramos, três são as funções para a apuração de responsabilidade internacional do Estado. A primeira é a de verificação em relação à conduta que lesionou direito, com a coleta de informações sobre a conduta estatal violadora de direitos humanos. Na sequência existe uma fase de correção objetivando-se uma nova conduta estatal em relação àquela violadora (ou

seja, consiste na reparação do dano). A última fase é a de interpretação estabelecendo-se o correto sentido da norma que visa proteger os direitos humanos³⁰⁷.

Sendo assim, o Artigo 40 do Projeto de Crawford que resultou na mencionada Resolução 56/83 da AGU suprimiu da redação anterior o conceito de “crime internacional” e como ficaram estabelecido os artigos 40 e 41 do Projeto da CDI, se deparou uma nova questão sobre quais seriam as violações graves contra o direito internacional público e também quais seriam essas obrigações que protegem interesses essenciais da comunidade internacional e quando seriam considerados violados.³⁰⁸

Importante salientar, que o Artigo 40 do Projeto de Crawford da CDI trouxe as mesmas consequências da primeira leitura dos crimes internacionais elencados no projeto anterior. O objetivo desse artigo é que os Estados cumpram suas obrigações internacionais de proteger valores fundamentais reconhecidos na Comunidade Internacional, nos quais sua violação afete toda Comunidade, responsabilizando mais gravemente na ação ou omissão do Estado em decorrência dessa infração.

O objetivo é dar uma maior proteção a uma norma imperativa decorrente do direito internacional, e que deve ser aceita pela comunidade

³⁰⁷ RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p 53-54.

³⁰⁸ CRAWFORD, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility Introduction, Text and Commentaries*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, *the Article 40 serves to define the scope of the breaches covered by the chapter. It establishes two criteria in order to distinguish serious breaches of obligations under peremptory norms of general international law from other types of breaches. The first relates to the character of the obligation breached, which must derive from a peremptory norm of general international law. The second qualifies the intensity of the breach, which must have been serious in nature. Chapter III only applies to those violations of international law that fulfil both criteria.* Pp 282

internacional no seu todo, não permitindo nenhuma derrogação, salvo se houver uma ulterior de direito internacional da mesma natureza. Essa proteção se deve pelo fato dessas normas serem o cerne das sobrevivências dos Estados e pela proteção aos direitos humanos fundamentais e cita alguns exemplos de violação a tais normas como: o apartheid, a escravatura, o tráfico de escravos, genocídio, o respeito ao direito de autodeterminação, o repúdio a tortura.

A priori, cabe distinguir as normas dispositivas das normas imperativas do direito internacional e jus cogens³⁰⁹, pois o ordenamento jurídico internacional como qualquer outro, se depara com as duas figuras. O que diz respeito à primeira é que aquela as partes têm o poder de modificá-las ao arbítrio de sua vontade para as regulações de suas relações interestatais. Já o que concerne à segunda, estas não admitem derrogação ou acordo ao contrário, pelo fato de protegerem valores essenciais e fundamentais para o bem andamento da comunidade internacional³¹⁰. Desse efeito observa-se que a autonomia da vontade e princípio da soberania estatal não é ilimitada, devendo estes princípios compor com a discricionariedade dos Estados.

Deste modo, o princípio do jus cogens, ou seja, um princípio vinculativos imperativos, ou melhor, não admite derrogação, sendo os princípios do direito internacional com a maior força jurídica dentre qualquer outro princípio ou preceito do Direito Internacional, sendo ele reconhecidos pelos Estados em diversos

³⁰⁹ A determinação das normas de jus cogens ainda não está bem clara, não há nenhum preceito nas referidas Convenções de Viena que quais seriam tais normas. A doutrina embasadas em na própria Convenção e em outros textos legais leva em consideração para determiná-las como costume internacional geral, os tratados multilaterais, as resoluções da Assembleia das Nações Unidas. Como é certo, as normas para ser de jus cogens devem ser universal, mas nem toda norma de direito Internacional é jus cogens.

³¹⁰ FERREIRA, Nuno em Responsabilidade Internacional e sua evolução na Tradição Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. XLVI, nº 1, Lisboa, 2001

instrumentos legais e também em decisões em cortes internacionais como na Carta das Nações Unidas (artigo 2, n 6 e artigo 103, n 1)³¹¹, como a Convenção de Viena de 1969 e 1986 sobre os Tratados Internacionais entre Estados e entre Organizações Internacionais, respectivamente, e também em diversas decisões da Corte Internacional de Justiça, sobretudo nos casos das Atividades Militares e Paramilitares na Nicarágua (1986), no caso do Barcelona Traction (1970)³¹².

Em suma diz que todo tratado será nulo se contrariar uma norma imperativa do direito internacional, no momento da sua conclusão, sendo a norma imperativa de direito internacional aquela que seja aceita e reconhecida pela comunidade internacional como uma norma, e que só poderá ser mudado caso seja criada outra norma de direito internacional geral com a mesma natureza e que os Estados terão o dever de eliminar, na medida do possível, as consequências advindas do ato em desacordo com a norma imperativa do direito internacional, tornando suas relações em conforme com a norma³¹³.

³¹¹ ONU. Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados Internacionais.

³¹² O professor Jorge Miranda se refere o jus cogens pressupõe hierarquia de normas. *No entanto, numa sociedade privada de aparelho legislativo como é a sociedade internacional torna-se muito difícil determinar que normas entram na categoria de normas cogentes*. Porém, a hierarquia tem sua razão, pois as normas imperativas têm a finalidade de atingir os fins essenciais do Direito Internacional, sendo um instrumento para proteger os interesses fundamentais da comunidade internacional e que são aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional em seu conjunto. É importante salientar, que essa hierarquia se refere a hierarquia normativa, e não a hierarquia de fontes de direito internacional. MIRANDA, Jorge, Brevíssima nota sobre o jus cogens /In: Revista Jurídica / Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, nº 18-19, Out.-Dez, Lisboa. 1995.

³¹³ Assim, os princípios de Direito Internacional como os que se referem à comunidade internacional como o princípio da cooperação, da resolução pacífica dos problemas, tal qual os princípios internacionais entre os Estados como o princípio da igualdade jurídica dos Estados, o respeito da integridade territorial, da não interferência dos assuntos internos dos outros Estados, bem como os princípios consagrados na Declaração Universal dos Direitos dos Homens, que enfatiza o princípios atinentes a pessoa humana e os princípios das obrigações dos sujeitos internacionais (princípios do livre consentimento, da boa-fé, da responsabilidade dos atos ilícitos e outros) seriam princípios com dimensão Universal que já são consagrados pelo costume internacional e os tratados internacionais em linhas gerais seriam os princípios do jus cogens no Direito Internacional.

Já a definição do conceito erga omnes se refere a uma obrigação assumida frente a todos. De acordo com a Corte Internacional de Justiça, em seu pronunciamento no caso Barcelona Traction, enumera dois elementos caracterizadores da obrigação erga omnes no Direito Internacional que são: a) são assumidos perante toda a comunidade internacional e b) incorporam valores essenciais para a comunidade internacional, zelando por direitos fundamentais, no qual todos os Estados têm interesse jurídico em seu cumprimento³¹⁴.

Assim, de acordo com o artigo 40 do Projeto da CDI, que diz de obrigações que derivam de uma norma imperativa do Direito Internacional Geral, se refere às obrigações erga omnes que emanam de uma norma imperativa, pois uma norma imperativa sempre se deriva de obrigações erga omnes.

Existem algumas obrigações erga omnes atribuídas de normas convencionais, ou seja, as obrigações erga omnes inter partes, é que essas não seriam imperativas pelo fato que as normas imperativas são de natureza consuetudinária. Assim, o artigo 40 está se referindo, exclusivamente, ao jus cogens universal, excluindo as normas imperativas não consuetudinárias. Já que no caso de normas imperativas convencionadas, seria um jus cogens regional, no qual não se podem afetar outros Estados que não houvesse convencionado em favor de uma ou outra norma imperativa convencional, ou um jus cogens regional.

Antônio Augusto Cançado Trindade considera que o alcance das normas de *jus cogens* não se limita ao direito dos tratados:

³¹⁴ Corte Internacional de Justiça, Caso Barcelona Traction Light and Power Company, Limited (Bélgica vs. Espanha).

Apesar de que as duas Convenções de Viena sobre Direito dos Tratados (artigos 53 e 64) consagram a função do *jus cogens* no domínio próprio do direito dos tratados, parece-nos uma consequência inelutável da própria existência de normas imperativas do direito internacional não se limitarem estas às violações resultantes de tratados, e se estenderem a toda e qualquer violação, inclusive as resultantes de toda e qualquer ação e quaisquer atos unilaterais dos Estados³¹⁵.

Ademais, em seus votos na CIJ o autor adere a ideia de que a Corte Internacional de Justiça é competente segundo o direito internacional geral para dirimir controvérsias oriundas da violação das normas de *jus cogens* é confirmada por diversos textos internacionais em matéria de direitos humanos.

Ainda em seu voto no caso da Alemanha x Itália, o juiz alega a impossibilidade de renúncia por parte da Itália dos Direitos Humanos de seus cidadãos, uma vez que estes pertencem aos indivíduos e não à nação.

Em minha opinião, um Estado pode renunciar a demandas de seu interesse, se quiser, mas não a direitos de seres humanos, cidadãos ou não, que foram vítimas de atrocidades que chocaram toda a humanidade. As vítimas individuais, e não seus Estados, são titulares dos direitos que foram violados antes do Tratado de Paz de 1947³¹⁶

Desde modo, fica claro que a norma imperativa de direito internacional há um interesse público internacional e as obrigações erga omnes é outra característica óbvia dessa norma. Por isso, a norma de *Jus Cogens* é uma norma do ordenamento jurídico internacional de caráter costumeiro, no qual exige o

³¹⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de direito internacional dos direitos humanos, vol. II, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1999, p. 416

³¹⁶ O voto dissidente de Augusto Cançado Trindade encontra-se na íntegra, em língua portuguesa como anexo ao presente estudo. Veja: Corte Internacional de Justiça. Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening). Dissenting opinion of Judge Cançado Trindade (2010a).

seu cumprimento por ter caráter universal oponível a todos os Estados dentro da comunidade internacional reconhecida.

As consequências de uma Responsabilidade agravada são as mesmas de outro ilícito que invoque ao conteúdo da Responsabilidade de um Estado Infrator, conforme os artigos 30 sobre a obrigação de cessação e repetição, o Artigo 31 sobre a reparação e também o artigo 33.

Assim, a questão da invocação da Responsabilidade do Estado infrator se encontrará ampliada frente a toda Comunidade Internacional em seu conjunto, já que todos se encontraram perante a condição de Estado lesado, conforme amparo legal do artigo 42 do Projeto da CDI sobre a responsabilidade do Estado.

Como se observa no parágrafo segundo do artigo 41, como sendo parte da responsabilidade solidária, os Estados não podem reconhecer, assistir ou prestar ajuda ao Estado infrator. Isto quer dizer, que o reconhecimento não pode ser nem tácito ou expresso, ou seja, os Estados não podem fazer declarações ou tratados com o Estado infrator com o escopo de reconhecer o ato ilícito praticado por aquele como sendo lícito.

Diante dessa situação, cita-se o caso do Timor Leste, entre Portugal e Austrália, ainda que a Austrália tenha sido absolvida, quando celebrou o acordo com a Indonésia que dispunha dos recursos da plataforma continental do Timor Leste, e assim reconhecer de fato a sua anexação desse território pela Indonésia, contrariando resoluções da Assembleia Geral e do Conselho de Segurança, ocorreu

em responsabilidade internacional pelo fato de assistir um ato internacionalmente ilícito.

Observa-se que as consequências das violações de normas imperativas têm os mesmos efeitos das normas de um ilícito comum, o que varia é o alcance das obrigações internacionais ao cargo do Estado infrator, que existirá frente toda a Comunidade Internacional e gera novas obrigações a cargo do resto dos Estados que integram a Comunidade internacional.

4.1.2 A Estrutura Obrigacional no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a Responsabilidade Internacional do Estado

Como é próprio do direito internacional, os Estados devem cumprir com seus compromissos de boa fé. Esta relação de cumprimento das obrigações no âmbito dos direitos humanos adquire certas características particulares toda vez que o objeto nesta matéria não for a regulamentação de interesses recíprocos entre os Estados, mas sim a proteção dos direitos individuais. De forma que a obrigação de cumprimento adquire especial relevância em matéria de direitos humanos, tal como expressam os tratados internacionais, a jurisprudência e a doutrina neste campo³¹⁷.

A obrigação de cumprimento em matéria de direitos humanos manifesta-se através de duas formas principais: respeito e garantia dos direitos e liberdades consagrados internacionalmente, qualquer que seja o tipo de documento em que se consagre; em conjunto com o princípio de igualdade e não discriminação.

³¹⁷ RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis: teoria e prática do direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 251

A obrigação de respeito consiste em cumprir diretamente com a conduta estabelecida em cada norma convencional, seja abstendo-se de atuar ou dando uma prestação. O conteúdo da obrigação estará definido, em consequência, a partir do mandato normativo do direito ou liberdade concreta.

Entre as medidas que deve adotar o Estado para respeitar, o mandato normativo de cada direito, pode-se distinguir: ações de cumprimento, lãs que podem ser positivas (implicam em uma atividade de prestação) ou negativas (implicam uma atividade de abstenção) e estarão determinadas por cada direito ou liberdade.

Nesse sentido, são organizadas figuras mais específicas de reparação dentro do sistema de proteção interamericano, por meio das quais se busca suplantar os obstáculos enfrentados até que se constate a efetiva reparação do dano sofrido pelas vítimas³¹⁸.

Tais medidas podem determinar obrigações de dar, de fazer e de não fazer³¹⁹, e se constituem, basicamente, nas figuras da: a) Restituição - visa, na medida do possível, restabelecer a situação anterior ao contexto de violação sofrido pela vítima (*restitutio in integrum*)³²⁰; b) Reabilitação - engloba medidas tais como: o

³¹⁸ KRSTICEVIC, Viviana. Reflexões sobre a execução das decisões do Sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos. In: Implementação das decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: jurisprudência, instrumentos normativos e experiências nacionais. Organização: Centro pela Justiça e o Direito Internacional – CEJIL. Tradução: Rita Lamy Freund. Rio de Janeiro: CEJIL, 2009, p. 24

³¹⁹ RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 329

³²⁰ V., p. ex., a ponderação da Corte no Caso Ximenes Lopes vs. Brasil: "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 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

amparo médico e psicológico destinado à vítima e/ou seus familiares, serviços jurídicos e sociais, que visam o auxílio das vítimas e/ou familiares na readaptação à vida em sociedade; c) Indenização – se refere ao ressarcimento pecuniário pelos danos e prejuízos ocasionados à vítima, o que inclui tanto o dano material, como o dano físico e moral; d) Satisfação – são medidas que tratam da verificação dos fatos, do conhecimento público da verdade e dos atos de desagravo, além dos tributos às vítimas e das sanções contra os perpetradores da violação; e) Garantias de não repetição – têm por finalidade assegurar que as vítimas não voltem a ser alvo de novas violências, de modo que abrangem as reformas institucionais, judiciais e legais, além de mudanças na estrutura de segurança, promoção e respeito aos direitos humanos³²¹.

Tais medidas são de grande relevo, já que muitos dos casos submetidos à jurisdição da Corte demonstram padrões de violação ou dificuldades estruturais dos Estados na tutela dos direitos humanos.

Como resultado dessa dinâmica, nota-se que a Corte não se limita às reparações de caráter exclusivamente pecuniário, mas também determina outras medidas que visem resolver as causas mais profundas das violações aos direitos, além de agir no intuito de prevenir futuras violações.

Para a implementação das medidas tendentes a cumprir com obrigações prestacionais, é necessário que o Estado adote medidas contundentes a seu asseguramento, o que implica em certos casos a adoção de políticas públicas

internacional, não pode ser modificada ou descumprida pelo Estado obrigado, mediante a invocação de disposições de seu direito interno.”. CORTE IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Mérito, Reparções e Custas. Sentença de 04 de julho de 2006, Série C, nº 149, § 209, p. 69

³²¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de direito internacional dos direitos humanos, vol. II, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1999, pp. 170-171.

com referido fim. Tais políticas deverão estar destinadas a satisfazer progressivamente a obrigação e ser controladas por todos os órgãos do Estado, incluindo o Poder Judiciário. É possível que o cumprimento com estas medidas prestacionais impliquem na adoção de políticas em longo prazo para atender ao pleno cumprimento da garantia do direito. Neste caso as medidas que o Estado adote com tal fim devem cumprir certos requisitos especiais: aplicar-se progressivamente até a plena realização do direito e em nenhum caso se poderá adotar medidas de caráter regressivo.

Com efeito, o Estado estará obrigado, pelo menos, a dar respostas aos seguintes questionamentos: a) quais medidas está tomando o Estado para cumprir com a obrigação adquirida internacionalmente? b) As medidas adotadas são as adequadas para a obtenção do fim perseguido? c) Foram estabelecidas etapas em um plano estatal para alcançar o fim buscado? d) qual o mecanismo de controle das metas planejadas? Foram estabelecidos e implementados mecanismos políticos e judiciais de controle?

Desta forma, a obrigação de respeito nos casos de direitos prestacionais poderá ser objeto de controle democrático (político, administrativo e jurisdicional), tanto nacional quanto internacional.

A obrigação de garantia, por sua vez, se traduz na obrigação que assume o Estado em promover, através de seus órgãos, a possibilidade real e efetiva de que seus cidadãos exerçam os direitos e desfrutem das liberdades que a eles se reconhecem. É dizer que o Estado está obrigado a criar condições efetivas de gozo e exercício dos direitos consagrados nos instrumentos internacionais. Esta

obrigação tem sido desenvolvida por órgãos de controle internacional, em especial pela Corte Interamericana. Como foi assinalado:

Esta obrigação implica o dever dos Estados partes de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas através das quais se manifeste o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos.³²²

A obrigação de garantir o gozo e exercício dos direitos implica sempre na adoção de medidas positivas. Podem-se distinguir as seguintes formas de cumprimento da obrigação de garantia: a) a obrigação do Estado em assegurar o pleno gozo e exercício dos direitos; b) o dever de proteger as pessoas frente a ameaças de agentes privados ou públicos no gozo dos direitos; c) adotar medidas de prevenção geral frente a casos de violações graves de direitos; d) reparar as vítimas e, e) cooperar com os órgãos internacionais para que estes possam desenvolver suas atividades de controle.

A Corte estabelece como critério geral que as obrigações do Estado devem ser analisadas a luz de cada situação particular e, por tanto, os pressupostos de descumprimento deverão determinar-se em cada caso em função das necessidades de proteção.³²³

O objetivo consiste em não incorrer em responsabilidade internacional e dar cumprimento a obrigação positiva antes assinalada, surgem

³²² Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 28 de julio de 1988, Serie C, núm. 4, párr. 166.

³²³ Corte IDH, Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C, núm. 140, párr. 117. El caso trata la desaparición forzada y la ejecución extrajudicial, entre otros delitos, de los habitantes del corregimiento de Pueblo Bello a manos de un grupo de paramilitares

deveres especiais, determináveis em função das particularidades, necessidades de proteção do sujeito de direito, seja por sua condição pessoal ou pela situação específica em que se encontre.³²⁴

A visão da Corte sobre as obrigações do Estado nesta matéria e interessante pois assinala que frente a certas situações especiais de vulnerabilidade dos titulares do direito (condições pessoais ou situações generalizadas) não basta com as medidas gerais, senão que o Estado esteja na obrigação de também adotar medidas especiais de garantia para efetivar o direito ameaçado.

Em resumo, a leitura dos direitos a partir da situação real em que se encontra o titular de direitos, pode obrigar ao Estado a adotar medidas especiais para garantir efetivamente o pleno gozo e exercício dos direitos em condições de igualdade.

No âmbito da reação frente a violações, a fim de garantir o direito da vítima e prevenir sua repetição em respeito a toda a sociedade, o Estado devera adotar medidas na esfera interna. No caso, que sejam produzidas violações de direitos humanos (tortura, desaparecimento forçado e outras que recaiam na categoria de crimes de lesa humanidade), essas ações devem ser efetivamente investigadas e os responsáveis devem ser sancionados de acordo com a normativa nacional, de forma a se evitar a sensação de impunidade.

Neste sentido a jurisprudência internacional desenvolveu o chamado direito a verdade a partir de um duplo ponto de vista: um direito coletivo ou social de conhecer a verdade e como direito individual. Quanto ao dever de investigar a Corte

³²⁴ Corte IDH, Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C, núm. 140, párr. 154.

tem assinalado que, mesmo sendo esta uma obrigação de meio, deve ser cumprida com toda seriedade pelos Estados, de forma que tal obrigação de investigar também deve cumprir com certos requisitos mínimos para cumprir com sua obrigação de garantia.³²⁵

Por seu turno, em matéria de sanção aos responsáveis de violações de direitos humanos, a Corte tem estabelecido uma obrigação particular aos Estados e estas consistem em sancionar aqueles que incorreram no ilícito apurado³²⁶.

Naqueles casos em que o Estado não cumpra com as obrigações complementares acima descritas, estaria em uma situação de impunidade que viola a obrigação de garantia a qual estão sujeitos os Estados para com seus cidadãos³²⁷.

Neste sentido, uma questão interessante apresentada a Corte consiste em frisar que existem certos obstáculos internos que os Estados não podem alegar para evitar investigar ou sancionar as violações graves de direitos humanos. Desta forma, como leis de anistia e prescrição não poderão ser invocadas pelo Estado como obstáculos para investigar e condenar aos responsáveis de certos fatos.

A Corte tem assinalado expressamente que estes obstáculos não poderão ser invocados em casos de violação graves de direitos humanos, entendendo-se por tais aqueles que afetam direitos irrenunciáveis.³²⁸

³²⁵ Voto Razonado Concurrente juez Augusto Cançado Trindade, Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C, núm. 70, párrs. 199-202

³²⁶ Corte IDH, Caso Trujillo Oroza - Reparaciones, (art. 63.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 27 de febrero de 2002, Serie C, núm. 92, párr. 99

³²⁷ Un interesante análisis sobre los alcances de esta obligación de erradicar la impunidad, incluso con un alcance internacional, en Corte IDH, Caso Goiburú vs. Paraguay, Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 153. Un estudio sobre los alcances de esta sentencia en Nash y Sarmiento (2007), pp.124-127

A Corte exerce, assim, um papel ativo no desenho de suas próprias decisões, pois ordena as medidas individuais e gerais que os Estados devem cumprir com o fito de reparar as violações praticadas, fator que denota extrema importância no estudo do cumprimento destas decisões, uma vez que as disposições das sentenças da Corte que determinam as medidas de reparação acabam por repercutir na modalidade de execução a ser adotada.

4.2 A Lei da Anistia sob o crivo das cortes CIDH e STF.

4.2.1 Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil: A Guerrilha do Araguaia

O caso Gomes Lund e outros vs. Brasil, popularmente conhecido como “caso Guerrilha do Araguaia”, trata da responsabilidade do Estado brasileiro pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de aproximadamente setenta pessoas, entre elas integrantes do PCB (Partido Comunista Brasileiro) e camponeses da região do Araguaia, situada no Estado do Tocantins, entre 1972 e 1975.

Movimento político militar de resistência à ditadura, a denominada Guerrilha do Araguaia foi organizada sob a direção do Partido Comunista do Brasil e instalado às margens do Rio Araguaia, norte do atual estado de Tocantins. Tinha como principais chefes Maurício Grabois e João Amazonas, comunistas historicamente conhecidos, e objetivava formar um exército popular e cercar as cidades através do campo, de acordo com a concepção maoísta de guerra de guerrilhas.

³²⁸ Corte IDH. Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela, Sentencia de 28 de noviembre de 2005, Serie C, núm. 138, párr. 98.

Os primeiros guerrilheiros chegaram em 1967: instalaram-se no meio da população local, trabalharam na terra e ambientaram-se à vida na selva; eram conhecidos pelos nativos como “paulistas” ou “povo da mata”. Moravam em pequenos núcleos, afastados alguns quilômetros uns dos outros, formando três destacamentos: A, B e C, cada um deles com aproximadamente vinte militantes e um comandante; acima, uma comissão militar coordenava todos os movimentos. Os combates começaram no início de 1972, alongando-se até 1975

O número de participantes da Guerrilha do Araguaia, segundo o relatório brasileiros, é ainda controverso. Obtendo acesso a documentos militares sigilosos, a Revista Istoé apurou que 107 guerrilheiros e camponeses tomaram parte do conflito. Destes, 64 morreram em combate, 18 estão desaparecidos, 15 foram presos, 7 desertaram e 2 cometeram suicídio.³²⁹

Após o fim das operações militares, não havia informações e divulgação a respeito do que havia acontecido. Havia a negação por parte do governo federal de que o movimento armado sequer existiu e não havia menção a corpos. Somente no final da década de 70 que alguns jornais noticiaram os acontecimentos.

A problemática se instaura com a Lei 6.683, conhecida como Lei de Anistia, analisada no capítulo primeiro deste estudo, que possibilitou a libertação de presos políticos e a volta dos que estavam exilados. Por meio dela, crimes políticos e a eles conexos foram perdoados, assim como aqueles que tiveram seus direitos políticos suspensos, os servidores da Administração, líderes sindicais e militares.

³²⁹ STUDART, Hugo. Os documentos do Araguaia – Em relatórios que o ministro da Defesa e as Forças Armadas insistem em esconder, militares que estiveram em combate revelam segredos da operação que aniquilou a guerrilha. Disponível em: . Acesso em 19 de novembro de 2015.

Contudo, tal perdão é considerado polêmico, uma vez que absolve automaticamente todas as violações de Direitos Humanos que tenham sido perpetradas por agentes da repressão política, caracterizando-se assim o que seria uma verdadeira autoanistia concedida pelo regime a si mesmo. E incorpora o conceito “de crimes conexos para beneficiar, em tese, os agentes do Estado envolvidos na prática de torturas e assassinatos”.³³⁰

A Comissão Interamericana encaminhou à Corte, em março de 2009, caso contra o Brasil sobre desaparecimento de pessoas durante a Guerrilha do Araguaia e reconhece a responsabilidade do Estado brasileiro pelo desaparecimento forçado de 62 pessoas.

Segundo o relatório da Comissão que remeteu o presente caso à Corte Interamericana, tal lei, em termos gerais, “o Estado reconheceu sua responsabilidade pelos fatos relacionados com a detenção arbitrária e ilegal, a tortura das vítimas, e seu desaparecimento”.³³¹

Em outubro de 2008, A Comissão Interamericana, por meio do Relatório de Mérito nº. 91/08, concluiu:

que o Estado brasileiro deteve arbitrariamente, torturou e desapareceu os membros do PCdoB e os camponeses listados no parágrafo 94 deste Relatório. Além disso, a CIDH conclui[u] que, em virtude da Lei 6.683/79 (Lei de Anistia), promulgada pelo governo militar do Brasil, o Estado não levou a cabo nenhuma investigação penal para julgar e sancionar os responsáveis por estes desaparecimentos forçados; que os recursos judiciais de natureza civil com vistas a obter informação sobre os fatos não foram efetivos para garantir aos familiares dos desaparecidos o

³³⁰ BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos / Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007, p. 30.

³³¹ RELATÓRIO que remete o caso à Corte Interamericana. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. 26 de março de 2009. Disponível em: . Acesso em: 1 novembro 2014, p 07.

acesso à informação sobre a Guerrilha do Araguaia; que as medidas legislativas e administrativas adotadas pelo Estado restringiram indevidamente o direito ao acesso à informação desses familiares; e que o desaparecimento forçado das vítimas, a impunidade dos seus responsáveis, e a falta de acesso à justiça, à verdade e à informação afetaram negativamente a integridade pessoal dos familiares dos desaparecidos [...]³³²

Em 25 de março de 2009, de acordo com o disposto no artigo 51.1 da Convenção Interamericana e artigo 44 do seu Regulamento, a Comissão analisou a informação apresentada pelo Estado e, em virtude da falta de implementação satisfatória das recomendações contidas no Relatório 91/08, decidiu submeter o caso à jurisdição da Corte Interamericana.

Nesse sentido, cabe a análise da demanda após esta ter sido remetida à Corte Interamericana, que resultou na condenação do Brasil, bem como confrontá-la com a decisão do Supremo Tribunal Federal, que entendeu por não rever a Lei de Anistia.

Ressalte-se que as determinações feitas pela CIDH envolvem diversas violações praticadas pelo Brasil entre os anos de 1972 e 1974 que não serão objeto da presente pesquisa. Assim, somente as considerações direcionadas à necessidade da revisão da Lei de Anistia serão apreciadas. No mesmo sentido, a decisão do STF será aqui apontada com base no voto do relator da ADPF, dado que tal texto foi seguido pela maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.³³³

O caso apresentado foi submetido em nome das vítimas e seus familiares da Guerrilha do Araguaia em virtude da execução de Maria Lúcia Petit da

³³² CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório No. 91/08 (mérito), 11.552, Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia). Brasil, 31 de outubro de 2008, Apêndice 1, para. 215. Disponível em: . Acesso em: 1 novembro 2014.para 216.

³³³ Somente dois Ministros do Supremo Tribunal Federal votaram pela procedência da ADPF nº. 153. São eles: Ricardo Lewandowski e Carlos Ayres Britto, decisão que será objeto do item a seguir.

Silva e pela responsabilidade brasileira da detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre elas membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses da região, como resultado de operações do exército que ocorreram entre os anos de 1972 e 1975, no contexto da Ditadura Militar que ocorria na época³³⁴.

Neste sentido, argumentam os Juízes da Corte que os familiares das vítimas de violações de direitos humanos podem também ser vítimas, na medida em que as violações praticadas contra determinadas pessoas poderá resultar em ofensa à integridade psíquica e moral de seus familiares³³⁵.

O Brasil foi condenado por violações à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), especificamente relativas a: a) desaparecimento forçado e os direitos violados das 62 pessoas desaparecidas; b) aplicação da Lei de Anistia como empecilho à investigação, julgamento e punição dos crimes; c) Ineficácia das ações judiciais não penais; d) Falta de acesso à informação sobre o ocorrido com as vítimas desaparecidas e executada; e) Falta de acesso à justiça, à verdade e à informação.³³⁶

Necessário o corte metodológico na análise da sentença condenatório do Brasil, fixando nos seguintes pontos: (i) o primeiro diz respeito à

³³⁴ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Demanda perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso 11.552 - Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) Contra a República Federativa do Brasil. Revista anistia política e justiça de transição. Brasília: Ministério da Justiça, n. 2, jul./dez. 2009, p. 372-48.

³³⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso gomes lund e outros ("guerrilha do araguaia") vs. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf> Acesso em 10 de maio de 2014.

³³⁶ CORTE Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Sentença. 24 de novembro de 2010 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=348>. Acesso em: 12 novembro de 2015.

declaração, pela Corte Interamericana, de que a Lei de Anistia brasileira é empecilho para investigação concreta e eficaz e (ii) o segundo diz respeito aos casos análogos na América Latina e em outros continentes que foram utilizados pela CIDH para exemplificar a incompatibilidade das anistias dos países.

A sentença prolatada pela CIDH assevera que a Lei de Anistia é a causa da não investigação e não aplicação de sanções penais aos responsáveis pelas violações de direitos humanos cometidas durante o regime militar, incluindo as violações cometidas contra a Guerrilha do Araguaia.

Com efeito, até a presente data, os tribunais brasileiros têm interpretado a lei de anistia no sentido de que esta impede a investigação penal, o processo e a sanção dos responsáveis por graves violações dos direitos humanos que constituem crimes contra a humanidade, como a tortura, as execuções extrajudiciais e os desaparecimentos forçados das vítimas do presente caso e a execução de Maria Lúcia Petit da Silva.³³⁷

A sentença da CIDH leva a conclusão de que a Lei da Anistia foi também causa da ausência de responsabilidade penal dos envolvidos nos desaparecimentos forçados e outros crimes, diversos fatos acerca de todo o período não foram descobertos/divulgados, considerando não ter havido reais esforços com o objetivo de elucidar questões do período, principalmente relativas aos desaparecidos forçados.

Como já analisado, os sistemas de proteção aos direitos humanos ensejam a obrigação de investigar e, possivelmente, punir as graves violações de direitos humanos. Tal encontra-se consubstanciado por todos os órgãos dos

³³⁷ CORTE Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Sentença. 24 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=348> . Acesso em: 12 novembro de 2015

sistemas internacionais de direitos humanos, incluindo os Sistemas Universal, Europeu, Africano e Interamericano.

Neste ponto, destaca a CIDH que o sistema interamericano tem caráter imperativo e de jus cogens, conforme excerto da sentença sob análise:

Desde sua primeira sentença, esta Corte destacou a importância do dever estatal de investigar e punir as violações de direitos humanos. A obrigação de investigar e, se for o caso, julgar e punir adquire particular importância ante a gravidade dos crimes cometidos e a natureza dos direitos ofendidos, especialmente em vista de que a proibição do desaparecimento forçado de pessoas e o correspondente dever de investigar e punir aos responsáveis há muito alcançaram o caráter de jus cogens.³³⁸

Em razão desse argumento, de que a proibição de desaparecimento forçado adquiriu status de jus cogens, a existência da Lei de Anistia é tida como barreira à investigação séria e eficaz dos acontecimentos relativos à Guerrilha do Araguaia e não pode ser utilizada como empecilho à investigação, julgamento e punição dos crimes.

Dito isso, a Corte demonstra os casos análogos ocorridos na América Latina, dando destaque aos casos relativos ao Chile, Uruguai e Argentina que serão aqui analisados³³⁹.

Em relação ao Chile, uma sentença emitida pela Corte Suprema do país no caso Lecaros Carrasco anulou sentença absolutória anterior e confirmou a não aplicação da Lei de Anistia nº 2.191 de 1978:

³³⁸ CORTE Interamericana de Direitos Humanos. Caso Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Sentença. 24 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=348> . Acesso em: 12 novembro de 2015, p. 53.

³³⁹ Os três países não foram escolhidos de forma aleatória. Eles constam do voto do relator da ADPF nº. 153, o Ministro Eros Grau, que se utilizou das anistias nesses três países para embasar seu voto contrário à revisão da Lei de Anistia.

“ [O] delito de sequestro [...] tem o carácter de crime contra a humanidade e, conseqüentemente, não procede invocar a anistia como causa extintiva da responsabilidade penal [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”³⁴⁰

No que diz respeito ao Uruguai, sua Suprema Corte de Justiça emitiu decisão, por meio da qual refutou a competência do legislativo em declarar caducidade de ações penais. Assim, segundo excerto da decisão:

[ninguém] nega que, mediante uma lei promulgada com uma maioria especial e para casos extraordinários, o Estado pode renunciar a penalizar atos delitivos. [...] No entanto, a lei é inconstitucional porque, no caso, o Poder Legislativo excedeu o marco constitucional para acordar anistias [porque] declarar a caducidade das ações penais, em qualquer hipótese, excede as faculdades dos legisladores e invade o âmbito de uma função constitucionalmente atribuída aos juizes, pelo que, independentemente dos motivos, o legislador não podia atribuir-se a faculdade de resolver que havia operado a caducidade das ações penais em relação a certos delitos. [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 ... a tal ponto que as conseqüências jurídicas da lei a respeito do direito às garantias judiciais são incompatíveis com a Convenção [A]mericana [sobre] Direitos Humanos.”³⁴¹

Na Argentina, uma decisão proferida por sua Corte Suprema, definiu a lei de anistia sem efeitos, pois ela estava servindo como impedimento para a investigação de fatos entendidos como violações aos direitos humanos, conforme excerto da decisão abaixo:

“ [A] fim de dar cumprimento aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, a supressão das leis de [anistia] é impostergável, e

³⁴⁰ CORTE Interamericana de Direitos Humanos. Caso Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Sentença. 24 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=348> . Acesso em: 12 novembro de 2015, p. 61

³⁴¹ CORTE Interamericana de Direitos Humanos. Caso Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Sentença. 24 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=348> . Acesso em: 12 novembro de 2015, p. 62

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”³⁴²

Verifica-se que, nos três casos citados, as Leis de Anistia foram concebidas no contexto da ditadura e são incompatíveis com a Convenção Americana, assim como a brasileira no entendimento da CIDH.

Cabe aqui retomar com brevidade o argumento apresentado no capítulo da transição democrática e a função da Lei de Anistia nos casos latino americanos. De sorte que, a justiça transicional implica em processar os perpetradores, revelar a verdade sobre crimes passados, conceder reparações às vítimas, reformar as instituições perpetradoras de abuso e promover a reconciliação.

No contexto de reconciliação e redemocratização justamente para resgatar os direitos humanos e sua efetividade, uma lei de anistia pode resultar válida na medida em que gera uma reconciliação capaz de estabelecer bases sólidas e duradouras para a construção de uma sociedade democrática e não signifique mera impunidade dos envolvidos.

O que se evidencia aqui consiste na observância de casos de lei de anistia e seu julgamento na CIDH como se análogos fossem, todavia enquanto de maneira geral estas leis são promovidas durante o regime que violou tais direitos e com a intenção de beneficiar aos próprios membros deste, sem resultarem de

³⁴² CORTE Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Sentença. 24 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=348> . Acesso em: 12 novembro de 2015, p. 59

negociação ou consenso algum, nem são emitidas em um contexto de transição. Porém a brasileira foi transacionada, mesmo que de forma incompleta.

4.2.2 Ação de Descumprimento de Preceito Constitucional – ADPF 153

O primeiro capítulo do presente estudo demonstrou que durante a ditadura militar, o movimento pela Anistia teve uma trajetória ascendente na sociedade, sendo que próximo à edição da Lei, já envolvia boa parte dos brasileiros. Reivindicada em um contexto de retomada da democracia, da volta do Estado de Direito e de reconhecimento e defesa dos Direitos Humanos, ela contou com o apoio indireto de personalidades e grupos internacionais, mas essa pressão, exercida junto ao governo, não repercutiu da forma esperada, embora tenha conseguido resultados expressivos na divulgação internacional das atrocidades cometidas na época.

Anos depois – após o impacto da abertura da vala clandestina do cemitério de Perus, em 1990, e a abertura dos arquivos dos DEOPS do Paraná, São Paulo e Rio de Janeiro –, durante o debate gerado pelo anúncio da Lei dos Desaparecidos (lei 9.140/95), a questão sobre a abrangência da anistia reapareceu, pois a lei definia que a aplicação de suas disposições e [...] *todos os seus efeitos orientar-se-ão pelo princípio de reconciliação e de pacificação nacional, expresso na Lei de Anistia.*³⁴³

³⁴³ Ver lei 9.140/95, disponível em <http://www.desaparecidospoliticos.org.br/>

O jurista Fábio Konder Comparato ressaltou os limites morais e jurídicos da Lei dos Desaparecidos, utilizando-se do direito internacional vigente que:

[...] impõe aos Estados em cujo território ocorreram desaparecimentos forçados de opositores políticos três deveres fundamentais: o de investigar os fatos e apurar a verdade sobre as circunstâncias dos desaparecimentos, com a identificação dos responsáveis; o dever de indenizar as famílias das vítimas; e o dever de punir os culpados.³⁴⁴

No entanto, até o momento, não foram ultrapassados dois limites da anistia de 1979. O primeiro diz respeito ao avanço na busca pela verdade, que sequer é enunciado Lei. O outro diz respeito aos crimes conexos, basicamente a tortura, na qual a Lei de 1979 continua sendo um grande entrave para a possibilidade de punição e indicação de responsáveis.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental impetrada em outubro de 2008³⁴⁵ pelo Conselho Federal da OAB contra a Lei de Anistia (ADPF 153) não se opõe ao texto integral da Lei 6.683, de 1979, que reúne 15 artigos, mas tão somente ao parágrafo primeiro de seu art. 1º, a saber:

Art. 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 conexo 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.

³⁴⁴ COMPARATO, Fábio K. "O que fizeste de teu irmão?" In: TELES, Janaína (org.). Mortos e desaparecidos políticos: Reparação ou impunidade? 2ª ed., São Paulo, Humanitas/FFLCH-USP, 2001, p.66.

³⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153-DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Arguido: Presidente da República. Relator: Eros Grau, 28 de abril de 2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiario/stf/anexo/adpf153.pdf>

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de quaisquer naturezas relacionadas com crimes políticos ou praticados por motivação política.

Depreende-se, da leitura do acima transcrito dispositivo legal, que se estenderia a concessão da anistia a todos que, em determinado período, cometeram crimes políticos à luz desse dispositivo, aos crimes conexos - crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política, contemplando inclusive os agentes públicos “responsáveis, entre outros crimes, pela prática de homicídio, desaparecimento forçado, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor contra opositores políticos ao regime militar”.

Os pontos levantados na petição que deu origem à ADPF 153 questionavam a recepção da Lei de Anistia pela Constituição de 88 e a interpretação ampla que lhe fora dada. Dessa forma, buscava afastar a mencionada norma da mera interpretação literal para possibilitar uma análise sob enfoque constitucional.³⁴⁶

Arguiu-se, destarte, se a norma impugnada teria sido recepcionada pela Constituição de 1988 e, ainda, se poderia ser interpretada e aplicada à luz dos princípios e normas consagrados na nova ordem constitucional. Requereu a Petição Inicial que se conferisse à Lei 6.683/79:

(...) interpretação conforme a Constituição, de modo a declarar, à luz de seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar.³⁴⁷

³⁴⁶ Ibidem, p. 17

³⁴⁷ Ibidem, p. 29.

Ademais, a petição inicial da ADPF proposta pela OAB ressalta que o instituto da anistia, diversamente da graça e do indulto, não se refere a pessoas, mas a crimes objetivamente definidos em lei (preceito fundamental *nullum crimen sine lege* – CF, art. 5º, XXXIX³⁴⁸ razão pela qual a anistia tem o poder não apenas de extinguir a punibilidade, mas também de descriminalizar a conduta criminosa. Ocorre que, segundo a petição, a Lei 6.683 estende a anistia a “classes absolutamente indefinidas de crimes: ‘crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política.’”

O texto da ADPF questiona a legitimidade da composição do Congresso Nacional que aprovou o texto da lei em 1979, pois à época não vigiam plenamente princípios democráticos e republicanos, sobretudo aqueles referentes à realização de eleições diretas e periódicas. Pela mesma razão, a arguição proposta não reconhece a legitimidade do acordo político para a transição do regime castrense ao Estado de Direito.

O Congresso Nacional passava momentos difíceis, pois havia sido institucionalizado o bipartidarismo no Brasil e boa parte dos parlamentares pertencia ao partido ARENA, base do governo. Não obstante, ainda foi criada a figura dos “senadores biônicos” para deter o avanço do MDB, partido de oposição. Logo, em meio a essa conjuntura política, o projeto da Lei de Anistia é votado e aprovado com 50,61% dos votos, ou seja, 206 votos do ARENA contra 201 do MDB. Nesse passo, mesmo tendo sido votada pelo Congresso Nacional, percebe-se a submissão do

³⁴⁸ Art. 5º, XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. BRASIL. Constituição (1988). Código Civil Brasileiro. Vade Mecum Maxiletra de Direito Rideel. Obra coletiva da Editora Rideel, 2ª Ed., São Paulo : Rideel, 2013.

órgão a condições que comprometiam a sua legitimidade e atingem a validade da norma.³⁴⁹

Fábio Konder Comparato questionou a legitimidade da Lei de Anistia, ao observar que a Resolução 47/133 da Assembleia Geral da ONU e a Convenção Interamericana sobre Desaparecimentos Forçados de Pessoas da OEA reputam que as anistias não podem apagar tais crimes, sobretudo se essas leis foram votadas sob o regime que os propiciou. Ressaltou que

[...] o atual Estado brasileiro, legitimado pela promulgação da Constituição de 1988, não deve responder pelos atos praticados pelas autoridades estatais durante o regime militar.³⁵⁰

E complementou:

“O que importa frisar é o fato de que nenhum órgão do Estado brasileiro tinha legitimidade política para conceder essa anistia aos criminosos do Estado. Somente o povo poderia fazê-lo. Mas o povo continua até hoje marginalizado da vida política [...]”³⁵¹

Ao mesmo tempo, prossegue a arguente, a lei excetuou “os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal”, embora, curiosamente, até hoje inexista definição de crime de terrorismo, seja no direito pátrio ou internacional.

³⁴⁹ PIOVESAN, Flávia. Lei de Anistia, Sistema interamericano e o caso brasileiro. In: GOMES, Luiz Flavio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coords.). *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 73-86, p. 82

³⁵⁰ COMPARATO, Fábio K. “O que fizeste de teu irmão?” In: TELES, Janaína (org.). *Mortos e desaparecidos políticos: Reparação ou impunidade?* 2ª ed., São Paulo, Humanitas/FFLCH-USP, 2001, p.67

³⁵¹ COMPARATO, Fábio Konder. A verdade republicana, in: *O retrato do Brasil*, Reportagem, 65, fev./2005, p. 45, disponível em <http://www.oretratodobrasil.com.br/reportagem/65/pdf/10.pdf>, Acessado em 15 de novembro de 2015.

Ao julgar improcedente a demanda da ADPF 153, a corte suprema destacou o momento histórico vivido em 1979, ocultando uma série de fatos e conflitos. O projeto de Lei de Anistia imposto pela ditadura se transformou em consenso entre vencedores e vencidos. A história foi, mais uma vez, reescrita.

EMENTA Agravo regimental. Ação direta de inconstitucionalidade manifestamente improcedente. Indeferimento da petição inicial pelo Relator. Art. 4º da Lei nº 9.868/99. 1. É manifestamente improcedente a ação direta de inconstitucionalidade que verse sobre norma (art. 56 da Lei nº 9.430/96) cuja constitucionalidade foi expressamente declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, mesmo que em recurso extraordinário. 2. Aplicação do art. 4º da Lei nº 9.868/99, segundo o qual a petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator. 3. A alteração da jurisprudência pressupõe a ocorrência de significativas modificações de ordem jurídica, social ou econômica, ou, quando muito, a superveniência de argumentos nitidamente mais relevantes do que aqueles antes prevaletentes, o que não se verifica no caso. 4. O *amicus curiae* somente pode demandar a sua intervenção até a data em que o Relator liberar o processo para pauta. (Grifei) 5. Agravo regimental a que se nega provimento. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do Sr. Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, preliminarmente, por maioria de votos, em rejeitar a admissão do *amicus curiae* e, no mérito, por maioria, desprover o recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Brasília, 22 de abril de 2009. MINISTRO MENEZES DIREITO Relator In casu, o feito foi liberado para julgamento pelo Plenário e já foi, inclusive, incluído em pauta. De acordo com a orientação desta Corte acima transcrita, essa razão impede o deferimento do pedido formulado pelo Centro Acadêmico XI de Agosto, instituição de reconhecida idoneidade e de elevada representatividade, de ingresso como *amicus curiae* nos autos. Publique-se. Brasília, 3 de maio de 2012. Ministro Luiz Fux Relator Documento assinado digitalmente.³⁵²

³⁵² BRASIL. STF – Supremo Tribunal Federal - ADPF: 153 DF , Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 03/05/2012, Data de Publicação: DJe-089 DIVULG 07/05/2012 PUBLIC 08/05/2012.

A corte, em vez de analisar a Lei de Anistia sob o espírito da Constituição de 1988 ou do Direito Internacional de Direitos Humanos³⁵³, e estabelecer definitivamente uma ruptura com o passado de ditadura, assumiu uma posição anacrônica, desconsiderando as transformações políticas, econômicas e sociais ocorridas no Brasil e no mundo. A “ameaça militar” continua a servir de pretexto para evitar mudanças no país.

Faz mister uma análise dos votos e dos argumentos apresentados pelos ministros no âmbito da ADPF, em primeiro momento sob o aspecto hermenêutico, como foram aplicadas as formas de interpretação constitucional; e posteriormente a análise do fundamento apresentado.

Nos votos de Carmem Lúcia³⁵⁴, Celso de Mello³⁵⁵ e Carlos Ayres Britto veio à tona a referência ao método histórico de interpretação. Carmem Lúcia e Celso de Mello ponderaram que o método histórico não é dos mais confiáveis e pode gerar armadilhas, mas que ele não poderia ser ignorado na discussão do presente caso. Para os juízes, seria de fundamental importância o esclarecimento das circunstâncias históricas que cercaram a edição da lei de Anistia. Afirmaram

³⁵³ O não cumprimento pelo Estado brasileiro da sentença da ação dos familiares dos desaparecidos da Guerrilha do Araguaia e o julgamento da ADPF 153 foram objeto de análise de sessão da Corte Interamericana de Direitos Humanos da OEA, em maio de 2010. A decisão da Corte sobre a demanda a respeito da Guerrilha do Araguaia será divulgada em 2010. Objeto de estudo no capítulo próximo.

³⁵⁴ LÚCIA, Carmen. 2010. Voto da ministra Carmen Lucia no julgamento da ADPF 153. In: STF. Acórdão de Interiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153. Brasil: Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2644116>. Acesso em 24 de Novembro de 2014.

³⁵⁵ MELLO, Celso. 2010 Voto do ministro Celso Mello no julgamento da ADPF 153. In: STF. Acórdão de Interiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153. Brasil: Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2644116>. Acesso em 24 de Novembro de 2014.

ambos, assim como todos os que votaram pelo indeferimento da ação, que houve um acordo que indicava a bilateralidade da Anistia.

Na discussão sobre a lei de Anistia é patente que o contexto histórico da sua edição deveria ter sido invocado. Contudo, isto não garantiria por si só nem uma nem outra conclusão, e também não autorizaria que tal critério fosse tomado de modo exclusivo e preponderante.

Na decisão do Supremo Tribunal Federal, o voto do relator Eros Grau – pela improcedência da ADPF 153, como se verá a seguir - recebeu o apoio de seis ministros: Cármen Lúcia, Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie, Gilmar Mendes e Marco Aurélio. Apenas os ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto defenderam a revisão da Lei de Anistia³⁵⁶. Dissonantes da interpretação majoritária e vencedora, os ministros Ayres Britto e Ricardo Lewandowski consideram que certos crimes são, pela própria natureza, absolutamente incompatíveis com qualquer ideia de criminalidade política pura ou por conexão. Ambos votaram pela parcial procedência da ação.

Todos os Ministros e Ministras que votaram pelo indeferimento da ação não hesitaram em exaltar a Lei 6683/79 como o fruto de um acordo realizado entre “os dois lados”. Segue, sinteticamente, de que modo isto foi colocado pelos julgadores, começando pelo Relator.

O Ministro Eros Grau simplesmente descartou o ataque ao princípio da isonomia, afirmando que na ação não se discute o Art. 1º, §2º e sim o §1º, e que os crimes políticos são mesmo muito diferentes dos crimes conexos, logo,

³⁵⁶ O ministro Dias Toffoli, declarando-se impedido, não participou do julgamento porque estava à frente da Advocacia-Geral da União à época do ajuizamento da ADPF. O ministro Joaquim Barbosa estava em licença médica

tortuosamente conclui o relator, como crimes desiguais receberam tratamento igual, a lei também poderia tranquilamente, sem ferir o princípio da isonomia, não anistiar alguns crimes.³⁵⁷

Todavia a desigualdade contrária ao princípio da isonomia, alegada pelos autores da ação, não é a desigualdade entre os crimes praticados, mas sim entre as pessoas que foram condenadas e as que ainda não haviam sido. A desigualdade está no fato de que a “objetividade” serve para alguns sujeitos e para outros não. Disse textualmente o Ministro relator:

Romper com a boa-fé dos atores sociais e os anseios das diversas classes e instituições políticas do final dos anos 70, que em conjunto pugnaram (...) por uma Lei de Anistia ampla, geral e irrestrita significa também prejudicar o acesso à verdade histórica.³⁵⁸

Eros Grau acrescentou ainda, às suas já citadas manifestações sobre o tema que a transição da ditadura para a democracia política foi uma “transição conciliada, suave em razão de certos compromissos.” Em seguida afirma que se o “acordo” fosse negado a transição poderia ter sido adiada e feita com violência, e, como afirmou o Ministro, todos estavam fartos de tanta violência.³⁵⁹

Dedicou-se o relator a refutar os argumentos reunidos na petição inicial da OAB. No tocante à inválida conexão criminal, assevera que a pretensão da arguente ofende preceito fundamental inscrito na Constituição, qual seja a isonomia em matéria de segurança (art. 5º, caput). Refutando a crítica da petição ao fato de a

³⁵⁷ GRAU, Eros. 2010 Voto do ministro Relator Eros Grau no julgamento da ADPF 153. In: STF. Acórdão de Interiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153. Brasil: Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2644116>. Acesso em 24 de Novembro de 2014

³⁵⁸ Idem.

³⁵⁹ Idem.

lei “conceder anistia a pessoas indeterminadas, ocultas sob a expressão indefinida ‘crimes conexos com crimes políticos”, o relator destaca como característica intrínseca à anistia a objetividade, importando referir-se a delitos, a fatos, não a pessoas determinadas. “A anistia é mesmo para ser concedida a pessoas indeterminadas”.

Desta forma no item três da ementa citada o Tribunal se manifesta da seguinte forma:

Conceito e definição de "crime político" pela Lei n. 6.683/79. São crimes conexos aos crimes políticos "os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política"; podem ser de "qualquer natureza", mas [i] não de terem estado relacionados com os crimes políticos ou [ii] não de terem sido praticados por motivação política; são crimes outros que não políticos; são crimes comuns, porém [i] relacionados com os crimes políticos ou [ii] praticados por motivação política. A expressão crimes conexos a crimes políticos conota sentido a ser sancionado no momento histórico da sanção da lei. 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.³⁶⁰

O relator aponta, igualmente, o caráter de lei medida de que se reveste a Lei de Anistia, sendo esta lei em sentido formal, mas não material. “Cuida-se então de lei não norma”. São as leis medidas dotadas de comandos concretos em lugar de da abstração. Comandos esses, no caso da Lei de Anistia, que – repita-se - já produziram seus efeitos.

Sobre o acesso à informação, o ministro Eros Grau afirma não identificar na Lei de Anistia qualquer impedimento ao pleno exercício do direito à verdade histórica. Observou, contudo, a necessidade de assegurar “a possibilidade

³⁶⁰ *Idem.*

de acesso aos documentos históricos, como forma de exercício fundamental à verdade, para que, atento às lições do passado, possa o Brasil prosseguir na construção madura do futuro democrático”. Concluiu afirmando que “é necessário não esquecermos, para que nunca mais as coisas voltem a ser como foram no passado”.

A seguinte citação de Sepúlveda Pertence, transcrita pelo relator em seu voto, traduz bem o apelo dos argumentos históricos e políticos em seu voto, bem assim na decisão do pleno do STF:

Nem a repulsa que nos merece a tortura impede reconhecer que toda a amplitude que for emprestada ao esquecimento penal desse período negro de nossa História poderá contribuir para o desarmamento geral, desejável como passo adiante no caminho da democracia. De outro lado, de tal modo a violência da repressão política foi tolerada – quando não estimulada, em certos períodos, pelos altos escalões do Poder – que uma eventual persecução penal dos seus executores materiais poderá vir a ganhar certo colorido de farisaísmo. Não é preciso acentuar, de seu turno, que a extensão da anistia aos abusos da repressão terá efeitos meramente penais, não elidindo a responsabilidade civil do Estado, deles decorrentes.

A Ministra Carmem Lúcia afirmou que houve o “pacto”, no qual “a sociedade falou altissonante”, não sendo um “debate de poucos”, e citou a participação da OAB, do MDB, da CNBB, dos CBA’s e do IAB. Ressalta, inicialmente, que o direito à verdade, o direito à história, o dever de Estado brasileiro de investigar, encontrar respostas, divulgar e adotar as providências sobre os

desmandos cometidos no período ditatorial não estão em questão. Nesse sentido, explica que:

É certo que todo povo tem direito de conhecer toda a verdade de sua história, todo o cidadão tem o direito de saber o que o Estado por ele formado faz, como faz, porque faz e para que faz. Todo povo tem o direito de saber, mesmo dos seus piores momentos. Saber para lembrar, lembrar para não esquecer e não esquecer para não repetir os erros que custaram vidas e que marcam os que foram sacrificados por pais torturados, irmãos desaparecidos, dentre outras atrocidades.³⁶¹

A última observação realizada pela Ministra é acerca da impertinência da assertiva de que a Lei 6.683/79 seria ilegítima. Argumenta que constitui-se como um passo necessário e imprescindível no caminho da democracia brasileira. Após as considerações sobre os argumentos apresentados pelos advogados da Tribuna, a Ministra afasta a questão de não recepção da norma questionada (§1º do art. 1 da Lei 6683), um dos pedidos formulados na presente Arguição e argumenta que “a não recepção conduziria a injustiças óbvias e manifestas, e não para os que reprimiram, mas para os que sofreram e deram suas vidas para que, a começar pela lei em questão, se obtivessem o retorno do Estado de Direito no Brasil”.

A Ministra Carmem Lúcia votou no sentido de acompanhar o voto do Ministro Relator, tal seja, pela improcedência da ADPF 153, argumentando que a interpretação que conduza à aplicação efetiva e eficaz de todo o sistema constitucional brasileiro, levou-se em consideração o momento político de transição do regime autoritário para o democrático no qual foi promulgada a Lei de Anistia.

³⁶¹ LÚCIA, Carmen. 2010 Voto da ministra Carmen Lucia no julgamento da ADPF 153. In: STF. Acórdão de Interiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153. Brasil: Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2644116>. Acesso em 24 de Novembro de 2014

A Ministra Ellen Gracie em seu voto limitou-se a estatuir que a desqualificação da existência do “acordo” é um argumento político e não jurídico. Cezar Peluso, então presidente da Corte, afirmou que a norma da Anistia, entendida como Anistia aos torturadores, não fere o princípio da igualdade, pois os crimes que foram praticados se deram em um contexto de luta pelo poder, logo haveria crimes para “ambos os lados”. Afirma que:

O argumento de que a lei recusa o conhecimento da verdade (ofensa ao art. 5o, XXXIII, da Constituição Federal) não resiste à constatação do cunho de objetividade da anistia, que não se direciona a pessoas determinadas, mas a certos delitos cometidos ao longo de um determinado período de tempo. A esses delitos, a lei de anistia retira a carga de punibilidade. O conhecimento dos documentos relativos ao período não é obstacularizado pela anistia mas por normas outras que os cobrem de sigilo e cuja constitucionalidade já está submetida ao crivo deste Tribunal (Lei 8.159/91 e 11.111/05, objeto da ADI 4.077)³⁶²

Ressalta a Ministra não ser possível viver retroativamente a história, nem se deve desvirtuá-la para que assuma contornos que nos pareçam mais palatáveis. Uma nação tem sua dimensão definida pela coragem com que encara seu passado, para dele tirar as lições que lhe permitiam nunca mais repetir os erros cometidos. Após sua argumentação, votou pela improcedência da ação.³⁶³

O Ministro Marco Aurélio motiva seu voto argumentando que a questão da prescrição trata-se apenas de uma discussão acadêmica. A discussão é estritamente acadêmica, para ficar nos Anais do Tribunal. O prazo maior da prescrição quanto à persecução criminal é de vinte anos. Argumenta, ainda, que os desvios de conduta foram a partir de atos de força, do regime de exceção que

³⁶² GRACE, Ellen. 2010 Voto da ministra Ellen Grace no julgamento da ADPF 153. In: STF. Acórdão de Interiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153. Brasil: Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2644116>. Acesso em 24 de Novembro de 2014

³⁶³ Ibidem. p 153.

grassava à época- relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. Explica que:

Os desvios de conduta cometidos, condenáveis o foram a partir de atos de força, do regime de exceção que grassava à época, por isso se disse relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política, a pretexto de se combater aqueles que se insurgiam.³⁶⁴

O decano Celso de Mello assinalou que o “acordo” foi amplo e viabilizou, pela sua bilateralidade, o “necessário consenso”³⁶⁵. O Ministro enfatiza a inconsistência jurídica da alegação de imprescritibilidade que resulta da Convenção das Nações Unidas: não foi subscrita pelo Brasil (não obriga, nem vincula, juridicamente, o Brasil quer em sua esfera doméstica, quer no plano internacional). Entende ser um fator constitucionalmente relevante, é o fato de que no âmbito do Direito Penal incriminador, o que vale é o princípio da reserva legal, ou seja, só o Parlamento, exclusivamente, pode aprovar crimes e penas.

Argumenta que a improcedência da ação não impõe óbice à busca da verdade e à preservação da memória histórica e que o direito a informação independe da responsabilização criminal dos autores dos fatos. Após sua argumentação, votou pelo julgamento improcedente da Arguição.

Entende o Ministro que a Lei 6.683/79 promoveu uma verdadeira interpretação autêntica do temo “crime conexo”, em ordem a abranger, com essa cláusula de equiparação, todos os delitos de qualquer natureza, desde que relacionados a crimes políticos ou cometidos com motivação política. O Ministro

³⁶⁴ MELLO, Marco Aurélio. 2010 Voto do ministro Marco Aurélio de Mello no julgamento da ADPF 153. In: STF. Acórdão de Interiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153. Brasil: Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2644116>. Acesso em 24 de Novembro de 2014, p 156.

³⁶⁵ Idem.

apresenta concordância com a afirmativa da Procuradoria Geral da República, quando afirmou que:

A anistia no Brasil, tal como concedida pela Lei 6.683/79, resultou de um longo debate nacional, com a participação de diversos setores da sociedade civil, a fim de viabilizar a transição entre o regime autoritário militar e democrático.³⁶⁶

Por seu turno, O Ministro Cesar Peluso inicia seu voto enfatizando a aversão dos Julgadores acerca dos crimes cometidos à época. Traça o objetivo do julgamento, em saber se o disposto no §1º, art. 1 da Lei 6.683/79 é, ou não, compatível com a ordem jurídica instaurada pela Constituição de 1988 e assevera a especificidade desta Lei, pois ela própria define o que deve, no seu contexto, ser entendido como crimes conexos.

Para o Ministro a tese da conexão prevista no CPP é absolutamente inaplicável e inconcebível para a hipótese e esclarece que:

*Os motivos são porque se trata de fator processual de determinação de competência, de unificação de processo, para assegurar, em instrução e julgamento conjuntos, aquilo que se denomina unidade de convicção. Tal conexão é instituto que se aplica só a causas pendentes, não dizendo respeito a nenhum outro tipo de relacionamento lógico-jurídico.*³⁶⁷

Após sua argumentação, votou pelo julgamento improcedente da Arguição, acompanhando o eminente Relator.

A ideia do “acordo” e o conseqüente pressuposto de que as partes que “negociaram” possuíam igualdade suficiente para um equilíbrio de forças

³⁶⁶ Ibidem, p 173/174

³⁶⁷ PELUSO, Cesar. 2010 Voto do ministro Cesar Peluso no julgamento da ADPF 153. In: STF. Acórdão de Interiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153. Brasil: Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2644116>. Acesso em 24 de Novembro de 2014, p 205.

perpassou as falas dos magistrados que indeferiram a ação. Gilmar Mendes, invocando o constitucionalismo português, fez referência ao modelo compromissário adotado pela Constituição Federal de 1988, contudo, quis inserir na ideia de compromisso normas que vieram antes da Constituição: a Emenda Constitucional Nº 26/85 e a própria Lei de Anistia de 1979.³⁶⁸

O Ministro realiza uma análise acerca da relevância da Emenda Constitucional n. 26/85 fazendo referência ao fato de que não se pode olvidar que essa emenda, que convocou a Assembleia Nacional Constituinte e deu início ao processo constituinte, incorporou a anistia, expressamente em seu art. 4, como um dos pressupostos de possibilidade de construção da nova ordem constitucional. Finaliza seu voto argumentando que:

*A EC n.º 26/85 incorporou a anistia como um dos fundamentos da nova ordem constitucional que se construía à época, fato que torna praticamente impensável qualquer modificação de seus contornos originais que não repercuta nas próprias bases de nossa Constituição e, portanto, de toda a vida político-institucional pós-1988.*³⁶⁹

Após sua argumentação, votou pelo julgamento improcedente da Arguição, acompanhando o voto do eminente Relator.

³⁶⁸ MENDES, Gilmar. 2010 Voto do ministro Gilmar Mendes no julgamento da ADPF 153. In: STF. Acórdão de Interiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153. Brasil: Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2644116>. Acesso em 24 de Novembro de 2014

³⁶⁹ PELUSO, Cesar. 2010 Voto do ministro Cesar Peluso no julgamento da ADPF 153. In: STF. Acórdão de Interiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153. Brasil: Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2644116>. Acesso em 24 de Novembro de 2014, p 244.

Com entendimento dissidente, na concepção do ministro Ayres Britto³⁷⁰, crimes políticos não estariam necessariamente conexos àqueles de caráter comum e atroz cometidos por agentes públicos, cabendo ao juízo de conhecimento a análise da incidência ou não da Lei de Anistia, em cada caso concreto.

Outro ponto importante da análise do ministro Carlos Ayres Britto é o instituto da recepção, fenômeno que, como bem resume Paulo Gonet Branco, “corresponde a uma validação das normas que não desafiam, materialmente, a nova Constituição” e “pelo qual se busca conciliar a ação do poder constituinte originário com a necessidade de se obviar vácuos legislativos.”³⁷¹

Resta claro, portanto, que toda norma promulgada anteriormente à vigência de nova Constituição, fruto do poder constituinte originário, não pode colidir com o novel texto Constitucional, sob pena de ser declarada não recepcionada. Ocorre que, no entender do ministro Britto, a Lei de Anistia não poderia ter constituído objeto de recepção pela Carta de 1988, que veda expressamente a concessão de anistia, graça ou fiança ao “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo, a tortura e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem” (art. 5º, XLIII).

Após sua argumentação, votou pela procedência parcial da Arguição de descumprimento de preceito fundamental para, dando-lhe interpretação

³⁷⁰ BRITTO, Carlos Ayres, Cesar. 2010 Voto do ministro Carlos Ayres Britto no julgamento da ADPF 153. In: STF. Acórdão de Interiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153. Brasil: Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2644116>. Acesso em 24 de Novembro de 2014

³⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011. P. 123

conforme, excluir do texto interpretado qualquer interpretação que signifique estender a anistia aos crimes previstos no inciso XLIII do artigo 5 da Constituição, logo, os crimes hediondos e os que lhe sejam equiparados: homicídio, tortura e estupro especialmente.

Também contrário ao relator, Ricardo Lewandowski delimitou a controvérsia, afirmando que limita-se a esclarecer se os agentes do Estado, que alegadamente praticaram ilícitos penais comuns, na época do regime de exceção, estariam ou não abrangidos pela Lei de Anistia, por serem crimes conexos aos delitos políticos ou, ainda, porque foram, segundo alguns praticados com motivação política.³⁷²

Motivando seu voto, o Ministro apresenta o entendimento da Suprema Corte quanto à distinção entre os crimes políticos e crimes comuns, construído ao longo dos julgamentos relativos às extradições. Após sua argumentação, votou no sentido de procedência parcial da presente ação para dar interpretação conforme ao § 10 do art. 10 da Lei 6683/79, de modo que se entenda que os agentes do Estado não estão abrangidos pela anistia contemplada no referido dispositivo legal, devendo o juiz ou tribunal, realizar uma abordagem caso a caso mediante a adoção dos critérios da preponderância e da atrocidade dos meios, nos moldes da jurisprudência desta Suprema Corte.

A decisão majoritária do Supremo não pacificou os debates. Na opinião de muitos críticos da decisão, notadamente Flávia Piovesan, a decisão

³⁷² LEWANDOWSKI, Ricardo. 2010 Voto do ministro Ricardo Lewandowski no julgamento da ADPF 153. In: STF. Acórdão de Interiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153. Brasil: Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2644116>. Acesso em 24 de Novembro de 2014.

proferida pelo Supremo Tribunal Federal denegou às vítimas o direito à justiça ao manter a interpretação de que a Lei de 1979 teria assegurado anistia ampla, geral e irrestrita, “alcançando tanto as vítimas como os algozes”, e fez prevalecer o argumento central de que a Lei de Anistia teria sido expressão de um acordo político, de uma conciliação nacional³⁷³.

Prossegue Piovesan seu raciocínio, afirmando que o julgado do STF na ADPF 153 atribuiu legitimidade político-social à Lei de Anistia”. Há que se perguntar, entretanto, se tal legitimidade não teria sido, de fato, jurídica, vez que a decisão do Supremo, ao conferir o entendimento da constitucionalidade àquela lei, afastou a possibilidade de considerá-la incompatível com o ordenamento jurídico pátrio, tornando-a válida.

Flávia Piovesan, citando o Ministro Celso de Mello, ressalta:

Todos os atos estatais que repugnem à Constituição expõem-se à censura jurídica – dos Tribunais especialmente – porque são írritos, nulos e desvestidos de qualquer validade.³⁷⁴

A Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A citação, perfeita em um sistema de supremacia constitucional, não é plenamente aplicável ao julgamento da ADPF 153, por constituir-se esta em controvérsia acerca de direito pré-constitucional cujos efeitos estão hoje plenamente concretizados. Como asseverou o próprio relator, “no Estado Democrático de Direito o Poder Judiciário não está

³⁷³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13.ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

³⁷⁴ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010, p 426.

autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo”.

É de se questionar, portanto, se o relator e qualquer dos demais Ministros do STF – mesmo os dois que divergiram na votação – teriam alternativa viável à decisão vencedora. Afinal, pode-se prever com precisão todos os efeitos e significados de eventual declaração de inconstitucionalidade e revogação da Lei de Anistia? Que alcance jurídico e político teriam tais efeitos? A complexidade da matéria e a multiplicidade de fatores e atores envolvidos indicam que não há resposta clara, de forma que passa o estudo a analisar os reflexos das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Internacional de Justiça, e seus reflexos no Brasil.

4.3 A aparente controvérsia entre a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal

A efetiva implementação das decisões que emanam da Corte Interamericana de Direitos Humanos no direito doméstico dos Estados eventualmente condenados em processos que tenham tramitado sob a sua jurisdição denota um dos principais objetivos e compromissos nessa esfera de proteção regional, de modo que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos prevê, em seu artigo 68.1, preceito geral que determina a obrigatoriedade do cumprimento das sentenças proferidas pela Corte Interamericana. Nesse sentido, esse dispositivo prescreve que *Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.*

Em outras palavras, trata-se de autonomia conferida aos Estados Partes da Convenção Americana para que determinem como as decisões da Corte Interamericana serão implementadas em seu âmbito doméstico, competindo-lhes a escolha dos órgãos ou autoridades internas que tomarão as ações necessárias para cumprir a sentença, podendo tal atribuição recair sobre o Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário, cabendo ao sistema constitucional de cada Estado distribuir tais competências de forma implícita ou explícita. Tal distribuição, mesmo que explícita, não mitiga a imperatividade da aplicação *ex officio* de todos os Poderes em seus órgãos em todos os níveis.³⁷⁵

Notadamente, e como também exposto anteriormente, a CIDH tem como critério de garantia de aplicação dos direitos humanos o controle de convencionalidade. Todavia, é possível perceber certo paralelismo ou, quiçá, permeabilidade, entre ambos os Tribunais e identificar, na jurisprudência da Corte Interamericana seis áreas em que a doutrina da margem tem sido timidamente aplicada.

Essas dimensões são apresentadas por Poblete e Al varado³⁷⁶71 como sendo: a) desenvolvimento normativo interno dos direitos previstos na Convenção Americana; b) configuração das instituições nacionais envolvidas no

³⁷⁵ Antônio Augusto Cançado Trindade, ao tratar do cumprimento das obrigações internacionais do Estado, entende que é necessário que os Poderes Públicos adotem determinadas posturas, que, basicamente, consistem em: "(...) 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, Antônio Augusto Cançado. Tratado de direito internacional dos direitos humanos. Vol. III. Porto Alegre: Safe, 2003, p. 511

³⁷⁶ NÚÑEZ POBLETE, Manuel e ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea, El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales e nacionales, México, UNAM, 2012, p 22.

desenvolvimento ou exercício dos direitos reconhecidos na Convenção; c) valorização as circunstâncias materiais que justificam a limitação dos direitos reconhecidos na Convenção; d) regulamentação dos direitos reconhecidos na Convenção; e) alcance dos efeitos da decisão da Corte nos casos contenciosos e; f) cumprimento das sentenças da Corte IDH. Há que ser acrescentado a essas dimensões uma sétima. Também aqui no continente latino-americano os desacordos culturais bateram à porta da Corte IDH. Assim: g) questões morais e religiosas reivindicam, na singularidade de cada caso, seja reconhecida margem de apreciação aos Estados.

Quanto ao desenvolvimento normativo interno dos direitos previstos na Convenção Americana, foi no caso *Herrera Ulhoa vs. Costa Rica*³⁷⁷, julgado em 2004, que a Corte IDH, pela primeira vez, em um caso contencioso, fez menção à margem nacional de apreciação, relativamente à configuração ao direito de recorrer contra as decisões judiciais quando disse:

Embora os Estados tenham uma margem de apreciação para regular o exercício desse recurso, não podem estabelecer restrições ou requisitos que infrinjam a essência mesma do direito de recorrer da decisão.

A essencialidade e fundamentalidade dos direitos humanos reiteradamente reconhecida e reafirmada pela CIDH nega, no entanto, o reconhecimento de que os Estados podem ser discricionários, porquanto os vincula a dotarem esses direitos de substancialidade alinhada à compreensão que deles é feita pela comunidade de intérpretes.

³⁷⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 2004, par. 161.

O suposto aqui é que os Estados possam dispor quanto à escolha dos métodos de implementação das sentenças, no sentido de dar cumprimento às medidas de reparação determinadas pela CIDH, devendo optar por aqueles que sejam consoantes ao instrumento internacional que gerou a obrigação, e é nesse sentido que a Convenção Americana deixa à discricção dos Estados o estabelecimento das medidas ou a realização das ações que estes ponderem como necessárias para que cumpram com as sentenças prolatadas pela CIDH.

O pano de fundo, tal como no caso europeu até os dias atuais, é a emergência de encontrar caminhos possíveis para reduzir a tensão entre aspirações universais e as locais, então caminhos para ordenar o plural por meio de uma síntese. Isto deve-se ter claro e em relevância na interpretação do aparente conflito entre a decisão da Corte no caso da Guerrilha do Araguaia e a decisão do Supremo Tribunal Federal.

Apesar do pouco tempo do reconhecimento da jurisdição do sistema interamericano de direitos humanos, o Brasil já sofreu consideráveis intervenções da Corte em seu ordenamento. A maior parte delas é relativa aos casos contenciosos nos quais o país atuou no polo passivo, e que, após primeiramente submetidos à Comissão, não demonstraram ser passíveis de soluções por meio apenas de uma transação entre as partes.

Segundo Flávia Piovesan, no período de 1970 a 2008 a Comissão admitiu 98 casos contra o Estado brasileiro. Desse total, há casos que foram apreciados pela Comissão Interamericana, sendo os respectivos relatórios publicados no relatório anual da Comissão, e há aqueles – a maioria deles – que

estão pendentes perante a Comissão Interamericana. Os casos que estão pendentes para análise são considerados confidenciais pela Comissão.³⁷⁸

No universo desses 98 casos existem violações de direitos humanos referentes aos direitos dos povos indígenas; assassinato e tortura relacionados ao período do regime militar; sistema penitenciário brasileiro; violência no campo (rural); violação dos direitos das crianças e adolescentes; violência contra a mulher; discriminação racial, entre outros.

Nos procedimentos da CIDH foram determinadas nos últimos anos três medidas cautelares, nos casos: Comunidades Indígenas do Xingu (MC 382/10); Adolescentes internados na Unidade de Internação Socioeducativa (Unis) (MC 224/09) e Pessoas Privadas da Liberdade na Penitenciária Polinter-Neves (MC 236/08) (CIDH, 2012). A primeira refere-se à questão da instalação da hidrelétrica de Belo Monte, no Pará, e a proteção da comunidade indígena do Xingu; já as duas últimas dizem respeito às violações da integridade física dos detentos nas duas casas de detenção, o que não é novidade no sistema prisional brasileiro, que sofre com a superlotação e ausência de gestão adequada. Em 2012 já foram publicados 17 relatórios. Desses 8 considerados admissíveis, 6 foram arquivados e 3 considerados inadmissíveis.³⁷⁹

Estado brasileiro foi réu em cinco processos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos até o momento. Cumpre salientar que as sentenças não devem ser compreendidas como uma imposição externa aos

³⁷⁸ PIOVESAN, F. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2012., p. 395

³⁷⁹ CIDH. *Comissão Interamericana Sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.cidh.org>>. Acesso em: 6 out. 2014

Estados, e nem tampouco interferem em sua soberania nacional³⁸⁰, já que essa instância judicial foi outrora reconhecida pelos mesmos por ato de vontade expresso.

Assim, as sentenças da Corte IDH são de cumprimento obrigatório pelos Estados que reconhecem sua jurisdição e que tenham por ela sido condenados em razão de uma violação de direitos humanos. Tal obrigatoriedade é atribuída a dois aspectos fundamentais: a) à existência de dispositivo expresso na CIDH, prevendo este caráter mandatório para os Estados que a tenham reconhecido; b) à própria natureza das garantias previstas pela CIDH, de norma cogente de direito internacional, o que permite a responsabilização internacional do Estado na hipótese de sua não observância.

Quanto à sua natureza, as sentenças da Corte não são dotadas apenas de caráter declaratório e indicativo da infração cometida pelo Estado, mas são também revestidas de medidas concretas as quais o Estado infrator estará obrigado a adotar sempre que for concluído que houve violação de direitos previstos na Convenção³⁸¹. Ao agir dessa maneira, a Corte aponta ao Estado infrator quais as formas de reparação que o mesmo deve adotar para remediar a violação cometida.³⁸²

³⁸⁰ Nesse sentido, José Lindgren Alves pondera que: “a supranacionalidade da Corte Interamericana de Direitos Humanos, assim como a de todos os órgãos multilaterais da ONU e da OEA, é decorrência da vontade soberana dos Estados que o integram. Resulta da percepção individual dos próprios Estados de que seus interesses se acham mais bem protegidos pela coletividade organizada do que pela anomia do estado de natureza.” ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: FTD, 1997, p. 283

³⁸¹ LESDEMA, Héctor Faúdez. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*. 2ª. ed. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999, p. 496

³⁸² “Este Tribunal ha reiterado en su jurisprudencia constante que es un principio de derecho internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente”. CORTE IDH. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 02 de febrero de 2001. Serie C, nº 72, § 201.

A primeira demanda foi o Caso Nogueira de Carvalho e Outros *vs.* Brasil, submetido à Corte em janeiro de 2005, na qual o Brasil foi absolvido. A sentença foi proferida em 28 de novembro de 2006.³⁸³

Diferentemente do Caso Damião Ximenes Lopes *vs.* Brasil, que gerou a primeira condenação do Estado brasileiro no sistema interamericano. O Caso Damião Ximenes Lopes foi apresentado à Corte pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em janeiro de 2004 e a sentença proferida em julho de 2006.³⁸⁴

O caso Ximenes Lopes, além de ser a primeira condenação do Estado brasileiro perante a Corte Interamericana, também se caracterizou como sendo o primeiro pronunciamento desta em relação aos portadores de deficiência mental.

Dois julgamentos ocorreram em 2009 com os casos Escher e Outros *vs.* Brasil e Garibaldi *vs.* Brasil. Em 20 de dezembro de 2007 a Comissão remeteu o relatório à Corte Interamericana concluindo que o Estado é responsável internacionalmente “[...] pela violação [dos direitos humanos] em prejuízo de Arle [i] José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral, Celso Aghinoni e Eduardo Aghinoni”, membros das organizações Coana e Adecon”³⁸⁵

Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf. Acesso em: 10/12/2014

³⁸³ COELHO, Rodrigo M. G. Proteção internacional dos direitos humanos: a corte interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil. Curitiba: Juruá, 2007

³⁸⁴ BORGES, N. Damião Ximenes: primeira condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

³⁸⁵ CORTE Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 6 jul 2015.

A Corte condenou o Brasil ao pagamento de uma compensação de danos imateriais no valor de US\$ 20.000 (vinte mil dólares) para cada vítima, e ainda que essa quantia deve ser paga diretamente aos beneficiários no prazo de um ano contado a partir da notificação da sentença.

No caso conhecido como Sétimo Garibaldi (Garibaldi *vs.* Brasil), julgado em 2009 pela Corte, a Comissão alega a responsabilidade por omissão do Estado brasileiro decorrente do descumprimento da obrigação de investigar e punir “[...] o homicídio do senhor Sétimo Garibaldi, ocorrido em 27 de novembro de 1998; [durante] uma operação extrajudicial de despejo das famílias de trabalhadores sem-terra, que ocupavam uma fazenda no município de Querência do Norte, Estado do Paraná”. O Brasil foi condenado a tomar as medidas adequadas para processar e julgar os responsáveis pelo homicídio da vítima bem como pagar indenização aos seus familiares.³⁸⁶

O último caso julgado pela Corte Interamericana contra o Brasil foi o conhecido Caso da Guerrilha do Araguaia – Caso Gomes Lund. A Corte analisou as ações do governo brasileiro que geraram violações aos direitos humanos ao reprimir o movimento de oposição à ditadura, entre 1972 e 1975, denominado de Guerrilha do Araguaia (formado por membros do Partido Comunista do Brasil/PC do B e camponeses da região).

O julgamento reconheceu que a operação realizada pelo Exército Brasileiro, com o objetivo de reprimir tal manifestação, resultou no desaparecimento forçado de 70 pessoas, detenção arbitrária e tortura. Desta forma a Corte

³⁸⁶ CORTE Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 6 jul 2015

Interamericana de Direitos Humanos determinou, mediante sentença, que o Brasil tomasse uma série de medidas incluindo: a abertura dos arquivos da época em que esteve no poder a ditadura militar, instauração da Comissão da Justiça, Memória e Verdade, compensação às famílias das vítimas encontrar os corpos dos desaparecidos para que as famílias pudessem velar seus entes queridos, e também determinou a revisão da Lei da Anistia (Lei 6683/79).

A celeuma reside no posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade da Lei 6.683 de 1979, quase que concomitante a decisão retro citada. Responsável pela imunização de todos os crimes políticos praticados durante a ditadura militar, a qual perdurou de 1964 a 1985, a lei beneficiou tanto as vítimas opositoras do regime, quanto os agentes militares e demais responsáveis pela prática de crimes como o de tortura. Tema demonstrado nos capítulos iniciais e responsável pela transição democrática brasileira.

Em agosto de 2008, o Conselho Federal da OAB impetrou a ADPF n. 153, visando excluir do rol de crimes anistiados aqueles praticados por agentes da ditadura. Em abril de 2010, porém, o Supremo se manifestou no sentido de manter a redação original da referida lei, conservando, assim, a anistia ampla, geral e irrestrita. Apesar disso, em maio do mesmo ano, a Corte Interamericana realizou audiência pública para averiguar crimes praticados por agentes brasileiros contra guerrilheiros do Araguaia, na década de 70³⁸⁷.

O caso foi encaminhado à Corte em decorrência da não-observância das medidas reparatorias sugeridas pela Comissão Interamericana,

³⁸⁷ OAB: julgamento da ADPF 153 objetiva recompor dignidade do Estado brasileiro perante as nações”, em <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2167601/oab-julgamento-da-adpf-153>>.

tendo a defesa brasileira baseado, primordialmente, na alegação de que não houve desrespeito à legislação internacional.

Ao julgar improcedente a demanda da ADPF 153, o Supremo Tribunal Federal destacou o momento histórico vivido em 1979. Nesse sentido, o caso da Guerrilha do Araguaia, que condenou o Brasil, na CIDH, a resgatar a história das violações ocorridas no período da ditadura militar e formar a Comissão da Verdade. Ainda há muito a ser feito pelo Brasil.

Em dezembro de 2014, o governo brasileiro apresentou à Organização dos Estados Americanos o relatório do cumprimento da referida sentença da CIDH e, em resposta a CDH subscreveu:

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos deseja parabenizar a Comissão da Verdade brasileira e o Estado brasileiro pela conclusão do trabalho da Comissão da Verdade. Essa conquista representa um marco importante e histórico para o país.³⁸⁸

Sem embargo, embora a CIDH receba com grande satisfação a notícia do término do trabalho da Comissão da Verdade, a CIDH realça que a responsabilização dos autores das violações de direitos humanos é essencial para lutar contra a impunidade e para promover e preservar a justiça e, tendo em conta o posicionamento da CIDH e da Corte IDH sobre a Lei de Anistia, a CIDH agora insta o Estado brasileiro a cumprir a recomendação da Comissão da Verdade a fim de que a lei não possa seguir representado um obstáculo para a investigação de graves violações de direitos humanos. Conforme relatório de 17 de outubro de 2014, posicionou a CIDH:

³⁸⁸ BRASIL. Comissão da Verdade. Relatório. Disponível em <http://www.brasil.gov.br/governo/2014/12/comissao-interamericana-parabeniza-relatorio-brasileiro>. Acessado em 10/09/2015.

Declarar que, apesar de determinadas ações dirigidas ao cumprimento do ponto dispositivo nono da Sentença proferida no presente caso a interpretação e aplicação da Lei de Anistia em determinadas decisões judiciais continua sendo um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, e para a eventual punição e castigo dos responsáveis, nos termos dos parágrafos considerativos 9 a 23 da presente Resolução.³⁸⁹

A autonomia para a escolha dos métodos de implementação das sentenças por parte dos Estados, interpretada em face do mandamento geral esculpido no artigo 68.1 da Convenção Americana, não representa uma liberdade absoluta para os Estados. Isso porque o artigo 68.2 da Convenção contempla procedimento que possibilita a execução de eventual indenização pecuniária que tenha sido determinada dentre as medidas de reparação proferidas pela Corte Interamericana em sua sentença condenatória, seguindo os mesmos trâmites previstos pelo processo interno vigente no Estado para a execução de sentenças nacionais contra o Estado, de tal sorte que *a parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.*

O dispositivo, que pontua a respeito das disposições normativas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, abrange ao mesmo tempo as sentenças proferidas pela Corte Interamericana, uma vez que o cumprimento do artigo 2º da CADH e ocorre também pela observância, por parte dos Estados membros da Convenção, do sentido dado às disposições desta quando a CIDH a interpreta.

³⁸⁹ Corte Internacional de Justiça. Caso gomes lund e outros (“guerrilha do araguaia”) vs. Brasil supervisão de cumprimento de sentença. http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gomes_17_10_14_por.pdf. Acesso em 10/09/2015.

O entendimento não poderia ser outro, pois, conforme ressalta André de Carvalho Ramos, admitir que os órgãos internos dos Estados Partes da Convenção Americana ignorem o efeito de coisa interpretada pela Corte Interamericana, e se orientem apenas por sua vinculação a um litígio perante a mesma seria atitude irrealista dos órgãos que representam o Estado, “que, por isso mesmo, deveriam se preocupar em evitar sua responsabilização internacional”³⁹⁰

Thomas Buergenthal, ao tecer suas considerações sobre o artigo 68.2, chama a atenção para um fator de suma importância: em que pese o artigo não cite objetivamente, sua previsão pressupõe que o Estado condenado disponha em seu direito interno de um procedimento para execuções pecuniárias contra ele próprio, situação em que a vítima poderia se utilizar deste para executar a parte da sentença da Corte que prevê indenizações pecuniárias. Se, todavia, esse procedimento doméstico não existir, o Estado não será obrigado a instituí-lo, por força do que determina o artigo citado.³⁹¹

O autor complementa frisando que o emprego do artigo 68.2 da CADH no direito doméstico de um Estado depende ainda do sistema jurídico em que o seu uso é almejado. Em Estados onde as disposições de um tratado tornem-se normas de direito interno a partir do momento em que é ratificado tal instrumento, o juiz nacional estará livre para dar efeito ao disposto no artigo 68.2, de modo a permitir a execução da sentença da Corte IDH quanto às indenizações pecuniárias

³⁹⁰ 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, p. 241

³⁹¹ BUERGENTHAL, Thomas. Implementation of the judgements of the Court. In: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XX., 2ª. ed. São José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, p. 188

nos mesmos moldes do procedimento interno para execuções pecuniárias contra o Estado, desde que a legislação nacional estabeleça tais procedimentos.

Já naqueles nos quais os tratados não gozem de status de norma de direito interno apenas em razão da sua ratificação, o mais provável é que não seja dado efeito ao artigo 68.2. O impasse surge porque, nesses casos, se houver previsão na legislação do Estado sobre procedimento para execuções pecuniárias contra ele próprio, a não aplicação do artigo 68.2 significaria uma violação da Convenção por parte do Estado, por não estender seus procedimentos aos beneficiários das sentenças da Corte IDH.³⁹²

Na esteira do exposto, nota-se que, nas últimas décadas, alguns países do continente americano têm empreendido crescente esforço no intuito de enfrentar o desafio da implementação das decisões emanadas dos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, de modo geral, no âmbito de seus ordenamentos internos.³⁹³

A interação das decisões da Corte com os tribunais domésticos, não apenas no sentido de seu cumprimento, mas especialmente na utilização dos standards produzidos pelo Tribunal, além do reflexo que ocasionam nas políticas públicas dos Estados, é de extrema relevância, pois, conforme destaca Evorah Cardoso:

³⁹² Nas palavras de Buergenthal: “This conclusion follows from the fact that Article 68 (2) requires the Court’s money judgments to be treated, for purposes of domestic execution, the same way as domestic judgments against the State. Here it is irrelevant what legal status treaties enjoy in any given country.”

³⁹³ André de Carvalho Ramos chama essas legislações nacionais que visam a implementação das decisões de instâncias internacionais de proteção de direitos humanos de “enabling legislations”. V. RAMOS, André de Carvalho. Direitos humanos em juízo. Op. cit., p. 500 e 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. Op. cit., p. 337.

(...) são os aparatos judiciais domésticos os verdadeiros garantes dos direitos humanos. Além disso, quanto mais tais decisões passarem a fazer parte da engrenagem institucional do sistema doméstico, mais eficaz será o sistema interamericano.³⁹⁴

Aos poucos, portanto, essa jurisprudência internacional oriunda das atividades da Corte começa a perfazer verdadeiro *corpus iuris* capaz de servir como guia para as decisões posteriormente adotadas em nível doméstico pelos tribunais nacionais. Em última análise, contribui para que os Estados garantam a proteção integral e efetiva dos Direitos Humanos. De tal sorte que, devido a natureza complementar dos Tribunais Internacionais e na dinâmica de implementação de suas decisões a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal são esferas jurisdicionais horizontais e não hierarquizadas.

Ademais, nesse diálogo com os sistemas nacionais consolida-se o controle de convencionalidade³⁹⁵, que pode ser interpretado em sua forma difusa e/ou concentrada, e está sustentado por dois vértices, um nacional, oriundo de cláusulas de abertura constitucional, e outro internacional, baseado especialmente no princípio *pro homine*, inspirador de tratados de direitos humanos.

No Brasil, em que pese o Supremo Tribunal Federal (STF) parecer fazer frente a jurisprudência da Corte Interamericana, em especial por conta de sua decisão sobre a Lei de Anistia, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153³⁹⁶, existe um precedente bastante objetivo desse mesmo órgão judicial, quanto à exigência de diploma para o exercício da profissão de jornalista,

³⁹⁴ CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Op. cit., p. 86

³⁹⁵ Sobre o controle de convencionalidade a presente pesquisa já tratou em item próprio.

³⁹⁶ REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153/DF. Relator: Ministro Eros Grau. Julgamento: 29/04/2010. Dje nº 145. Divulgação: 05/08/2010. Publicação: 06/08/2010. Ementário nº 2409-1. PP. 1-266. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 20/05/2014.

oportunidade em que se fundamentou de acordo com a Convenção Americana e a jurisprudência oriunda da Corte Interamericana³⁹⁷.

A decisão acolhia o Recurso Extraordinário 511.961, interposto pelo Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo e pelo Ministério Público Federal. Desse modo, em 17 de junho de 2009, por ampla margem de votos (8x1)³⁹⁸, os ministros do STF derrubaram a exigência de diploma de curso superior de Comunicação Social com habilitação em jornalismo para a prática da profissão.

Na ocasião, o ministro Gilmar Mendes, relator do processo, entendeu que o Decreto-Lei 972/69, que impunha a obrigatoriedade do diploma para a prática da profissão, afrontava a Constituição Federal. No caso exposto, o entendimento da Suprema Corte brasileira e sua consonância com a Convenção Americana e a jurisprudência da Corte Interamericana, vem expresso na própria Ementa do RE 511.961/SP, abaixo transcrita:

“EMENTA: JORNALISMO. EXIGÊNCIA DE DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR, REGISTRADO PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE JORNALISTA. LIBERDADES DE PROFISSÃO, DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. CONSTITUIÇÃO DE 1988 (ART. 5º, IX E XIII, E ART. 220, CAPUT E § 1º). NÃO RECEPÇÃO DO ART. 4º, INCISO V, DO DECRETO – LEI Nº 972, DE 1969. (...) 8. 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

³⁹⁷ REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário Nº 511.961/SP. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 17/06/2009. DJe nº 213. Divulgação: 12/11/2009. Publicação: 13/11/2009. Ementário nº 2382-4. PP. 692-829. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>. Acesso em: 20/05/2014.

³⁹⁸ O único voto contrário ao relator foi o do ministro Marco Aurélio Mello.

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 do 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, 25 de fevereiro de 2009)

Além do caso citado, se destacam outros no âmbito do STF, tais como os das ADI 3987³⁹⁹ e da ADI 4077⁴⁰⁰, nos quais seria possível abordar a interpretação da Corte Interamericana quanto ao direito de acesso à informação sob controle do Estado, derivado do direito de liberdade de expressão, expresso na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, tanto em sua dimensão individual quanto na coletiva; quanto ao direito à verdade e aqueles derivados da proteção judicial e das garantias judiciais.

Pode-se ainda citar os casos das ADI 3239⁴⁰¹ e ADI 4032⁴⁰², os quais permeiam a temática do reconhecimento da propriedade de comunidades quilombolas e indígenas, e são igualmente interpretados com base nas decisões prolatadas pela Corte Interamericana em questões similares. A exemplo das interpretações que já teceu acerca do dever dos Estados de conferir tratamento especial à propriedade de comunidades tradicionais (tanto quilombolas como

³⁹⁹ Proposta em novembro de 2007, pelo Conselho Federal da OAB, contra dispositivos legais da Lei 8159/91, e a íntegra da Lei 11.111/05.

⁴⁰⁰ Proposta em maio de 2008, pelo então Procurador Geral da República, Antonio Fernando de Souza, contra a Lei 11.111/05, que alterou em parte a Lei 8.159/91, fixando em 30 anos o prazo de acesso a documentos “sigilosos”, e em 100 anos o de consulta a documentos “referentes à honra e à imagem das pessoas”

⁴⁰¹ Proposta em junho de 2004, pelo Partido da Frente Liberal (PFL), contra o decreto 4887/03, que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

⁴⁰² Proposta em fevereiro de 2008, pelo Democratas (DEM) e Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), contra o decreto sem número de 25 de fevereiro de 2008, publicado no DOU de 26 de fevereiro de 2008, contrário ao programa “Territórios da Cidadania”, que destina verbas para a regularização das terras indígenas e quilombolas, e a indenização para os que as ocupam.

indígenas), e quanto ao caráter consuetudinário da terra, a ser baseado na posse, e não no título real sobre a mesma.

Ademais, seria possível considerar a margem nacional de apreciação como um critério hermenêutico ou espaço de deferência aos órgãos nacionais para que, dentro de certos limites, interpretem e apliquem disposições dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, utilizando-se a complementaridade das Cortes (interna e interamericana).

Dentre os países latino americanos que instituíram leis de anistia para crimes cometidos durante regimes de exceção estão Argentina, Peru, Suriname, Chile, Brasil, Uruguai e El Salvador. Todos estes Estados foram denunciados à Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo fato de não terem realizado as devidas investigações e aplicado as sanções cabíveis aos responsáveis pelas graves violações de direitos humanos ocorridas.

No caso *Barrios Altos vs. Peru*, o Tribunal declarou que o Estado não cumpriu o estabelecido na Convenção em consequência da promulgação e aplicação de leis de anistia para violações de direitos humanos, expressando o entendimento de que leis de anistia são incompatíveis com a Convenção e, por isso, carecem de efeitos jurídicos.⁴⁰³

Em síntese, refere que as leis de anistia conduzem à impossibilidade de defesa das vítimas, impedem a elas e a seus familiares conhecerem a verdade sobre os fatos, e levam à perpetuação da impunidade, uma vez que não permitem a identificação dos responsáveis pelas graves violações de direitos humanos.

⁴⁰³ Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú (fondo)*, 2001.

No caso *Comunidade Moiwana vs. Suriname*, a Corte reafirma novamente a incompatibilidade de qualquer lei ou disposição interna que impeça a apuração de crimes contra a humanidade com a Convenção Americana.⁴⁰⁴

No que diz respeito à Lei de Anistia chilena, o Tribunal argumenta que os crimes de lesa humanidade vão além do tolerável pela comunidade internacional e ofendem toda a humanidade. O dano ocasionado por tais crimes permanece vivo para o país e para a comunidade internacional. Por constituir um crime de lesa humanidade, o delito cometido contra o senhor Almonacid Arellano, além de ser inaniável, é imprescritível. Logo, ao pretender anistiar os responsáveis por delitos de lesa humanidade, o Decreto Lei nº 2.191 é incompatível com a Convenção Americana e, portanto, carece de efeitos jurídicos à luz do referido Tratado.⁴⁰⁵

Por ocasião do julgamento do caso *Gelman vs. Uruguai*, a Corte reafirma a incompatibilidade das leis de anistia com o direito internacional e as obrigações internacionais do Estado, e refere que o fato de a Lei de Caducidade ter sido aprovada em um regime democrático e ratificada pelos cidadãos, não lhe dá, automaticamente, legitimidade perante o Direito Internacional. No entendimento da Corte, a existência de um regime democrático, por si só, não garante o permanente respeito ao Direito Internacional, incluindo o Direito Internacional dos Direitos Humanos.⁴⁰⁶

⁴⁰⁴ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 2005

⁴⁰⁵ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 2006.

⁴⁰⁶ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay* (fondo y reparaciones), 2011, par. 239

Para o Estado brasileiro, o modo da transição democrática, além do tempo decorrido do fim dos atos contra os direitos humanos, exige “cautela na transposição de soluções específicas adotadas pela CIDH e por essa Egrégia Corte em determinados países para o Estado brasileiro”⁴⁰⁷

A partir da análise das decisões da Corte nos casos expostos, é possível identificar os fundamentos jurídicos que lhes são comuns e que constituem a essência do entendimento do Tribunal sobre a invalidade das leis de anistia em face do direito internacional.

Da análise dos casos concretos apresentados, nota-se que praticamente todos os Estados demandados perante a Corte IDH reconheceram suas responsabilidades internacionais e a incompatibilidade de suas leis de anistia com o direito internacional. Esta foi a atitude de Peru, Chile, Uruguai e El Salvador.

Apesar de o caso brasileiro ser mais singular, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ainda que implicitamente, veda a possibilidade de reconhecimento de qualquer margem de apreciação para que Estados decidam sobre a validade convencional de disposições internas de anistia para crimes de lesa humanidade.

Em que pese análise de conteúdo proposta neste item ser feita em torno de uma breve seleção de jurisprudência doméstica é possível se realçar, por meio desse exame, como a interpretação tecida por este Tribunal internacional em face da CADH pode ser utilizada como precedente nas cortes nacionais. Mais do que isso, demonstra como Estados com contextos políticos, jurídicos e até mesmo

⁴⁰⁷ República Federativa do Brasil, Contestação do Caso nº 11.552: Júlia Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia), 2009, p. 93

problemas análogos podem ser alvo, direta ou indiretamente, da jurisprudência emanada das atividades da Corte Interamericana de Direitos Humanos sem prejuízo ou conflito entre as jurisdições.

Conclui-se, portanto, que em caráter geral, o artigo 68.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos confere aos Estados a possibilidade de dispor quanto à escolha dos métodos de implementação das sentenças oriundas da Corte Interamericana, à exceção de quando se concedeu uma indenização pecuniária dentre suas medidas de reparação.

CONCLUSÃO

O objetivo da presente tese doutoral foi tratar da responsabilidade internacional do Estado Brasileiro por violações dos direitos humanos sob a ótica do Supremo Tribunal Federal como corte constitucional paralela e não hierarquizada à Corte Interamericana de Direitos Humanos, em especial no caso conhecido como Guerrilha do Araguaia.

Inicialmente, foi apresentado o contexto de formação constitucional brasileiro e a transição democrática buscando demonstrar as peculiaridades na sua formação e o importante papel da Lei da Anistia nesse processo. O primeiro capítulo foi estruturado nesse sentido, de forma a olhar a Lei de anistia como parte do processo de democratização e essencial para o restabelecimento do Estado de Direito, pois se caracterizou por um modelo pragmático consensual de conciliação e de acordo político ao direito de cidadania.

A análise seguiu pelo estudo axiológico da constituição, pois, ao se auferir legitimidade de uma norma jurídica frente a uma nova ordem constitucional, deve-se considerar o fundamento de valor desta. Assim, considerando a pragmática de Tercio Sampaio Ferraz Júnior no sistema de validação das normas, os princípios constitucionais decorrentes do processo de formação da democracia brasileira caracterizam-se como o conteúdo imunizador da Lei da Anistia no que consiste a sua legitimidade.

Para, além disso, apresenta-se a forma como o Brasil recebe e integra os tratados de direitos humanos. Passando por momentos diversos de interpretação do Supremo Tribunal Federal e culmina na edição da emenda 45 a

Constituição Federal brasileira que confere aos Tratados em matéria de direitos humanos status de emenda constitucional.

Em matéria de tratados, é possível defender que a produção normativa estatal deve ter como parâmetro não só o ponto de vista formal ou procedimental, mas também o material, tendo como limite tanto a Constituição como os tratados de direitos humanos, detentores de status constitucional, além dos tratados internacionais comuns, supralegais.

Após essa análise inicial, procurou-se destacar a participação do Brasil nos sistemas de proteção aos direitos humanos, bem como se apresentou os sistemas a que o Brasil se submete. Nesse estudo, verificou-se que os principais sistemas de responsabilidade internacional para o Estado Brasileiro por violações de direitos humanos são o sistema convencional não contencioso (mediante relatórios periódicos) e o sistema extraconvencional.

O sistema coletivo de verificação da responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos desponta eficaz e condizente com o conceito de comunidade de nações do que o sistema individual, todavia no estudo foi verificado que são sistemas complementares. A jurisdicionalização do direito internacional não afasta a jurisdição interna e, nem tão pouco a soberania estatal.

Indubitavelmente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, representante deste sistema coletivo, possui importante papel a desempenhar como forma de orientação aos Estados no cumprimento das normas de direitos humanos e, também, de repressão à violação de tais normas, que são fruto de obrigações internacionais assumidas pelo Estado.

Contudo, a busca pelo respeito aos direitos humanos não pode ser orientada por critérios cegos que não se pautem pela observância de garantias que são inerentes a qualquer forma de processo e a busca pela responsabilização não pode ser uma forma de vingança e nem tampouco se confundir paz com perdão. A anistia teve seu papel histórico em consubstanciar a vontade de reerguer o Estado brasileiro no processo democrático.

A narrativa do passado, seja pelo algoz ou pelas vítimas, abre a possibilidade, com o alívio de cargas emocionais e sociais paralizantes e mórbidas, de iniciar algo novo.

O Estudo passa a análise da responsabilidade do Estado, e considera que a jurisdição internacional e competência legal internacional são elementos para conceituar soberania na esfera internacional. Ademais ressalta que os tratados são a máxima expressão dessa soberania, mas decorrem de um direito interno limitado por regras de direito internacional, regras de limitação da competência legal internacional ou por regras e princípios reconhecidos pela própria comunidade internacional.

Restou salientado que, deve ser sob o enfoque do princípio da complementaridade a análise de qualquer submissão de um Estado a Tribunais Internacionais, vez que consiste esse em uma garantia adicional de proteção. Cabe ao Estado, como valor de soberania, a responsabilidade primária com relação aos direitos humanos. A comunidade internacional, por sua vez, tem a responsabilidade secundária, subsidiária e complementar acionável quando as instituições nacionais mostrarem-se falhas ou omissas desses direitos.

A jurisprudência internacional em última análise contribui para que os Estados garantam a proteção integral e efetiva dos Direitos Humanos. De tal sorte que, devido a natureza complementar dos Tribunais Internacionais e na dinâmica de implementação de suas decisões a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal são esferas jurisdicionais horizontais e não hierarquizadas.

Finalizada a análise, é possível notar, portanto que a relação entre direito interno e direito internacional, estabelecida através do princípio de complementaridade no âmbito da criação de um Tribunal Internacional, consiste em uma relação dialética. A competência confiada ao órgão internacional é, neste sentido, cedida; trata-se de competência específica definida no próprio instrumento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- “A lembrança de abril de 1945”. Movimento, 24/4/1978, p. 09
- “Carta de Salvador”. Encontro Nacional de Movimentos pela Anistia. Salvador, 9 de setembro de 1978. Fundo Comitê Brasileiro de Anistia, Acervo do Arquivo Edgard Leuenroth, Unicamp.
- “Como funciona o CBA”. Anistia – Órgão Oficial do Comitê Brasileiro pela Anistia, nº 3, janeiro/fevereiro de 1979, p. 4.
- “Manifesto à Nação”. Encerramento do I Congresso Nacional pela Anistia. São Paulo, 5 de novembro de 1978. Fundo Comitê Brasileiro de Anistia, Acervo do Arquivo Edgard Leuenroth, Unicamp.
- “Os caminhos da volta”. Veja, 10/1/1979, p. 31.
- 20 Anos: Anistia não é esquecimento, da Fundação Perseu Abramo/ Projeto Memória, 1999. Disponível em: <<http://www2.fpa.org.br/portal/modules/news/index.php?storytopic=377>>. Acesso em abril de 2012.
- A LUTA CONTINUA. “Manifesto do II Congresso Nacional de Anistia”. Salvador, Bahia, 15 a 18/11/1979. *20 Anos: Anistia não é esquecimento*. Página eletrônica da Fundação Perseu Abramo/Projeto Memória, 1999. Disponível em: <http://www2.fpa.org.br/portal/modules/news/index.php?storytopic=377>. Acesso em abril de 2012.
- ABRAMO, Laís Wendel. *O resgate da dignidade: greve metalúrgica e subjetividade operária*. Campinas: Editora da Unicamp/Imprensa Oficial, 1997, p. 188.
- ACCIOLY, Hildebrando. Manual de Direito Internacional Público. 14 ed., São Paulo : Saraiva, 2000, p. 516-517
- ADI-1625 – (CUT/CONTAG), disponível no site do STF: www.stf.jus.br
- ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.
- ALTER, Karen J., International Legal Systems, Regime Design and the Shadow of International Law in International Relations. Paper presented at the American Political Science Association Conference, Boston, MA, 2002
- ALVES, José Augusto Lindgren. A arquitetura internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: FTD, 1997, p. 283
- ALVES, Maria Helena Moreira. Estado e Oposição no Brasil (1964-1984). Petrópolis: Vozes, 1985, p. 223.
- ANASTASIA, Fátima; CASTRO, Mônica Mata Machado de; e NUNES, Felipe. De lá para cá: as condições e as instituições da democracia depois de 1988. In: MELO, Carlos Ranulfo; e SÁEZ, Manuel Alcântara. *Democracia brasileira: balanço e perspectivas para o século XXI* – Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007. 488 p. p. 109-145, p 117.
- ARAÚJO, Maria Paula Nascimento. Lutas democráticas contra a ditadura. In: FERREIRA, Jorge; REIS, Daniel Aarão (Org.). *Revolução e democracia (1964-...)*. (As esquerdas no Brasil; v.3) Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p. 321.
- AYALA CORAO, Carlos. Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional 72, México: Porrúa, 2013, p. 104 y ss
- BARROSO, Luis Roberto. Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos, p. 09. Disponível in http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/vinte_e_um_anos_da_constituicao_brasileira_o_estado_a_que_chegamos_pt.pdf. Acesso em 07/10/2012.
- BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 7ª. Edição revista, São Paulo: Saraiva, 2010, p 4.

- BITTAR, Eduardo C B; ALMEIDA, Guilherme Assis. Curso de Filosofia do Direito. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 551.
- BOBBIO, Norberto, A Era dos Direitos, 11 ED., Tradução Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro : Campus, 1992, p. 28.
- BOBBIO, Norberto. Teoría general del derecho , p. 27-28
- BOBBIT, Philip A Guerra e a paz na história moderna: o impacto dos grandes conflitos e da política na formação das nações. Tradução de Cristiana Serra. Rio de Janeiro : Campus, 2003, p 22-23.
- BONAVIDES, Paulo. *Comentários à Constituição Federal de 1988*, Rio e Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 1100
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. São Paulo. Malheiros, 1999, p. 301.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de, *História constitucional do Brasil*, 4ªed., Brasília, OAB Editora, 2002, p. 456
- BORGES, N. Damião Ximenes: primeira condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Revan, 2009.
- BOTELHO, Tatiana. Direitos Humanos sob a ótica da Responsabilidade Internacional (1215-2004). Revista da Faculdade de Direito de Campos. a. VI, n. 6, Junho de 2005. p. 642
- BRASIL, Contestação do Caso nº 11.552: Júlia Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia), 2009, p. 93
- BRASIL, Decreto n.º 91.450, de 08 de julho de 1985. *Diário Oficial [da] União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 Jul. 1985. Seção 1, p. 10393.
- BRASIL, Decreto-Lei n.º 314, de 13 de março de 1967. *Diário Oficial [da] União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 Mar. 1967. Seção 1, p. 2993
- BRASIL, Decreto-Lei n.º 898, de 29 de setembro de 1969. *Diário Oficial [da] União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 29 Set. 1969. Seção 1, p. 8162
- BRASIL, Despachos do Presidente da República. 26 de setembro de 1986. *Diário Oficial [da] União*, Poder Executivo, Suplemento Especial ao n.º 185, Brasília, DF, 26 Set. 1986. Seção 1.
- BRASIL, Emenda Constitucional n.º 26, de 27 de novembro de 1985. *Diário Oficial [da] União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 Nov. 1985. Seção 1, p. 17422
- BRASIL, Lei da Anistia. Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979, publicado em D. O. U. Em 28/08/1979, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm. Acessado em 07/11/2013.
- BRASIL, Lei n.º 6.683, de 28 de agosto de 1979. *Diário Oficial [da] União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 Ago. 1979. Seção 1, p. 12265.
- BRASIL, Lei n.º 6.767, de 20 de dezembro de 1979. *Diário Oficial [da] União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 Dez. 1979. Seção 1, p. 19463
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal – STF - ADI: 2404 DF, Voto: Min. Luiz Edson Fachin, Data de Julgamento: 13/11/2015, Data de Publicação: DJe-38 PUBLIC 13/11/2015.
- BRASIL. 30 anos de luta pela anistia no Brasil: greve de fome de 1979. Brasília: Comissão de Anistia/MJ, 2010.
- BRASIL. Comissão da Verdade. Relatório. Disponível em <http://www.brasil.gov.br/governo/2014/12/comissao-interamericana-parabeniza-relatorio-brasileiro>. Acessado em 10/09/2015.
- BRASIL. Constituição (1988), Constituição da República Federativa do Brasil. *Senado Federal, Subsecretaria Especial de Editoração e Publicações*. Disponível in: http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_29.03.2012/CON1988.pdf. Acessado em 20/10/2012.

BRASIL. Constituição (1988). Código Civil Brasileiro. Vade Mecum Maxiletra de Direito Rideel. Obra coletiva da Editora Rideel, 2ª Ed., São Paulo : Rideel, 2013.

Brasil. Ministério das Relações Exteriores. Solicitação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da OEA. Nota à imprensa nº 142. Brasília, 5 de abril de 2011. Disponível em <www.itamaraty.gov.br>. Acesso em: 02 de novembro de 2015.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos / Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007, p. 30.

BRASIL. STF – Supremo Tribunal Federal - ADPF: 153 DF , Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 03/05/2012, Data de Publicação: DJe-089 DIVULG 07/05/2012 PUBLIC 08/05/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153-DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Arguido: Presidente da República. Relator: Eros Grau, 28 de abril de 2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiantificiastf/anexo/adpf153.pdf>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 79.785-RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário Nº 511.961/SP. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 17/06/2009. DJe nº 213. Divulgação: 12/11/2009. Publicação: 13/11/2009. Ementário nº 2382-4. PP. 692-829. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>. Acesso em: 20/05/2014.

BRITTO, Carlos Ayres, Cesar. 2010 Voto do ministro Carlos Ayres Britto no julgamento da ADPF 153. In: STF. Acórdão de Interiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153. Brasil: Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2644116>. Acesso em 24 de Novembro de 2014

BROWNLIE, Ian. Principles of Public International Law. 4ª ed. Oxford: Oxford University, 1990. p. 434

BUERGENTHAL, Thomas. Implementation of the judgements of the Court. In: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XX., 2ª. ed. São José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, p. 188

BULL, Hedley. A Sociedade Anárquica- um estudo da ordem na política internacional. Coleção Clássicos IPRI. Trad. Sérgio Bath. 1ª. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, São Paulo: IMESP, 2002. p. 19.

CAMARGO, Aspasia; DINIZ, Eli. *Continuidade e mudança no Brasil da Nova República*. São Paulo: Vertice; Editora Revista dos Tribunais, 1989.

CANARIS, Claus Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 13

CANOSA, Eduardo Andrés Velandia. Derecho Procesal Constitucional. Bogotá, Colômbia: Legis, 2014, p 671.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 4. ed. Coimbra : Almedina, 2000, p 1123.

CARONE, Edgard. *O P.C.B. (1943-1964)*. Volume 2. São Paulo, Difel, 1982, p.184

CAZETTA, Ubiratan. Direitos humanos e federalismo: o incidente de deslocamento de competência. São Paulo: Atlas, 2009, p. 20

CIDH Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 6 jul 2015.

CIDH Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile, Sentença de 26 de setembro de 2006, Serie C No. 154.

CIDH Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

- CIDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 2006.
- CIDH, Caso Bámaca Velásquez, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C, núm. 70, párrs. 199-202
- CIDH, Caso Barrios Altos vs. Perú (fondo), 2001.
- CIDH, Caso Boyce y otros Vs. Barbados, Sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C No. 169
- CIDH, Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 2005
- CIDH, Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C, núm. 140, párr. 117. El caso trata la desaparición forzada y la ejecución extrajudicial, entre otros delitos, de los habitantes del corregimiento de Pueblo Bello a manos de un grupo de paramilitares
- CIDH, Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C, núm. 140, párr. 154.
- CIDH, Caso Gelman vs. Uruguay (fondo y reparaciones), 2011, par. 239
- CIDH, Caso Goiburú vs. Paraguay, Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 153. Un estudio sobre los alcances de esta sentencia en Nash y Sarmiento (2007), pp.124-127
- CIDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 128.
- CIDH, Caso Trujillo Oroza - Reparaciones, (art. 63.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 27 de febrero de 2002, Serie C, núm. 92, párr. 99
- CIDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 28 de julio de 1988, Serie C, núm. 4, párr. 166.
- CIDH, O Efeito das Reservas Sobre a Entrada em vigor da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (artigos 74 e 75), Opinião Consultiva OC-2/82, de 24 de setembro de 1982, Serie A, núm. 2, párr. 29, disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/2122opiniao.htm>. Acessado em 10/09/2014.
- CIDH. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 02 de febrero de 2001. Serie C, nº 72, § 201. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf. Acesso em: 10/12/2014
- CIDH. Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela, Sentencia de 28 de noviembre de 2005, Serie C, núm. 138, párr. 98.
- CIDH. Caso Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Sentença. 24 de novembro de 2010 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=348>. Acesso em: 12 novembro de 2015.
- CIDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 2004, par. 161.
- CIDH. Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala. Sentença de 25 de novembro de 2003. Serie C n.101.
- CIDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 04 de julho de 2006, Série C, nº 149, § 209, p. 69
- CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório No. 91/08 (mérito), 11.552, Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia). Brasil, 31 de outubro de 2008, Apêndice 1, para. 215. Disponível em: . Acesso em: 1 novembro 2014.para 216.
- CIDH. Comissão Interamericana Sobre Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.cidh.org>>. Acesso em: 6 out. 2014
- CIJ, Caso Barcelona Traction Light and Power Company, Limited (Bélgica vs. Espanha).

CIJ, Reservas a Convenção sobre Prevenção ao Crime de Genocídio. CIJ Recueil, 1951, p. 3. Disponível em http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2014/05/pareceres-consultivos_1950.pdf, acessado em 10/09/2014.

CIJ. Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening). Dissenting opinion of Judge Cançado Trindade (2010a).

CIJ: Gabèikovo-Nagymaros project, acórdão de 25/9/97, § 152

CIJ: Usine de Chorzów, acórdão de 13/9/28 sobre o mérito, p. 47

CmIDH, MC 382/10 - Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu, Pará, Brasil. Disponível em <<http://cidh.oas.org/medidas/2011.port.htm>>. Acesso em: 02 de novembro de 2015

CODATO, Adriano Nervo. Uma história política da transição brasileira: da ditadura militar à democracia. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, n. 25, Nov. 2005 . Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782005000200008&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 16 Jan. 2013.

COELHO, Rodrigo M. G. Proteção internacional dos direitos humanos: a corte interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil. Curitiba: Juruá, 2007

COLOMER, Josep M. Game Theory and the Transition to Democracy. From the Selected Works of Josep M Colomer. January 1995, Disponível em http://works.bepress.com/jesep_colomer/34. p. 125. Acessado em 20/10/2012

COMPARATO, Fábio Konder. A verdade republicana, in: O retrato do Brasil, Reportagem, 65, fev./2005, p. 45, disponível em <http://www.oretratodobrasil.com.br/reportagem/65/pdf/10.pdf>, Acessado em 15 de novembro de 2015.

COMPARATO, Fábio K. “O que fizeste de teu irmão?” In: TELES, Janaína (org.). Mortos e desaparecidos políticos: Reparação ou impunidade? 2ª ed., São Paulo, Humanitas/FFLCH-USP, 2001, p.66.

COMPARATO, Fabio Konder; MONTEIRO, Maurício Gentil. Petição Inicial da ADPF 153. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2644116>. Acesso em: 06. Novembro 2014, p. 17

Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. Exigências Cristãs de uma Ordem Política. Documento aprovado pela XV Assembléia Geral da CNBB Itaiçá, 8 a 17 de fevereiro de 1977. Disponível em <http://www.catoliconet.com/pub/publicacoes/bc106a11350da8e6a9e56834b9b6c116.pdf>. Acessado em 17/11/2012.

CONSIL OF EUROPE. Publicação de artigos científicos. The Margin Of Appreciation. Disponível em: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp#P250_32680 Acesso em : 12 de novembro de 2015.

CORREIA, Ludmila Cerqueira. Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: o Brasil e o caso Damião Ximenes. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2045455>. Acesso em: 04 dez. 2014

CRAWFORD, James. The International Law Commission's Articles on State Responsibility Introduction, Text and Commentaries. Cambridge: Cambridge University Press, 2002,

CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de Direito Constitucional. Salvador: JusPodvim, 2008. p. 147.

CUNHA, Luis Pedro Chaves da. O Sistema Comercial Multilateral face aos Espaços de Integração Regional. Op. Cit, p. 285.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Constituição para o Brasil novo. In: SADER, Emir et al.,1985, p.114

DIÁRIO DA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. Brasília: Senado Federal, 1987-1988, ano II, n. 175, publicado em 2 fevereiro de 1988, p. 5. Disponível em http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp. Acessado em 10/07/2012.

- DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. Direito Internacional Público. Trad. Vitor Marques Coelho. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 120
- Discurso de Posse Presidência da República. Brasília, março de 1985, Disponível no *site* <http://www.tancredo-neves.org.br/presidente-da-republica>, acesso em 17/07/2012
- DWORKIN, Ronald. O império do Direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999,
- ECO, Humberto. Pensar en la Guerra. In: Cinco Escritos Morales. Buenos Aires : Cisne, 1998, p.29.
- EUROPA, Corte EDH. Caso Handyside VS. Reino Unido, Sentença de 7 de dezembro de 1976. Disponível em:< <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57499>> Acesso em: 12 de novembro de 2015
- FAORO, Raymundo. *Assembleia constituinte: a legitimidade resgatada*. Rio de Janeiro: Globo, 1981. O trabalho consta também da obra recentemente editada: FAORO, Raymundo. *A república inacabada*. Rio de Janeiro: Globo, 2007. p. 169-263.
- FERNANDES, Florestan. *A Constituição inacabada, vias históricas e significados*. São Paulo: Estação Liberdade, 1989, p. 73.
- FERRAJOLI, Luigi. A Soberania no Mundo Moderno : Nascimento e Crise do Estado Nacional. Trad. Carlo Coccioli. São Paulo : Martins Fontes, 2002, p 47.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. 6º ed. rev. e ampl., São Paulo : Editora Atlas, 2010.
- FERRAZ JUNIOR., Tércio Sampaio. Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p 70
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 168-170;
- FERREIRA, Marieta de Moraes; SARMENTO, Carlos Eduardo. A República brasileira: pactos e rupturas. In: GOMES, Angela de Castro; PANDOLFI, Dulce Chaves; ALBERTI, Verena (Org.). *A República no Brasil*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira; CPDOC/FGV, 2002, p. 450-493, p 462
- FERREIRA, Nuno em Responsabilidade Internacional e sua evolução na Tradição Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. XLVI, nº 1, Lisboa, 2001
- FICO, Carlos; FERREIRA, Marieta de Moraes; ARAUJO, Maria Paula Nascimento. *Ditadura e democracia na América Latina*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2008.
- FONTOURA, Jorge. Revista de Informação Legislativa. Ano 39, no 153, janeiro/março 2002. Editora do Senado Federal: Brasília, 2002. p. 24.
- FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do Direito. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 60-61
- GARCIA, Maria. Desobediência civil: direito fundamental. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p 114.
- GIDDENS, Anthony. Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización em nuestras vidas. Op. Cit. p. 27.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O positivismo jurídico. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1452, 23 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10060>>. Acesso em: 9 set. 2011
- GRACE, Ellen. 2010 Voto da ministra Ellen Grace no julgamento da ADPF 153. In: STF. Acórdão de Interiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153. Brasil: Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=26441116>. Acesso em 24 de Novembro de 2014
- GRAU, Eros. 2010 Voto do ministro Relator Eros Grau no julgamento da ADPF 153. In: STF. Acórdão de Interiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153. Brasil: Supremo

Tribunal Federal. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2644116>. Acesso em 24 de Novembro de 2014

GREEN, James. Apesar de vocês. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HART, Herbert. O Conceito de Direito. Fundação Calouste Gulbernkian. 5º Ed. Lisboa : 2007, p.6

HELD, David, A democracia, o Estado nação e o sistema global, Revista Lua Nova, n. 23, p. 145-194, mar. São Paulo : CEDEC, 1991. p. 162

HELLER, Hermann. Teoria do Estado. Tradução de Lycurgo da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HESPANHA, Antônio Manuel. Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio. 3. ed., Mira-Sintra: Publicações Europa-América, 2003, p. 333-334

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional. Traducción de Pedro Cruz Villalón. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992

<http://www.oas.org/juridico/english/sigs/b-32.html> (última visita em 02/07/2015).

<http://www.untreaty.un.org/ENGLISH/bible/englishinternetbible/partI/chapterXVIII/treaty11.asp> (última visita em 02/07/2015).

JO, Hee Moon. Introdução ao Direito Internacional, ed. LTr.. 5ªed., São Paulo.2000. p. 154

KRSTICEVIC, Viviana. Reflexões sobre a execução das decisões do Sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos. In: Implementação das decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: jurisprudência, instrumentos normativos e experiências nacionais. Organização: Centro pela Justiça e o Direito Internacional – CEJIL. Tradução: Rita Lamy Freund. Rio de Janeiro: CEJIL, 2009, p. 24

LAFER, Celso. A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998, pág. 123

LEMOS, Renato. "Anistia e crise política no Brasil pós-1964." In: Topoi. Revista de História. Rio de Janeiro: Programa de Pós-graduação em História Social da UFRJ/ 7Letras, set. 2002, n. 5, p. 289

LESDEMA, Héctor Faúdez. El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales. 2ª. ed. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999, p. 496

LEWANDOWSKI, Ricardo. 2010 Voto do ministro Ricardo Lewandowski no julgamento da ADPF 153. In: STF. Acórdão de Interiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153. Brasil: Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2644116>. Acesso em 24 de Novembro de 2014.

LIMA, Haroldo. Itinerário. Salvador: Comitê Brasileiro pela Anistia, 1979, p. 65.

LUCAS, João Gilberto. O processo constituinte. In: GURAN, Milton (Coord.). *O processo constituinte 1987- 1988*. Brasília: AGIL, 1988. p. 42-43

LÚCIA, Carmen. 2010 Voto da ministra Carmen Lucia no julgamento da ADPF 153. In: STF. Acórdão de Interiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153. Brasil: Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2644116>. Acesso em 24 de Novembro de 2014

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Vol I. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro: 1983, p. 45

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). Obra citada, p. 643

MACIEL, Maria. Constituinte e transição. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 5, n. 2, 1990, p.200.

MARENCO, André. Devagar se vai ao longe? A transição para a democracia no Brasil em perspectiva comparada. In: MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcântara (Org.). *Democracia brasileira: balanço e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: UFMG, 2007. pp. 73-105, p 77.

MARINI, Ruy Mauro. Possibilidades e limites da Assembleia Constituinte. In: SADER, Emir et al., 1985, p.17

MARTINS, Roberto Ribeiro. Liberdade para os brasileiros: anistia ontem e hoje. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978

MAUÉS, Flamarion; ABRAMO, Zilah (Orgs.). *Pela democracia, contra o arbítrio: A oposição democrática, do golpe de 1964 à campanha das Diretas Já*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2006, p. 207-303

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (Org.) Coletânea de Direito Internacional. – 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011b p. 218-236

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direito internacional público. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 55.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direito Internacional: Tratados e Direitos Humanos Fundamentais na Ordem Jurídica Brasileira. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p 13.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pp. 79/80.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 105

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos Humanos, constituição e os tratados internacionais: São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 316

MELLO, Celso. 2010 Voto do ministro Celso Mello no julgamento da ADPF 153. In: STF. Acórdão de Interio Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153. Brasil: Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2644116>. Acesso em 24 de Novembro de 2014.

MELLO, Marco Aurélio. 2010 Voto do ministro Marco Aurélio de Mello no julgamento da ADPF 153. In: STF. Acórdão de Interio Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153. Brasil: Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2644116>. Acesso em 24 de Novembro de 2014, p 156.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011. P. 123

MENDES, Gilmar. 2010 Voto do ministro Gilmar Mendes no julgamento da ADPF 153. In: STF. Acórdão de Interio Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153. Brasil: Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2644116>. Acesso em 24 de Novembro de 2014

MENEZES, Fabiano L. De.. A nova doutrina de soberania aplica-se à Coréia do Norte? Disponível em: <http://www.cenariointernacional.com.br/default3.asp?s=artigos2.asp&id=19>. Acesso em: 02 dez. 2014.

MENEZES, Wagner. Ordem Global e Transnormatividade. Ijuí: Unijuí, 2005

- MEZAROBBA, Glenda Lorena. *Um acerto de contas com o futuro: a anistia e suas conseqüências – um estudo do caso brasileiro*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2003, p. 13.(mimeo)
- MIRANDA, Jorge, Brevíssima nota sobre o jus cogens /In: Revista Jurídica / Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, nº 18-19, Out.-Dez, Lisboa. 1995.
- MIRANDA, Jorge. A Constituição de 1988 – uma constituição de esperança. *Revista de direito do estado*. n.º 9 (janeiro/março 2008), Rio de Janeiro : Renovar, 2006-, 117-129, p, 118.
- MIRANDA, Jorge. A incorporação ao direito interno de instrumentos jurídicos de direito internacional humanitário, e direito internacional dos direitos humanos. *Revista CEJ*, Brasília, n. 11, p. 23-26, 2000
- MORIN, Edgar *Ciência com Consciência*. Rio de Janeiro : Bertrand Brasil, 2003. p; 176
- MORIN, Edgar Complexidade e Liberdade in: PRIGOGINE, Ilya e MORIN, Edgar *A Sociedade em Busca de Valores: para fugir à Alternativa entre o Cepticismo e o Dogmatismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 239
- MORIN, Edgar *Introdução ao pensamento complexo*. Porto Alegre: Sulina, 2005, p. 177.
- MORIN, Edgar. *O método 1: a natureza da natureza*. Porto Alegre: Sulina, 2002a p. 53-55.
- MÜLLER, Friedrich. *Direito, linguagem, violência: elementos de teoria constitucional*, I. Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995
- NAPOLITANO , Marcos. Nós, que amávamos tanto a democracia: protesto de rua contra o regime militar na Grande São Paulo (1977-1984). São Paulo: Dissertação de Mestrado apresentada à FFLCH/USP, 1994 (mineo)
- NETO, Durval Carneiro. Um novo Direito para uma Sociedade Complexa in: REERE – Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado. N. 19 – setembro/outubro/novembro 2009 – salvador, Bahia. Acessível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REERE-19-SETEMBRO-2009-DURVAL%20CARNEIRO.pdf>
- NOBRE, Marcos. Indeterminação e estabilidade: os 20 anos da Constituição Federal e as tarefas da pesquisa em direito. *Novos estud. – CEBRAP [on line]*. 2008, n.82, pp. 97-106. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n82/05.pdf>>. Acesso em 17/07/2012.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel e ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea, *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales e nacionales*, México, UNAM, 2012, p 22.
- O'DONNELL, Guilherme; SCHMITTER, Philippe. *Transições do regime autoritário: primeiras conclusões*. São Paulo: Vértice, 1988, p 22.
- O'DONNELL, Guillermo. Notes for the Study of Processes of Political Democratization in the Wake of the Bureaucratic-Authoritarian State. In: *Counterpoints: selected essays on authoritarianism and democratization*. Indiana: University of Notre Dame Press, 1999. p. 110-129; p. 115.
- OAB: julgamento da ADPF 153 objetiva recompor dignidade do Estado brasileiro perante as nações”, em <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2167601/oab-julgamento-da-adpf-153>>.
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights.
- ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS). *International Law Commission. Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*. Genebra, 2001. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf >. Acesso em: 25 mai. 2015.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, adotada em 10 de dezembro de 1948.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso gomes lund e outros (“guerrilha do araguaia”) vs. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf> Acesso em 10 de maio de 2014.

ORTEGA, Roberto Niembro. Sobre la legitimidad democrática del diálogo entre jueces nacionales e internacionales tratándose de derechos fundamentales. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). *Estudios Avanzados de derechos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013., p. 115-116

PAIXÃO, Cristiano. Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades*, año 13, nº 26. Segundo semestre de 2011, p 155, disponível em Disponível em: <http://www.redalyc.org/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=28220704008>. Acessado em 17/07/2012.

Palestra "Soberania Nacional e Autoridade das Jurisdições Internacionais: Problemas Emergentes" com Francisco Resek

Palestra proferida por Francisco Rezek em 15 de maio de 2014. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=nMKwPSaygOE> . Acesso em 20/06/2014.

PELUSO, Cesar. 2010 Voto do ministro Cesar Peluso no julgamento da ADPF 153. In: STF. Acórdão de Interiro Teor. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153. Brasil: Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2644116>. Acesso em 24 de Novembro de 2014, p 205.

PERTENCE, Sepulveda. Voto do ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do Recurso em Habeas Corpus RHC 79785RJ, Supremo Tribunal Federal, p.22. disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=46582>. Acessado em 30 de agosto de 2014.

PESSANHA, Charles. O Poder Executivo e o processo legislativo nas constituições brasileiras: teoria e prática. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 141-190.

PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 21

PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm>. Acessado em 30 de agosto de 2014.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Globalização. SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 200.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

PIOVESAN, Flávia. Lei de Anistia, Sistema interamericano e o caso brasileiro. In: GOMES, Luiz Flavio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coords.). *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 73-86, p. 82

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010, p 426.

PRIGOGINE, Ilya O Reencantamento do Mundo. In: PRIGOGINE, Ilya e MORIN, Edgar A Sociedade em Busca de Valores: para fugir à Alternativa entre o Cepticismo e o Dogmatismo. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 231/232.

QUIROGA, Cecilia Medina & ROJAS, Claudio Nash, Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos para Defensores Públicos. Sección doctrina, *en Documentos Oficiales, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública*, Nº 1, diciembre, Santiago-Chile, 2003, p.18.

RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em Juízo. Comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001p. 51-52

- RAMOS, André de Carvalho. O diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (org.). O STF e o direito internacional dos direitos humanos. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 818.
- RAMOS, André de Carvalho. Processo Internacional de Direitos Humanos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013., p. 252-255.
- RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2004., p. 69
- RAMOS, Saulo. *A assembléia constituinte. O que pode e o que não pode: natureza, extensão e limitação dos seus poderes.* Rio de Janeiro: Alhambra, 1987
- REALE, Miguel. Fontes e Modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 85
- REALE, Miguel. Fundamentos do Direito. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 285.
- REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 67.
- REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p.28.
- RECASÉNS SICHES, Luis. Tratado General de Filosofia del Derecho. Mexico, Porrúa, 1965, pp.127/130 e 257/259.
- REIS, Daniel Aarao. *Ditadura militar, esquerdas e sociedade.* 3.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005;
- RELATÓRIO que remete o caso à Corte Interamericana. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. 26 de março de 2009. Disponível em: . Acesso em: 1 novembro 2014, p 07.
- REZEK, José Francisco. Direito Internacional Público: curso elementar. 12ed. São Paulo: Saraiva 2010, p. 230.
- RIBEIRO, Jomara de Carvalho Ribeiro. A Responsabilidade internacional como consequência da igualdade soberana dos Estados. MENEZES, Wagner (Coord.). Estudos de Direito Internacional. v. 4. Curitiba: Juruá, 2005. p. 270
- ROMANO, Cesare P.R., The Shift from the Consensual to the Compulsory Paradigm in International Adjudication: Elements for a Theory of consent, 2007, p. 797, nota de rodapé 19, tradução livre do autor.
- SABINO, João Filipe Moreira Lacerda. Convenção n. 158 da OIT - Aspectos Polêmicos e Atuais. Revista LTr. Ano 76, nº 02, Fev., p. 179-187. São Paulo, 2012
- SAGUÉS, Nestor Pedro. El control de convencionalidad em el sistema interamericano, y sus anticipos em elámbito de losderechos económico-sociales: concordâncias e diferencias com el sistema europeo. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/> . Acesso em: 28 abr. 2012, p. 384
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p 60.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Humanos e Democracia. Rio de Janeiro Forense. 2007. p. 355
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- SARMENTO, Daniel. 21 Anos da Constituição de 1988: a Assembléia Constituinte de 1987/1988 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a Carta de 1988, Direito Público, n.º 38, Nov-Dez/2009, assunto especial,, doutrina, p. 9.
- SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Traducción de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2001
- SHARE, Donald e MAINWARING, Scott. Transição pela transação: democratização no Brasil e na Espanha. *Dados - Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v.29, n.2, 1986. PP 207-236, p. 207

- SHELTON, Dinah. Righting Wrongs: reparations in the articles on state responsibility. *The American Journal of International Law*. Vol. 96, No. 4, 832–856, oct. 2002. Disponível em: < <http://www.asil.org/ajil/ilcsymp5.pdf> >, Acesso em: 06 apr. 2014, p.835
- SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*, São Paulo: Malheiros editores, 2009, p.403
- SILVA, José Afonso da. Influência do Anteprojeto da Comissão de Estudos Constitucionais sobre a Constituição de 1988. In: *Um pouco de direito constitucional comparado*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 228-254
- SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular: Estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 108)
- SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Traducción de José Maria Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985
- SMOUTS, Marie Claude. *As Novas Relações Internacionais*. Editora UnB: Brasília, 2004, p. 133.
- SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência – Um enfoque filosófico jurídico*. São Paulo: Ltr, 1996. p. 27
- STF - ADI: 1625 UF , Relator: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 28/10/2008, Data de Publicação: DJe-211 DIVULG 06/11/2008 PUBLIC 07/11/2008
- STF. HC 87.585. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/component/archives-20%.pdf/view> . Acesso em: 02 mai. 2012
- STUDART, Hugo. Os documentos do Araguaia – Em relatórios que o ministro da Defesa e as Forças Armadas insistem em esconder, militares que estiveram em combate revelam segredos da operação que aniquilou a guerrilha. Disponível em: . Acesso em 19 de novembro de 2015.
- SUSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT e outros Tratados*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 453
- SUSSEKIND, Elizabeth (Org.). *Memória e justiça*. Rio de Janeiro: Jaua; Museu da Republica, 2009
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos*, São Paulo, Saraiva, 1991, págs. 12 e ss
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *O Esgotamento de Recursos Interno no Direito Internacional*. 2. ed. Brasília: UNB, 1997. p. 244
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Vol. III. Porto Alegre: Safe, 2003, p. 511
- TRINDADE, Cançado. *Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Início do Século XXI*, in *Desafios do Direito Internacional Contemporâneo*, Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros (org.), Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2007, p.209, nota nº 6.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Os tratados na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, in: *Revista de Informação Legislativa*, Ano 41, nº 162, Brasília: Senado Federal, pp. 38-39;
- VERSIANI, Maria Helena. Uma República na Constituinte (1985-1988). *Revista Brasileira de História*. São Paulo, v. 30, nº 60, 2010, p. 235.
- VIANNA, Luiz Werneck. (2008), “O Terceiro Poder na Carta de 1988 e a tradição Republicana: mudança e conservação”. In: Oliven, R. G. Ridenti, M. Brandão, G. M. (Org.). *A Constituição de 1988 na Vida Brasileira*. São Paulo: Hucitec, p. 91-109
- VIANNA, Luiz Werneck. *Esquerda brasileira e tradição republicana: estudos de conjuntura sobre a era FHC-Lula*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p 45.
- VIANNA, Luiz Werneck. *Travessia – Da abertura à Constituinte*. Rio de Janeiro: Livraria Taurus Editora, 1986, p. 16.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumam. A Judicialização da Política e as relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p 258.

Voto do Min. Celso de Mello no HC nº 72.131/RJ, BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF - HC: 72131 RJ , Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 23/11/1995, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 01-08-2003 PP-00103 EMENT VOL-02117-40 PP-08650.

Wikipedia, Enciclopédia Virtual, obtido por meio eletrônico, em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Autopoiese>. Acesso em 15 de junho de 2012.

XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 96

ZIMMERMANN, Augusto. Princípios fundamentais e interpretação constitucional (análise metajurídica dos fundamentos axiológicos do ordenamento constitucional). Disponível em http://lms.ead1.com.br/upload/biblioteca/modulo_1597/9TVX6HRKQ4.pdf. Acessado em 14/04/2014