



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ
CAMPUS PROFESSOR ALEXANDRE ALVES DE OLIVEIRA

HÊNIO DE OLIVEIRA ARAGÃO

**CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: UM SEGUNDO
PARADIGMA DE VALIDADE DA LEI E O APARENTE CONFLITO DE
JURISDIÇÃO ENTRE STF E A CIDH.**

Biblioteca UESPI PHB
Registro Nº M140J
CDD 341.481
CUTTER A659e
V EX 01
Data 21 / 05 /
Visto [Assinatura]

PARNAÍBA – PI
2013

HÊNIO DE OLIVEIRA ARAGÃO

**CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: UM SEGUNDO PARADIGMA DE
VALIDADE DA LEI E O APARENTE CONFLITO DE JURISDIÇÃO ENTRE STF E
A CIDH.**

Monografia apresentada como requisito para a
conclusão do Curso de Bacharelado em Direito pela
Universidade Estadual do Piauí – UESPI.

Orientador: Esp. Renan Barros dos Reis

**PARNAÍBA – PI
2013**


HÊNIO DE OLIVEIRA ARAGÃO

**CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: UM SEGUNDO PARADIGMA DE
VALIDADE DA LEI E O APARENTE CONFLITO DE JURISDIÇÃO ENTRE STF E
A CIDH.**

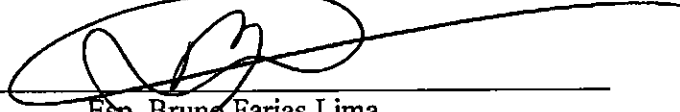
Monografia apresentada a Universidade Estadual do Piauí como requisito para a Conclusão do Curso de Bacharelado em Direito.

Parnaíba, _____, _____, _____

Nota _____



Esp. Renan Barros dos Reis
Orientador



Esp. Bruno Farias Lima
Examinador

Esp. Geilson Silva Pereira
Examinador

RESUMO

A presente monografia versa sobre a natureza atribuída aos tratados internacionais de direitos humanos, a que os Estados tenham ratificado, bem como àqueles que a comunidade internacional tenha atribuído caráter de normas imperativas, com força vinculante (*jus cogens*), ainda que os Estados não tenham manifestado interesse em sua adesão, isto porque tem-se defendido a tese do universalismo dos direitos humanos. Nesta esteira penetrou-se à seara das discussões doutrinárias acerca de sob qual natureza jurídica estes dispositivos internacionais são recepcionados pelo Direito brasileiro, se em caráter de leis ordinárias, supralegais, constitucionais ou supraconstitucionais, em vista da exegese ainda não pacificado dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, assim como do art. 27 da CVDT. Ainda, de substancial importância, a análise das jurisprudências do STF, notadamente o julgamento da ADPF 153, bem como do Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil, este julgado pela CIDH, que, em análise de matérias semelhantes, levantaram posições divergentes, levando-se a crer existir um conflito de jurisdição entre as cortes, ensejando a indagação de quem teria legitimidade para oferecer a última palavra em matéria de direitos humanos. Nesta esteira, buscou-se sustentação teórica na doutrina de Valerio Mazzuoli, pioneiro na perscrutação científica do conceito de controle de convencionalidade, com a tese da teoria da dupla compatibilidade vertical material, apresentando pontos relevantes para a resolução desta celeuma. Assim, concluiu-se que em matéria exclusivamente de direitos humanos, quando lesadas as disposições da CADH, quem tem legitimidade para dar a última palavra é a CIDH.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Controle de Convencionalidade; Tratados internacionais de direitos humanos; Hierarquia.

ABSTRACT

This monograph argues about the nature assigned to international human rights treaties, to which States have ratified, as well as those that the international community has given the character of imperative rules, with binding force (*jus cogens*), even if the States do not have expressed interest in its adhesion, because it has been argued the thesis of the universality of human rights. On this path, we penetrated to the harvest of doctrinal discussions about under what legal nature of these international instruments are greeted by Brazilian law, if in ordinary character, supra lawful, constitutional or supra constitutional laws, in view of exegesis has not pacified of §§ 2 and 3 of Art. 5 of the Federal Constitution of 1988, as well as art. 27 of the CVDT. We also, with substantial importance, made an analysis of case law of the Supreme Court, notably judgments ADPF 153, as well as the case of Gomes Lund and others Vs. Brazil, this judged by the CIDH, which, in analysis of similar materials, had raised divergent positions, leading us to believe there is a jurisdiction conflict between the courts, allowing for the question of who would have standing to offer the last word on human rights matters. On this path, we looked for theoretical support in the doctrine of Valerio Mazzuoli, a scientific researcher pioneer in the concept of conventionality control, with the thesis of the theory of double vertical material compatibility, presenting relevant points for the resolution of this matter. So, we concluded that in the exclusive field of human rights, when injured the provisions of the CADH, who is entitled to have the last word is the CIDH.

Key words: Human Rights; Conventionality Control; International Covenants on Human Rights; Hierarchy.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	6
2.	PANORAMA SOBRE OS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS.	10
2.1.	Universalismo e relativismo do Direito Internacional dos Direitos Humanos.....	15
2.2.	Caráter Imperativo das Normas de Direito Internacional de Direitos Humanos: <i>Jus Cogens</i> ..	17
3.	IMPACTO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA: REALIDADE E PERSPECTIVAS.....	20
3.1.	A Divergência Exegética Perante as Cortes Brasileiras Quanto a Natureza Jurídica dos Tratados internacionais de direitos humanos.	22
3.2.	O STF Frente a Questões que Reclamam a Aplicação de Tratados Internacionais Sobre Direitos Humanos: Da Recepção da Lei de Anistia e o Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil (Guerrilha do Araguaia).	26
4.	O APARENTE CONFLITO DE JURISDIÇÃO ENTRE O STF E A CIDH, A TRANSCENDÊNCIA DO VELHO CONCEITO DE SOBERANIA	34
4.1.	Prevalência da Soberania Nacional.....	34
4.2.	Supraconstitucionalismo: Um Novo Paradigma Legal	35
4.3.	Teoria da Dupla Compatibilidade Vertical Material (Constitucionalidade e Convencionalidade)	37
4.3.1.	Controle de Constitucionalidade e Controle de Convencionalidade.....	39
5.	CONSIDERAÇÕES FINAIS	43
6.	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	47

1. INTRODUÇÃO

O Brasil viveu entre o período de 1964 a 1985 a fase chamada de Ditadura Militar, ocasião em que fora estabelecido o regime de exceção, sob a justificativa de se estar protegendo a nação de influências comunistas que emanavam de forças internas que permeavam o país, as quais pretendiam tomar o governo e implantar o sistema comunista, eram os denominados “inimigos Internos”. Nesta fase histórica os direitos políticos dos cidadãos foram restringidos, as liberdades individuais ganharam o status de volatilidade e os Direitos Humanos foram relegados ao total desprezo pelo governo brasileiro ditatorial, afrontando ferozmente a Constituição então vigente (1946) e a Carta das Nações Unidas (1948).

Apesar das graves violações aos direitos humanos perpetrados pelo estado brasileiro, foi promulgada a lei n. 6.683/79 (Lei de Anistia), a qual concedia o perdão a todos os envolvidos nos crimes políticos e os a eles conexos, praticados no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979 (art. 1º e §1º, da Lei de Anistia). A anistia alcançou inclusive os próprios agentes do estado que praticaram a tortura, banimentos, homicídios etc., sob o argumento de que seus atos guardavam conexão com aqueles.

Há de se considerar, não obstante, que o advento da Lei de Anistia foi um importante passo para o retorno ao Estado Democrático de Direito, consolidando-se apenas com a instauração da nova ordem constitucional incorporada na Constituição Federal de 1988, onde se passou a aplicar maior ênfase aos Direitos e Garantias fundamentais individuais e coletivos, aos Direitos Humanos e ao Estado Democrático de Direito, com o *status* de cláusula pétrea.

Contudo, permanecia vivo o sentimento de impunidade vivenciado pelas vítimas dos inúmeros casos de tortura, desaparecimentos forçados, exílios, banimentos, assumidos pelo governo militar. Passou-se então a questionar os efeitos colaterais e mesmo a sua validade, vez que as condutas criminosas realizadas pelos agentes do regime permaneceriam impunes.

A Lei de Anistia foi alvo de discussão no pleno do STF, onde o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 153, a fim de questionar a validade e o alcance da lei quanto à exegese do seu art. 1º, §1º, onde foi defendido que a anistia não se aplicaria aos casos de

prática de crime de viés comum, oportunidade em que se deveria definir se a lei federal guardava ou não conformidade com a nova ordem constitucional.

Em que pese a forte tese em desfavor da Lei nº 6.683/79, houve a improcedência da ADPF. No julgamento vertente, dois posicionamentos ganharam particular destaque. O voto vencedor (sete votos), considerou que no contexto histórico em que foi promulgada a famigerada lei a sociedade desejava “esquecer” o passado em troca do reestabelecimento do Estado Democrático de Direito, condição mediante a qual o governo paulatinamente seria entregue aos civis; enquanto o posicionamento vencido (dois votos), tratou de considerar como crimes de lesa-humanidade os atos de tortura, homicídio, desaparecimentos forçados, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro contra opositores políticos ao regime militar, tidos como imprescritíveis e insuscetíveis de anistia, graça ou indulto, na forma do art. 5º, XLIII¹, da Constituição Federal de 1988.

Cumprir destacar que a referida ADPF ainda se encontra em discussão (até o término deste trabalho), agora sob a análise dos Embargos Declaratórios opostos pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Com este resultado perante a Corte Suprema, não seria, em tese, possível responsabilizar os autores de crimes contra a humanidade praticados no período aludido pela Lei de Anistia.

Casos como estes são de profundo interesse internacional, porque trata-se de crimes de lesa-humanidade, matéria amplamente discutida no cenário internacional e disciplinada por diversos tratados internacionais sobre direitos humanos, em especial o Pacto de San José da Costa Rica, que veda expressamente as práticas de crimes que maculem a dignidade humana e a paz mundial.

Por esta razão, reclamando interesse processual, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos denunciou o Estado brasileiro a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por ter descumprido diversas disposições contidas na Convenção Americana de Direitos Humanos, onde se discutiu o *Caso Gomes Lund e Outros vs. Brasil* (“A Guerrilha do Araguaia”), oportunidade em que foi debatido a invalidade da Lei de Anistia ou, como conceituada pela Corte Interamericana, lei de “autoanistia”.

Conforme o Relatório nº 91/08, expedido pela Comissão, o Brasil não realizou uma investigação penal com a finalidade de julgar e punir as pessoas responsáveis pelo desaparecimento forçado de 70 vítimas e a execução de Maria Lúcia Petit da Silva. Salientou

¹ “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;” (grifo nosso)

que os recursos judiciais de natureza civil não foram efetivos para assegurar, aos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada, o acesso à informação sobre a Guerrilha do Araguaia. Por fim, mencionou que o desaparecimento, a execução, a impunidade dos responsáveis e a falta de acesso à justiça, à verdade e à informação afetaram negativamente a integridade pessoal dos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada.

O Estado Brasileiro foi condenado a investigar, julgar e punir os envolvidos no caso “Guerrilha do Araguaia”, bem como a indenizar as vítimas ou seus familiares. No entanto, até o momento o Brasil não deu cumprimento a sentença internacional, o que suscita as seguintes interrogações: O Brasil está obrigado a cumprir imposições internacionais em detrimento da soberania, ou esta estaria mitigada face a aceitação da vigência interna dos tratados internacionais sobre Direitos Humanos, em especial a Convenção Americana de Direitos Humanos?

Com o propósito de resolver este mister, tratar-se-á sobre os conceitos de controle de convencionalidade, hoje sustentado pela maior parte da doutrina e considerada como um paradigma imperativo de compatibilidade vertical das normas internas ao lado do controle de constitucionalidade. Desta forma, têm-se a teoria da dupla compatibilidade vertical material, como pressuposto de validade da normatividade interna dos Estados-partes (MAZZUOLI, 2013, pag. 132).

Como resultado, propõe esta monografia abordar a relação do Estado brasileiro com a nova ordem mundial, frente às obrigações assumidas perante a comunidade internacional ao assinar os diversos tratados de Direitos Humanos. O controle de convencionalidade material, em linha vertical, do sistema legal doméstico, segundo os princípios norteadores do Direito Internacional dos Direitos Humanos, tais como o *jus cogens* (art. 53 da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados) e o princípio *pro homine*, que têm o condão de uniformizar universalmente as normas de garantias e respeito dos direitos humanos.

Não obstante, trabalhar-se-á o conceito de universalismo dos direitos humanos, sob a ótica da doutrina internacionalista, aplicados internamente como parâmetro de legitimação das normas Internacionais sobre Direitos Humanos; outrossim, serão tecidas considerações acerca do dispositivo contido no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, em vigor no Brasil desde 2009 através do Dec. Nº 7.030, segundo o qual uma parte não pode invocar as disposições do seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Ao final, buscar-se-á compreender a dissidência existente

entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com a apresentação de possíveis soluções deste problema.

O tipo de pesquisa será o bibliográfico, aplicando-se o método dedutivo, através de análises de jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, perquirições à doutrina especializada, artigos científicos, a legislação interna e aos tratados internacionais que interessem a presente pesquisa, tudo com o escopo de ampliar a visão crítica da problemática suscitada nesta monografia, ao final da qual se buscará apresentar a composição desta celeuma.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste em um sistema de normas internacionais, procedimentos e instituições desenvolvidas para implementar esta concepção e promover o respeito dos direitos humanos em todos os países, no âmbito mundial.

Tal prospecção decorre da ideia de que a proteção dos direitos humanos não devem ser restringidos ao simples sistema doméstico, isto porque o objeto de proteção tem legítimo interesse internacional/universal.

Assim, hodiernamente vislumbram-se pelo menos dois sistemas de proteção internacional dos direitos humanos, quais sejam: a) o sistema global de proteção, personificada na Organização das Nações Unidas - ONU; e b) os sistemas regionais de proteção, que são atualmente o sistema Europeu, Africano e o Interamericano.

O primeiro tipo de sistema foi arquitetado pela Organização das Nações Unidas, criada no pós-Segunda Guerra, em 1945, em reflexo da preocupação global com o futuro que se pretendia construir, bem como com o que se pretende evitar, consolidando-se posteriormente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela aprovação unânime de 48 países, em 1948. Posteriormente, a Declaração foi complementada pelo Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos (a este foi acrescido o 1º Protocolo Facultativo, que passou a garantir a pessoa o direito de petição ao Comitê de Direitos Humanos da ONU) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Com isso, têm-se o conjunto conhecido por Carta Internacional dos Direitos Humanos, que compõem o sistema global².

Com a advento desta nova ordem mundial, consubstanciada na Declaração Universal de 1948, passou-se a cultivar a ideia de que os direitos humanos são universais, inerentes à própria pessoa e não substancialmente relativas, insubordinadas que são às peculiaridades regionais/culturais de cada sociedade. Estes conceitos, a partir de então, tornaram-se vetores norteadores dos Estados, no que diz respeito ao cenário jurídico no tratamento dos direitos fundamentais da pessoa humana, seja na esfera interna da própria jurisdição, seja na esfera internacional, quando do tratamento de interesses externos e comuns entre as demais nações.

Para Flávia Piovesan (2010, pag. 43):

² Exemplos de tratados de proteção dos direitos humanos: Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; Pacto internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Convenção Contra a Tortura; Convenção Sobre os Direitos da Criança; Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; Convenção sobre Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher etc.

Uma das principais qualidades da Declaração é construir-se em parâmetro e código de atuação para os Estados integrantes da comunidade internacional. **Ao consagrar o reconhecimento universal dos direitos humanos pelos Estados, a Declaração consolida um parâmetro internacional para a proteção desses direitos. Nesse sentido, a Declaração é um dos parâmetros fundamentais pelos quais a comunidade internacional “deslegitima” os Estados. (Grifo nosso)**

A Declaração consolida a afirmação de uma ética universal a ser seguida pelos Estados, expressamente em seu preâmbulo (1948), no qual reconheceu que a dignidade é inerente a todas as pessoas humanas, posto que membros da mesma família. Assim, as fronteiras impostas pelo Estados soberanos foram mitigadas, com a conseqüente aproximação do homem a seus pares, formando um conceito de família universal, da qual cada indivíduo, independentemente de condição ou classe social, cultura ou localização geográfica, é detentor de direitos fundamentais indissociáveis em razão da própria natureza, que deve ser previsto (reconhecido) e garantido pelo Estado, senão pelo próprio sistema global de proteção dos direitos humanos.

Quanto ao segundo tipo de sistema, os sistemas regionais de proteção, estes atuam de forma mais concentrada, atendendo as peculiaridades regionais e culturais de determinados continentes do globo, em especial o Continente Europeu, o Africano e o Americano, sendo eles, respectivamente, o Conselho da Europa – CE; a União Africana - UA (a antiga Organização da Unidade Africana – OUA) e a Organização dos Estados Americanos – OEA (sistema interamericano).

Para esta monografia é despidiendo tratar dos demais sistemas regionais que não o Interamericano, posto que os demais não guardam relação específica com o objetivo deste trabalho.

Em breves considerações sobre o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, tem-se que o mesmo é formado basicamente pela: a) Carta da Organização dos Estados Americanos – 1948; b) Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem – 1948; c) Convenção Americana Sobre Direitos Humanos – 1969 (Pacto de San José da Costa Rica) e d) Protocolo Adicional à Convenção Americana em Memória de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – 1988 (Protocolo de San Salvador).

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que é o cerne do sistema interamericano, foi assinada em 1969. No entanto, apenas entrou em vigor em 1978, quando atingiu o mínimo de 11 ratificações, previsto em seu art. 74, inciso 2. O Brasil, porém,

ratificou-a somente em 1992, através do Dec. 678, de 06 de novembro de 1992, a partir de então compondo efetivamente o sistema interamericano.

O (Sub)sistema Interamericano é formado especialmente por dois órgãos: a) a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (com sede em Washington – EUA) e b) a Corte Interamericana de Direitos Humanos (com sede em San José - Costa Rica), constituindo esta, a despeito de posições doutrinárias diversas, figurativamente, uma espécie de 5ª Instância brasileira (nela foram julgados emblemáticos casos, como “Ximenes Lopes” e “Maria da Penha”).

Ambas têm a função de guardar o cumprimento pelos Estados Pactuantes dos Tratados e Convenções do sistema regional Interamericano, ficando a cargo da Comissão ser a primeira a tomar conhecimento dos fatos concernentes às violações, para então adotar as providências cabíveis no sentido de tentar compor a lide sem a necessidade da intervenção da Corte (fase conciliatória), junto ao país acusado de violação; em segundo plano, baldados os esforços para implementação voluntária, a Comissão poderá apresentar Denúncia à Corte, para que o Estado possa ser julgado e, se for o caso, condenado a cumprir a sentença internacional por ela exarada. Já a Corte Interamericana guarda duas funções bem delineadas, quais sejam: a) a Contenciosa, quando existe um conflito a ser dirimido, e b) a Consultiva, consistente na interpretação dos diplomas legais internacionais, sobretudo da CADH. Não obstante, sua atuação somente acontece quando esgotados os procedimentos perpetrados pela Comissão.

Com a ratificação, em 1992, pelo Brasil da Convenção Americana, e em 1998, o reconhecimento à jurisdição contenciosa da Corte (com o Decreto Legislativo nº 89), o Brasil passou efetivamente a compor o bloco regional de proteção dos direitos humanos, para a garantia dos direitos nela previstos, dando um importante passo à reforma de conceitos ainda conservadores sobre o cumprimento dos tratados internacionais de direitos humanos.

Com o atual organismo universal (em sentido lato, os sistemas universal e regionais) de proteção dos direitos humanos supra delineado, tem-se o surgimento de um novo seguimento jurídico/dogmático, qual seja, o Direito Internacional dos Direitos Humanos - DIDH, o qual é mister paradigmático de discussão nas mais altas Cortes de Direito, seja em âmbito nacional (Supremo Tribunal Federal), seja em âmbito Internacional – como o Tribunal Penal Internacional e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, v.g..

2.1. Universalismo e relativismo do Direito Internacional dos Direitos Humanos

Junto a esse novo seguimento dogmático do Direito Internacional, várias foram as teses a respeito da sua natureza jurídica, destacando-se entre elas a do Relativismo e a do Universalismo dos Direitos Humanos.

Aquela apregoava que os direitos humanos são relativos devido a diversidade histórico/cultural de cada sociedade. Destacando-se na doutrina entre seus adeptos os professores Norberto Bobbio (2010) e Boaventura de Sousa Santos (2001).

Junto ao primeiro seguimento predomina o entendimento segundo o qual o relativismo protege a construção histórica e cultural desenvolvida por cada sociedade ao longo dos tempos. Querer dirimir tais elementos seria ferir de morte a independência e identidade consubstanciadas na soberania de cada Estado Nação.

Boaventura de Sousa Santos ataca a Teoria do Universalismo, pontuando que enquanto predominar os direitos humanos como direitos universais, estes direitos assim considerados tenderão a operar como “localismo globalizado”, ou seja, servirão de ferramentas de dominação ou colonização por aqueles que ditam como deve ser a ordem, numa evidente “forma de globalização de-cima-para-baixo” (SANTOS, 2001).

Para Bobbio (2004, Pag. 09), no entanto, em que pese ser adepto do Relativismo em um viés mais moderado, “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes [...]”, gradualmente desenvolvidos, sensíveis, sempre sujeitos a novas formas lapidadas sob os mais diversos matizes culturais.

Ainda que fortes as teses em favor da teoria relativista, apadrinhada por eminentes e reconhecidos doutrinadores, é forçoso, por outro lado, reconhecer que é necessário criar um padrão normativo que regule as condutas humanas, com base em um consenso mínimo. Caso contrário estar-se-ia legitimando atos, por exemplo, de eugenia e xenofobismo praticados pelo Estado Nazista de Adolf Hitler, na Alemanha da primeira metade do Sec. XX; dever-se-ia, igualmente, aceitar como legítima a cultura da prática da clitorectomia, a excisão ou mutilação feminina, método encorajado pelos clérigos islâmicos para garantir a virgindade feminina até o casamento; no Brasil, a prática da eutanásia e eugenia pelos silvícolas, que sacrificam suas crianças portadoras de necessidades especiais, entre tantas outras práticas de mutilações físicas e espirituais cultivadas por diversas civilizações.

Marco Antônio Guimarães (2006) considera que existe um valor intrínseco que interliga todos os seres humanos, razão pela qual seria inadmissível sustentar o silêncio frente as aberrações cultivadas pelas sociedades ainda em “desenvolvimento social”, no que se refere ao respeito da pessoa humana e seus valores intrínsecos.

Para ele

[...] sustentar que as mulheres destas sociedades (que cultuam a excisão do clitóris) acham normal este tipo de mutilação, simplesmente porque foram criadas numa determinada cultura, não pode justificar a manutenção do seu sofrimento físico e moral. Deve-se ouvir a voz destas vítimas, que na maioria das vezes não têm sequer a oportunidade de manifestar sua oposição a estes bárbaros costumes, sofrendo silenciosamente. (GUIMARÃES, 2006, pag. 69)

A Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, em seu art. 5º, ressalta a importância de se respeitar as particularidades nacionais e regionais, bem como os diversos contextos históricos, culturais e religiosos. O que não se pode conceber é que os direitos humanos sejam continuamente violados, e que as particularidades regionais sejam utilizadas como escudo para a não proteção de direitos conquistados a duras penas ao longo da história.

Washington Peluso (2005), ao indagar a Antônio Augusto Cançado Trindade o conceito de universalidade, recebeu uma resposta que justamente integra ou busca superar essa dicotomia entre relativismo e universalismo:

A universalidade dos direitos humanos é uma decorrência de sua própria concepção, ou de sua captação pelo espírito humano, como direitos inerentes a todo ser humano, e a ser protegidos em todas e quaisquer circunstâncias. Mas para lograr a eficiência dos direitos humanos universais, há que tomar em conta a diversidade cultural, ou seja, o *substratum* cultural das normas jurídicas. Isto não se identifica com o relativismo cultural, muito ao contrário. **Os chamados “relativistas” se esquecem de que as culturas não são herméticas, mas sim abertas aos valores universais.** Não explicam como determinados tratados, como as Convenções de Genebra sobre Direito Internacional Humanitário e a Convenção sobre os Direitos da Criança, tenham já logrado aceitação universal. Tampouco explicam a aceitação universal de valores comuns superiores, de um núcleo de direitos inderrogáveis, assim como da proibição absoluta da tortura, dos desaparecimentos forçados de pessoas e das execuções sumárias, extra-legais ou arbitrárias. **Ao contrário do que apregoam os “relativistas”, a universalidade dos direitos humanos se constrói e se ergue sobre o reconhecimento, por todas as culturas, da dignidade do ser humano.** (PELUSO, 2005, pag. 56, Grifo nosso)

Quanto ao ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988 não silenciou sobre a necessidade de se estabelecer um caráter universal de proteção aos direitos

fundamentais, consignando em seu art. 5º, §4º, a submissão do Estado Brasileiro à Jurisdição contenciosa do Tribunal Penal Internacional, demonstrando, desta forma, que compreende, com base em seus fundamentos jurídicos, mormente os estatuídos no art. 1º, inciso III da CF/88 (a dignidade da pessoa humana), que a criatura humana deve ser protegida em âmbito global, daí a correspondência ao princípio da universalidade ou universalismo.

Ou seja, a ideia básica que o universalismo pretende passar é a de que os direitos humanos é uma matéria de interesse global, mas aplica-se em conformidade com as peculiaridades de cada sociedade. “Esse seria o ponto de encontro entre as várias culturas em torno do tema ‘direitos humanos’,” (GOMES, 2013, pag. 132) respeitando-se a diversidade cultural, religiosa, econômica, reconhecendo o valor do “outro”, para proteger o elemento fundamental, que é a essência humana, em qualquer extremidade do globo.

2.2. Caráter Imperativo das Normas de Direito Internacional de Direitos Humanos: *Jus Cogens*

Em virtude de toda essa construção histórica de sistemas de proteção internacional dos direitos humanos, frente ao reconhecimento dominante (majoritário) entre os países que compõem a comunidade internacional sobre a universalidade e indivisibilidade desses direitos, faz-se mister registrar, igualmente, a natureza cogente, ou seja, imperativa de tais normas em face dos atores Estatais.

O Direito Internacional de Direitos Humanos é o resultado dos esforços conjugados da comunidade internacional, que vem coordenar os interesses comuns em nível global. Consequência disso é o surgimento de diversas normas que visam regular acordos bi e/ou multilaterais, assim como disciplinar condutas de forma que corrobore ao diálogo saudável entre os sujeitos de direito internacional.

Dentre esses consecutórios estão as normas “modelo”, sem efeitos coercitivos em caso de descumprimento, são as chamadas “soft law”, formadoras do direito consuetudinário internacional, com mera expectativa de se tornarem uma norma “hard law”. Naquelas, existem normas jurídicas, mas seu cumprimento é meramente recomendado aos Estados, que podem inclusive não cumpri-las, sem que haja sanções aplicáveis aos inadimplentes. Quanto as normas “Hard Law”, elas estabelecem obrigações jurídicas fortes para serem efetivamente cumpridas, prevendo reprimendas em caso de descumprimentos. Deste último decorre as normas de *jus cogens*.

Neste contexto, sob as perspectivas da proteção aos direitos humanos, há de se sopesar sobre as normas internacionais de caráter geral (*erga omnes*), imperativas (superior a qualquer outra norma comum) ou cogentes (que significa dizer que sua aplicação independe da vontade do destinatário), que alcança a todos os entes de direito internacional, conhecidos como *jus cogens*, em analogia aos institutos do Direito Constitucional, poder-se-ia deduzir que são verdadeiras cláusulas pétreas.

Ainda que tal categoria de norma internacional seja pré-existente à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, esta se incumbiu de positiva-la e de atribuir-lhe um conceito, precisamente em seus artigos 53 e 64, *verbis*:

Art. 53

Tratado em Conflito com uma Normas Imperativa de Direito Internacional Geral (Jus cogens)

É nulo o tratado que, no momento de sua conclusão, conflita com uma **norma imperativa de direito internacional geral**. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral **é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral da mesma natureza.**

Art. 64

Superveniência de uma Nova Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (Jus cogens)

Se sobrevier uma nova norma imperativa de direito internacional geral, qualquer tratado existente em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se. (BRASIL, 2009, Grifo nosso)

Em termos mais precisos, diz-se que, com base no instituto do *jus cogens* (norma de caráter geral/cogente/imperativa/vinculante), nenhum Estado está legitimado à suprimir, derrogar ou descumprir qualquer norma de direito internacional humanitário que a comunidade internacional o tenha qualificado como intransigível (seja através de tratados ou mesmo pelo costume [*consuetudo*] internacional) — entre elas, encontram-se a proibição do genocídio, da tortura, da escravidão e da discriminação racial — modificável apenas por intermédio de uma norma de equivalente natureza.

Desta forma, é inválida ou nula *ab initio* qualquer dispositivo doméstico ou internacional que viole direitos elementares da pessoa humana. Isto quer dizer que os Estados devem levar em conta o conteúdo das normas, sopesando como paradigma os princípios cristalizados na forma do *jus cogens*. Dentre as normas de Direito Internacional que têm o

caráter de *Jus Cogens*, não exaustivamente, cite-se: a **Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e a dos Crimes contra a Humanidade**; o **princípio da coexistência pacífica**; **Princípio da Autodeterminação dos povos**; o **Princípio da Igualdade soberana dos Estados**; o **Princípio da Independência dos Estados**; o **Princípio da não-ingerência nos assuntos internos dos Estados**; o **Princípio da Proibição da ameaça ou do emprego da força**; **Princípio do Respeito Universal e Efetivo dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**;

Estes elementos principiológicos, com força vinculante e imperativa, decorrem da necessidade de se atribuir maior segurança jurídica aos direitos humanos, sendo, pois, reflexo de um ponto convergente de aceitação de um “mínimo ético” universal, com o escopo de alcançar a todos indistintamente, uma vez que o fim almejado é a preservação do equilíbrio entre as nações e seus povos, congruentes os objetivos, numa perspectiva conceitual de direitos comuns.

Nesse mesmo sentido, Tatyana Friedrich (2004, pag. 34) faz a seguinte observação:

Parece válido afirmar, numa visão conciliadora, que a manifestação da maioria é suficiente para satisfazer a idéia original dos legisladores, embora seja de se ponderar que tal maioria **deve tocar a generalidade, ou seja, abranger a universalidade. Isso significa que *jus cogens* deve exprimir a conjugação dos valores de todas as diferentes visões da humanidade, ainda que esta não esteja representada em sua plenitude.** (Grifo nosso)

Com isso, é forçoso reconhecer que o Direito Internacional dos Direitos Humanos traz princípios que se sobrepõem à plena autonomia da vontade dos Estados, dirimindo as barreiras criadas pelo obsoleto conceito de soberania, possibilitando a efetiva proteção dos direitos humanos em âmbito universal. Em suma, as normas inseridas no conceito jurídico de *jus cogens* “são aquelas que veiculam postulados que visam primacialmente a proteção de bens e valores fundamentais na sociedade internacional e que não podem ser derogadas por meio de tratados ou demais manifestações volitivas.” (ALCOFORADO, 2010)

3. IMPACTO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA: REALIDADE E PERSPECTIVAS

São basicamente três as hipóteses fáticas de impacto que podem ocorrer no ordenamento jurídico brasileiro causado pelos tratados internacionais de direitos humanos. O primeiro deles é incidir coincidência normativa, quando os tratados versarem sobre a mesma matéria que o ordenamento jurídico doméstico já disciplina; a segunda hipótese é a de integração, complementação e ampliação do universo de direitos e garantias constitucionais previstos – nesta hipótese a partir dos instrumentos internacionais é possível agregar direitos que o ordenamento interno ainda não previu, mas que em decorrência da ratificação do tratado ou convenção passa-se a compor o rol de garantias constitucionais; a terceira hipótese trata de um eventual conflito entre o Direito interno e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Esta, contudo, é a que enseja uma maior divergência doutrinária, merecendo destacada análise.

Como seria então a solução de eventual conflito entre as normas de Direito Interno e as Normas de Direito Internacional sobre Direitos Humanos?

Tal indagação resolve-se analisando a finalidade (teleologia) destas normas. É cediço que trata-se de interesses relativos à pessoa humana, sendo totalmente contraditório reconhecer mitigações a estes direitos com base em argumentos que priorizam a hierarquia formal destes institutos. É dizer que, sob a perspectiva da norma mais favorável (princípio *pro homine*), deve prevalecer a norma com melhor aparato ao indivíduo titular do direito, por ser este o fim em si mesmo, a razão de ser dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos.

Este é o posicionamento que, sobretudo, vem dominando nas jurisprudências dos tribunais internacionais, haja vista que os direitos internacionais dos direitos humanos têm o escopo de fortalecer as garantias fundamentais, nunca restringi-las, o que seria um contrassenso infundado pôr uma hierarquia formal em detrimento da hierarquia material, que viesse a prejudicar o sujeito de direitos, contrariando os princípios da norma mais favorável ao homem (*pro homine*) e o da vedação ao retrocesso social.

Neste diapasão, Cançado Trindade (1992, apud PIOVESAN. 2010, pag. 64) obtemperou

[...] desvencilhamo-nos das amarras da velha e ociosa polêmica entre monistas e dualistas; neste campo de proteção, não se trata de primazia do direito internacional ou do direito interno, aqui em constante integração: a

primazia é, no presente domínio, da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos consagrados da pessoa humana, seja ela uma norma de direito internacional ou de direito interno.

Esse é o entendimento já firmado no Direito internacional, em especial na Convenção Americana de Direitos Humanos, que traz diretrizes de interpretação e integração de eventuais conflitos hermenêuticos porventura suscitados entre as normas do ordenamento jurídico interno e as normas internacionais sobre direitos humanos.

O artigo 29 da Convenção dispõe o seguinte:

Artigo 29 - Normas de interpretação

Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

- a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
- b) **limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes** ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados;
- c) **excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano** ou que decorrem da forma democrática representativa de governo;
- d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza. (BRASIL, 2009, Grifo nosso)

Assim, é forçoso dizer que os tratados internacionais de direitos humanos só se aplicam em detrimento de outro dispositivo legal (doméstico ou internacional) se ampliarem ou estenderem o alcance da proteção internacional dos direitos humanos, significando uma ferramenta que veio incorporar garantias de proteção e reconhecimento de supremacia do interesse da pessoa, em desfavor de postulados concernentes ao alvedrio do Estado.

Já no plano doméstico, os fundamentos pelos quais o Brasil se apoia, estão, além dos já mencionados, em especial contidas no **art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988**, onde declara que “a dignidade da pessoa humana” constitui fundamento para constituir um Estado legítimo. É a pedra angular pela qual devem ser dissipadas quaisquer controvérsias acerca da aplicabilidade de dispositivos legais, independente se emanadas de entidade internacional ou doméstica, desde que priorizem o elemento fundamental, que é a norma que dê maior amplitude aos direitos da pessoa humana. Assim, os clássicos métodos de solução das antinomias normativas (o critério hierárquico, da especialidade da norma e o cronológico) não são absolutos em matéria de direitos humanos, prevalecendo sempre a norma que melhor ampare a pessoa humana, em virtude do princípio *pro homine*.

3.1. A Divergência Exegética Perante as Cortes Brasileiras Quanto a Natureza Jurídica dos Tratados internacionais de direitos humanos.

Verifica-se uma evidente divergência doutrinária existente entre os aplicadores do Direito no Brasil, particularmente no interior do Supremo Tribunal Federal, vez que são levantadas posições contra e a favor das normas internacionais sobre direitos humanos, no sentido de sua aplicação imediata (art. 5º, §1º, CF/88), como para definir sua natureza jurídica se constitucional, supraconstitucional (superior a Constituição), supralegal (inferior a Constituição, mas superior às leis ordinárias) ou em equivalência a leis federais (leis ordinárias).

Atualmente o STF, a partir do julgamento do RE 466.343/SP³, notadamente no voto do Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2008), apontou o entendimento segundo o qual os tratados internacionais de direitos humanos devem sustentar caráter de norma **supralegal**, sendo inferior às normas constitucionais, mas superior às leis federais. Tal posicionamento, então inovador, pois passou-se a reconhecer seu caráter especial, lançou as referidas normas a um patamar superior ou intermediário dentro do ordenamento jurídico brasileiro, isto porque **premente a necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional.**

Gilmar Mendes, ainda, em decorrência do **caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos**, entendeu que a sua **internalização no ordenamento jurídico doméstico**, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, **tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional⁴ com ela conflitante**, mas não de revogar, uma vez que somente lei de mesma hierarquia, em sentido formal, teria esta força.

Pelo referido julgamento, a partir de então, o juízo dominante na corte ficou sendo o de norma supralegal, não impedido, contudo, que demais posições tenham auferido especial destaque entre os ministros, como o voto do Ministro Celso de Mello (RE 466.343/SP,

³ RE 466.343-1. São Paulo, rel. Min. Cesar Peluso, recorrente Banco do Bradesco S/A e recorrido Luciano Cardoso Santos. O Julgamento envolvia a temática da prisão civil por dívida e a aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos. O Suprema Tribunal Federal passou a sustentar a natureza de norma supralegal aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, ficando abaixo das normas constitucionais e a cima das leis ordinárias.

⁴ É o caso da prisão do depositário infiel, prevista no art. 5º, LXVII, da CF/88, que teve seus efeitos paralisados em razão do RE 466.343/SP, no qual a CADH, em seu art. 7º, §7º, veda expressamente tal medida.

Tribunal Pleno do STF, J. 03.12.2008), o qual apresentou posicionamento em favor do caráter constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos.

Celso de Mello, em histórico voto, teceu considerações sobre a natureza destes tratados, notadamente sobre a sua interpretação à luz dos §§ 2º e 3º do art. 5º (com base na técnica da interpretação sistemática da constituição e a necessidade de se evitar anacronismos da ordem jurídica, já que, segundo ele, não houve revogação do § 2º pelo § 3º, mas sim uma integração), evoluiu suas concepções acerca da natureza jurídica das normas internacionais sobre direitos humanos, apontando-as como de natureza constitucionais. Em suas palavras:

Como precedentemente salientei neste voto, e após detida reflexão em torno dos fundamentos e critérios que me orientaram em julgamentos anteriores (RTJ 179/493-496, v.g.), evoluo, Senhora Presidente, no sentido de atribuir, aos tratados internacionais-em matéria de direitos humanos, superioridade jurídica em face da generalidade das leis internas brasileiras, reconhecendo, a referidas convenções internacionais, nos termos que venho de expor, qualificação constitucional. (RE: 466.343/SP, Tribunal Pleno do STF, J. 03.12.2008)

Não obstante, a tendência de se aplicar aos tratados internacionais de direitos humanos *status* constitucional já não é mais uma discussão isolada, pois é o que vem sendo aplicado por diversos Estados, como por exemplo, na ARGENTINA (Constituição de 1853, com a Reforma de 1994, Art. 75, n. 22), na HOLANDA (Constituição de 1983, Art. 94), na FEDERAÇÃO RUSSA (Constituição de 1993, Art. 15, n. 4), no PARAGUAI (Constituição de 1992, Arts. 137 e 141), na FRANÇA (Constituição de 1958, Art. 55) e na VENEZUELA (Constituição de 2000, art. 23).

A maior parte da doutrina, em especial para Valerio de Oliveira Mazzuoli (2013), põe os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos no mesmo patamar de normas constitucionais. Assim, contrariando o entendimento dominante no STF, mesmo que os tratados e convenções não sejam aprovados pelo *inter* procedimental do art. 5º, §3º da Constituição Federal de 1988, ainda assim possuem caráter de normas constitucionais em sentido material, isto porque o dispositivo do §2º, art. 5º do mesmo diploma prescreve que “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.” (BRASIL, 1988)

Dá-se o nome a este dispositivo constitucional de “cláusula aberta” (SILVA, 2005), que assegura a possibilidade de se ampliar o bloco de constitucionalidade. É dizer que,

se os direitos e garantias expressos no texto da Constituição Federal não excluem outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque na medida em que tais instrumentos passam a assegurar outros direitos e garantias, a constituição os inclui em seu rol de normas constitucionais.

Nesse sentido leciona Valerio Mazzuoli (2013, pag. 36):

A Carta de 1988, com a disposição do §2º do art. 5º, de forma inédita, passou a reconhecer claramente, no que tange ao seu sistema de direitos e garantias, uma dupla fonte normativa: a) aquela advinda de um direito interno (direitos expressos e implícitos na Constituição [...], e; b) aquela outra advinda do direito internacional (decorrentes dos tratados internacionais de direitos humanos devidamente ratificados pelo Estado Brasileiro (e em vigor) a condição de fontes do sistema constitucional de proteção dos direitos.

Neste diapasão, é mister reconhecer que os tratados sobre direitos humanos que o Estado brasileiro tenha ratificado integram o rol de direitos e garantias fundamentais, protegidos sob o manto da constitucionalidade.

Contudo, a dicção do § 2º do art. 5º suscitou controvérsias, pois arguiu-se que, a ser aplicado literalmente, ensejaria mudança constitucional por maioria simples, que é a maioria requerida para a aprovação de decreto legislativo que recepciona um tratado na ordem jurídica interna. Dessarte, não cumpridos os requisitos formais de aprovação de emenda constitucional (CF, art. 60, § 2º), os tratados internacionais de direitos humanos não poderiam auferir caráter de normas constitucionais.

Frente a tal controvérsia é que surgiu o §3º no art. 5º da Constituição Federal, com a EC 45/04, que veio como um dispositivo **interpretativo** destinado a encerrar a polêmica. Contudo, o que se viu foi um efeito inverso.

Desta forma, é possível dizer que o § 2º do art. 5º, na sistemática da Constituição de 1988, tem uma função clara: a de **tecer a interação entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional**, valorizando os efeitos cogentes dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, protegendo-os sob o status de norma materialmente constitucional.

O “quórum” qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a “constitucionalização formal” dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno.

Na hermenêutica humanitária dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar a importância intrínseca, teleológica, da prevalência da dignidade humana. A hierarquia de valores deve corresponder a uma

hierarquia de normas, jamais o formalismo deveria auferir esta graça, haja vista já há muito superada a prevalência do positivismo jurídico. **Vale dizer, a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela.** Seria de um anacronismo desmedido fazer distinção entre normas de mesma categoria material, mesmos fundamentos axiológicos, somente pelo fato de terem sido ratificadas sob quóruns distintos (meros formalismos), desigualando os iguais.

Adverte Valerio Mazzuoli (2007, pag. 695):

O que se deve entender é que o ‘quorum’ que o § 3º do art. 5º estabelece serve tão-somente para atribuir eficácia formal a esses tratados no nosso ordenamento jurídico interno, e não para atribuir-lhes a índole e o nível ‘materialmente’ constitucionais que eles já têm em virtude do § 2º do art. 5º da Constituição.

Com isso, passa-se a ter duas situações distintas: as normas materialmente constitucionais, previstas art. 5º, §2º da Constituição, independentemente de quórum especial, e as normas material e formalmente constitucionais, aquelas aprovadas na forma do art. 5º, §3º, da constituição.

É necessário distinguir a terminologia, para que não repercuta em interpretações equivocadas. Quando o Texto Constitucional, em seu §3º, do art. 5ª, da CF, utiliza o termo “equivalentes às Emendas Constitucionais”, ela não os torna Emendas Constitucionais propriamente ditas na acepção do termo, mas tão somente as eleva ao mesmo nível, equiparando-as, sem torná-las a mesma coisa, **com claro objetivo de interpretar o §2º** (MAZZUOLI, 2013).

De acordo com o panorama jurídico brasileiro, deve-se reconhecer a preponderância da teoria dualista moderada, adotada pelo STF, supedaneados no procedimento previsto no art. 5º, §3º da CF/88, para que sejam incorporados no ordenamento jurídico brasileiro as referidas normas internacionais, em contraposição a teoria monista, desposada por Hans Kelsen (1998) e atualmente por Valerio Mazzuoli (2013), para os quais não existe divisão dos sistemas jurídicos, estando o DIDH umbilicalmente ligada ao Direito interno de cada Estado.

3.2. O STF Frente a Questões que Reclamam a Aplicação de Tratados Internacionais Sobre Direitos Humanos: Da Recepção da Lei de Anistia e o Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil (Guerrilha do Araguaia).

É evidente que os pactos internacionais sobre direitos humanos têm auferido importância durante o percurso calcado com o pós-Segunda Guerra Mundial. Os tribunais brasileiros inevitavelmente vêm enfrentando o tema, nas mais diversas oportunidades⁵, procurando adequar-se às novas exigências internacionais sobre os paradigmas de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Neste contexto destaca-se a ADPF nº 153, julgada em 2010, mas que ainda tramita, pelo menos enquanto do término desta monografia, sob a análise de embargos declaratórios opostos pelo CFOAB no STF.

Apesar de profícuos debates, que anunciaram uma nova perspectiva acerca de posicionamentos mais favoráveis à construção de um sistema normativo integrado aos anseios universais de proteção dos direitos humanos, o resultado imediato foi no sentido de se esperar um pouco mais à completa e definitiva integração. Isto porque foi considerado pela maioria de sete votos a dois dos Ministros do Supremo Tribunal Federal que a Lei de Anistia (Lei nº. 6.683/79) guarda conformidade com a nova ordem constitucional, estatuída com o advento da *lex maxima* de 1988.

Em que pese tal posicionamento, é importante neste momento conjecturar sobre os prováveis futuros entendimentos que o STF poderá adotar, seja porque é a tendência a ser seguida mundialmente, inclusive pela doutrina brasileira que se recicla a cada dia, refletindo as jurisprudências dos Tribunais Internacionais; seja em razão da natureza imperativa e inescusável do Direito Internacional de Direitos Humanos (*jus cogens*), o que enseja pressão da comunidade internacional em face dos países que insistem em descumpri-las.

Assim, em análise de matéria suscitada na famigerada ADPF 153, o Supremo Tribunal Federal tratou sobre tema de elevada complexidade e repercussão, qual seja, a interpretação sobre o alcance dos efeitos da lei de anistia aos crimes praticados pelos agentes do Estado ou aos que em nome deles o tenham feito, para ao final determinar se a Lei n. 6.683/79 guarda compatibilidade com a Constituição Federal de 88.

⁵ Precedente do STF sobre casos que reclamaram a aplicação dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, ou que os tenham contrariado: HC nº 90450, RE nº 349703, RE 466.343, ADPF 153, ADI 1480-DF, etc.

Como já anunciado no início deste capítulo, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi julgada improcedente, sob o argumento de que a Lei de Anistia consistia em uma “via de mão dupla”, uma vez que sua promulgação se deu em um momento histórico no qual a sociedade desejava esquecer o passado e seguir em frente, além de que a conexão entre os crimes comuns e políticos, de fato, ocorreria. Usou-se como base a Emenda Constitucional nº 26 de 1985, que convocou uma nova Assembleia Nacional Constituinte, culminando com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o que viria por validar as medidas implantadas pela Lei da Anistia. Seguiram o voto do relator os ministros Cezar Peluso, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Cármen Lúcia e Marco Aurélio

Para o Relator, o então Ministro Eros Grau, a Lei n. 6.683/79 consistiu em uma contraprestação em favor de se tornar possível a transição pacífica à democracia, devolvendo o governo aos civis, como bem relatou:

Para como que menosprezá-la, diz-se que o acordo que resultou na anistia foi encetado pela elite política. Mas quem haveria de compor esse acordo, em nome dos subversivos? O que se deseja agora, em uma tentativa, mais do que de reescrever, de reconstruir a História? Que a transição tivesse sido feita, um dia, posteriormente ao momento daquele acordo, com sangue e lágrimas, com violência? Todos desejavam que fosse sem violência, estávamos fartos de violência. (ADPF: 153/DF, Tribunal Pleno do STF, J. 29.04.2010, pag. 38).

Acompanhando o voto do ministro relator, a Ministra Ellen Gracie sustentou que à época seria inviável qualquer outra alternativa, senão a permuta de condições para que se pudesse fazer uma transição pacífica para a redemocratização do país, como se revela da transcrição de seus argumentos

Não se faz transição, ao menos não se faz transição pacífica, entre um regime autoritário e uma democracia plena, sem concessões recíprocas. Por incômodo que seja reconhece-lo hoje, quando vivemos outro e mais virtuoso momento histórico, a anistia, inclusive daqueles que cometeram crimes nos porões da ditadura, foi o preço que a sociedade brasileira pagou para acelerar o processo pacífico de redemocratização, com eleições livres e a retomada do poder pelos representantes da sociedade civil. (ADPF: 153/DF, Tribunal Pleno do STF, J. 29.04.2010, pag. 153)

Embora os sete ministros tenham tomado posição em desfavor da Arguição, foi Cesar Peluso (BRASIL, 2010), então presidente da Corte, quem melhor consignou os argumentos contrários a ADPF, suscitando pelo menos seis fortes teses, arguindo que a interpretação da anistia é de sentido amplo e de “generosidade”, isto porque alcança a todos

os fatos indistintamente; considerou que a Lei n. 6.683/79 não ofende o princípio da igualdade, pois a mesma abrange crimes do regime contra os opositores tanto quanto os cometidos pelos agentes em nome do regime; Em terceiro lugar, o ex-ministro considerou que a ação não trata do chamado “direito à verdade histórica”, porque há como se apurar responsabilidades históricas sem modificar a Lei de Anistia; obtemperou que a lei de anistia nasceu de um acordo de quem tinha legitimidade social e política para, naquele momento histórico, celebrá-lo, ou seja, foi um acordo bilateral, no qual abrir-se-ia mão paulatinamente do poder em favor da liberdade social e democrática; Em quinto lugar, tratou de afastar a conceituação de “autoanistia”, porque a lei é fruto de um acordo feito no âmbito do Legislativo (mesmo que o legislativo, à época, fosse composto por maioria governista?); finalmente, consignou que todas as ações criminais e cíveis estariam prescritas 31 anos depois de sancionada a lei, razão pela qual o *desideratum* da OAB seria inócuo.

Por outro lado, a Suprema Corte não entoou unissonidade, com rica divergência doutrinária, com destaque aos votos dos ministros Ayres Britto (atualmente aposentado) e Ricardo Lewandowski, que anunciaram um posicionamento de vanguarda. O então Ministro Carlos Ayres Britto opôs-se à maioria de seus pares, posto que inclinado ao entendimento segundo o qual nega guarida constitucional aos crimes perpetrados sobre os auspícios da crueldade, desincumbidos de respeito a condição humana, assim sopesando em seu voto:

A humanidade não é o homem para se dar a virtude do perdão. A humanidade tem o dever de odiar os seus ofensores, odiar seus ofensores, odiar seus ofensores, porque o perdão coletivo é falta de memória e de vergonha. **Convite masoquístico à reincidência.** (ADPF: 153/DF, Tribunal Pleno do STF, J. 29.04.2010, pag. 135, Grifo nosso)

Sobre a alegada obscuridade da Lei de Anistia, em razão do alcance a que se deva dar a interpretação da leitura do art. 1º, §1º, no qual concede anistia geral e irrestrita aos envolvidos no episódio ali referido, o eminente Ex-ministro Ayres Britto asseverou:

Reitero o juízo: após a interpretação dessa lei de anistia, não encontro clareza. E aqui, essa minha preocupação de clareza no propósito de anistia é tanto mais necessária quanto se sabe que as pessoas de que estamos a falar – **os estupradores, os assassinos, os torturadores** – cometeram excessos no propósito interior de um regime de exceção. **Não foram pessoas que se contentaram com a própria dureza do regime de exceção; foram além dos rigores do regime de exceção para a ele acrescentar horrores por conta própria.** Pessoas que exacerbaram no cometimento de crimes no interior do próprio regime de exceção, por si mesmo autoritário, por si mesmo prepotente, por si mesmo duro, por si mesmo ignorante de direitos

subjetivos. (ADPF: 153/DF, Tribunal Pleno do STF, J. 29.04.2010, Pag. 138)

Como se vê da transcrição do seu voto, é de grande relevância considerar sobre a estagnação hermenêutica para temas que reclamam a aplicação das normas internacionais sobre direitos humanos, que versam sobre a proibição de atos cruéis, de lesa-humanidade, a necessidade de se prestar aparato jurisdicional às suas vítimas, processando e punido, conforme o caso, os responsáveis por tais práticas.

Por sua vez, a este respeito, o Ministro Ricardo Lewandowski (ADPF: 153/DF, Tribunal Pleno do STF, J. 29.04.2010, pag. 112-113) obtemperou sobre a impossibilidade de se vislumbrar conexão material entre ilícitos de natureza política e de natureza comum, que no caso sob exame são os crimes chamados de sangue, visto que sua finalidade e modo de execução não coadunam com os interesses do Estado ditatorial.

Ainda sob este diapasão, Lewandowski teceu análise sobre a imperatividade/obrigatoriedade de o Estado Brasileiro respeitar as normas internacionais sobre direitos humanos, ainda que conflitantes com ordenamento jurídico interno, assim arguindo:

Ainda que se admita, apenas para argumentar, que o país estivesse em uma situação de beligerância interna ou, na dicção do Ato Institucional 14/1969 – incorporado à Carta de 1967, por força da EC 1/1969 – enfrentado uma “guerra psicológica adversa”, guerra revolucionária” ou “guerra subversiva”, mesmo assim os agentes estatais estariam obrigados a respeitar os compromissos internacionais concernentes ao direito humanitário, assumidos pelo Brasil desde o início do século passado. (ADPF: 153/DF, Tribunal Pleno do STF, J. 29.04.2010, Pag. 118)

Ao Julgar improcedente a ADPF 153 o STF considerou a Lei de Anistia recepcionada pela Constituição de 1988, indo de encontro às jurisprudências da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como a dos demais sistemas de proteção regionais, a exemplo da Corte Europeia de Direitos Humanos, que entendem ser inválidas os dispositivos legais, criados pelos Estados que tenham praticado crimes contra a humanidade, que concedam anistia aos agentes perpetradores destes crimes. Ou seja, são totalmente inválidas as leis denominadas de “autoanistia”, uma vez incongruentes com os princípios adotados com a nova ordem mundial.

As leis de “autoanistia” impossibilitam o cumprimento da obrigação de punir e de prevenir a reincidência bárbara de crimes contra a humanidade (homicídios, banimentos forçados, tortura, estupro etc.). O Estado tem o dever de corrigir os atos do passado, em razão dos mais elevados princípios de Direito e Justiça, oportunizando às vítimas ou aos seus

familiares o direito à memória, à reparação dos danos, à punição dos responsáveis, bem como à garantia de segurança, ou seja, à não reincidência em episódios de terror.

Assim, não obstante infrutíferos o desiderato proposto pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a problemática em torno da validade da lei de anistia (autoanistia) não alcançou seu exaurimento, isto porque a mesma tem sido objeto de debate nas mais elevadas cortes internacionais, notadamente na Corte Interamericana de Direitos Humanos, com o emblemático caso Gomes Lund e Outros (“A Guerrilha do Araguaia”).

Neste cenário internacional tem sido discutido a validade das leis que contrariam dispositivos internacionais sobre direitos humanos, a necessidade de tornar efetivas os tratados que o Brasil assinou/ratificou, mas que tem apresentado sérios problemas em seu cumprimento, pelos mais diversos fundamentos, para que sua integração ao sistema global aconteça de forma definitiva.

Como foi possível constatar, o STF optou por um posicionamento eminentemente legalista, contrariando as cobranças da ONU, que desde 2001 pede a revisão da Lei de Anistia (para que sejam processados e punidos os torturadores que carregavam a bandeira da ditadura militar, que por si só já maculava os direitos sociais e políticos.), bem como a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que vem demonstrando que as leis de “autoanistia” são inválidas (a exemplo dos julgamentos dos casos *Almonacid Arellano* e outros vs. Chile, o caso *Barrios altos* vs Peru etc.).

Por isso é imperioso destacar as incongruências hermenêuticas existentes entre as cortes superiores, especificamente entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão jurisdicional que compõe a Organização dos Estados Americanos – OEA, uma vez que vêm divergindo quanto a punibilidade dos envolvidos em crimes de lesa-humanidade, notadamente os praticados pelos agentes a serviço da Ditadura Militar.

Com efeito, o episódio conhecido como Guerrilha do Araguaia (1972 e 1975), no qual houve práticas de homicídios, torturas e desaparecimentos forçados perpetrados pelo regime militar, foi objeto de Denúncia à Corte Interamericana de Direitos Humanos em face do Estado brasileiro, que preliminarmente foi instado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos⁶ a corrigir/indenizar as vítimas, e/ou familiares destas, bem como a punir

⁶ A Comissão solicitou ao Tribunal que declare que o Estado é responsável pela violação dos direitos estabelecidos nos artigos 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 7 (direito à liberdade pessoal), 8 (garantias judiciais), 13 (liberdade de pensamento e de expressão) e 25 (proteção judicial), da Convenção Americana de Direitos Humanos, em conexão com as obrigações previstas nos artigos 1.1 (obrigação geral de respeito e garantia dos direitos humanos) e 2 (dever de adotar disposições de direito interno) da mesma Convenção. Finalmente, solicitou à Corte que ordene ao Estado a adoção de determinadas medidas de reparação.

os envolvidos nas práticas dos crimes ali referenciados, posto que com o advento da Lei n. 6.683/79 (Lei de Anistia) o Estado tornou-se impedido de investigar e punir os casos de crimes praticados entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, entre eles compreendidos o da Guerrilha do Araguaia.

Não obstante a recomendação feita pela Comissão, o prazo transcorreu *in albis* sem que o Brasil tenha manifestado interesse em cumprir as recomendações. Desta forma, fazendo *jus* as suas atribuições institucionais, em 26 de março de 2009 a Comissão Interamericana apresentou Denúncia à Corte, que por sua vez abriu o procedimento processual para a apuração do caso, oportunizando a ampla defesa e o contraditório.

Em sede de defesa, o Estado brasileiro alegou que a Corte Interamericana seria incompetente para analisar os crimes cometidos durante o regime militar, pois naquele período o país ainda não havia reconhecido a sua jurisdição contenciosa, o que ocorreu somente em 10 de dezembro de 1998, pugnando pela improcedência da ação, já que o Brasil tem empreendido ações em âmbito interno para reparar os referidos crimes, o que configuraria falta de interesse de agir processual.

Além disso, afirmou que a Corte não teria competência para revisar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 153, posto que fora uma decisão proferida em única e última instância pela mais alta corte do país, vedada a criação de uma instância superior.

Em que pese os argumentos de defesa, a Corte não os acatou, arrazoando que mesmo que o Brasil tenha aceitado a jurisdição contenciosa tão somente após a prática dos crimes em análise, ainda assim seria possível a sua apreciação, ao menos parcial, isto porque os desaparecimentos forçados têm caráter de crime continuado ou permanente, até que cesse o desaparecimento, alcançando, pois, os dias atuais, razão pela qual nada obstará a atuação da Corte. Ademais, considerou-se que os crimes de lesa-humanidade são crimes imprescritíveis⁷, insuscetíveis de esquecimento (anistia, graça ou indulto), o que gera responsabilidade permanente enquanto não houver a reparação às vítimas e aos seus familiares.

⁷ Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade de 1968. Art. 1º, item 2: "Os crimes contra a humanidade, sejam cometidos em tempo de guerra ou em tempo de paz, como tal definidos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 8 de agosto de 1945 e confirmados pelas resoluções nº3 (I) e 95 (i) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 13 de fevereiro de 1946 e 11 de dezembro de 1946; a evicção por um ataque armado; a ocupação; os atos desumanos resultantes da política de "apartheid"; e ainda o crime de genocídio, como tal definido na Convenção de 1948 para a prevenção e repressão do crime de genocídio, ainda que estes atos não constituam violação do direito interno do país onde foram cometidos."

Quanto a alegação de que a Corte estaria intervindo sobre a jurisdição do STF, uma vez que este já apreciou o caso, na ADPF 153, a Corte argumentou que não é o objeto de apreciação a revisão do acórdão, mas sim o de apurar as supostas violações cometidas pelo Estado em face do Pacto de San José da Costa Rica, ou seja, o descumprimento do Estado brasileiro em fazer o controle de convencionalidade das leis, conforme o parágrafo 177 da sentença, que segue transcrito:

No presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos art. 8º e 25 da Convenção Americana, em relação com os arts. 1.1 e 2 do mesmo instrumento. (Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil/Costa Rica, J. 24.11.2010, pag. 66)

A Corte tratou de lembrar que é dever dos Estados signatários de Tratados internacionais de direitos humanos (no caso em apreço, a Convenção Americana), de cumprir com as determinações ali consignadas, posto que revestidas de imperatividade, esculpida no princípio da boa-fé objetiva (*pacta sunt servanda*) e *jus cogens* (efeitos *erga homines*)

Ao final a Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou que o Brasil tomasse inúmeras medidas de reparação, dentre as quais as que seguem transcritas, sem prejuízos das demais consignadas na sentença:

Para remediar a situação das vítimas e/ou seus familiares, o Estado deve cumprir com as seguintes obrigações: "obrigação de investigar e fazer conhecer os fatos que se possam estabelecer contundentemente (**verdade**); obrigação de processar e castigar os responsáveis (**justiça**); obrigação de reparar integralmente os danos morais e materiais ocasionados (**reparação**) e obrigação de extirpar das forças de segurança aqueles que se sabe que cometeram, ordenaram e toleraram estes abusos (**criação de forças de segurança dignas de um Estado democrático**). **Estas obrigações não são alternativas uma das outras nem são opcionais**; o Estado responsável deve cumprir cada uma delas na medida de suas possibilidades e de boa fé. (Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil/Costa Rica, J. 24.11.2010, pag. 241, Grifo nosso)

A consequência desta decisão internacional, ao menos em tese, é que a Lei de Anistia deixou de ter qualquer valor jurídico, uma vez que, segundo a jurisprudência da Corte Interamericana, são inválidas as leis de "autoanistia". Assim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Brasil a proceder com os atos necessários para punir os

envolvidos na Guerrilha do Araguaia, bem como aos que vierem a acontecer, invalidando os efeitos da Lei n. 6.683/79, posto que INCONVENCIONAL, isto é, em desconformidade com os preceitos estatuídos pelo Pacto de San José da Costa Rica.

O que restou, contudo, foi um profundo questionamento sobre o grau de efetividade/coercibilidade das sentenças exaradas pelos tribunais internacionais cujo Brasil tenha aceitado a jurisdição contenciosa (1998). Paralelamente, permite inferir que existem parâmetros de validade de produção normativa a serem sopesados, além do já consagrada controle de constitucionalidade.

No caso em exame, verifica-se que até a presente data (até a conclusão deste trabalho) não se pode dizer de um efetivo cumprimento das determinações da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Contudo, exsurge a importância de se buscar definir uma possível mitigação deste conflito (aparente) de jurisdição entre o STF e da CIDH.

4. O APARENTE CONFLITO DE JURISDIÇÃO ENTRE O STF E A CIDH, A TRANSCENDÊNCIA DO VELHO CONCEITO DE SOBERANIA

Tendo em vista a celeuma oriunda dos conflitos (aparentes?) entre as decisões do STF e da CIDH, mormente no caso da ADPF 153 em cotejo com o caso Gomes Lund, vem a doutrina se debruçando para uma possível solução, que vai, desde a prevalência de uma das cortes, até a compatibilidade entre as duas.

Assim, levantados os principais pontos periféricos acerca do tema de Direito Internacional dos Direitos Humanos, onde foi apresentado o panorama sobre o qual ele tem sido desenvolvido (observa-se que esta dogmática está em constante construção), bem como alguns casos concretos que suscitaram a discussão da admissibilidade ou não do efeito cogente de tais normas, verifica-se que é o momento adequado para que sejam discutidas as teses que tratam sobre quem tem a atribuição de dar a última palavra em matéria de direitos humanos no Brasil ou ainda sobre eventual mitigação deste conflito aparente de jurisdição entre o STF e a CIDH.

A esse respeito, foi possível perceber que o Estado Brasileiro, através do Supremo Tribunal Federal, tem apresentado constante relutância quanto a aplicabilidade dos tratados internacionais de direitos humanos que conflitam com o ordenamento jurídico brasileiro. Noutro ponto, vê-se que as sentenças internacionais, com determinações ao cumprimento de atos ou omissões são constantemente descumpridas, ensejando questionamentos sobre a eficácia e exigibilidade de tais dispositivos normativos no âmbito interno, em prejuízo da boa-fé contratual esperada dos Estados que ao ratificarem tratados e ao aceitarem a jurisdição contenciosa dos tribunais internacionais se comprometem a integrar efetivamente o respectivo sistema de proteção dos direitos humanos.

4.1. Prevalência da Soberania Nacional

Significantes argumentos foram construídos ao longo da história para poder legitimar a soberania nacional como um óbice às intervenções exteriores. Hoje, no entanto, o conceito de soberania é um verdadeiro obstáculo à concreta proteção dos direitos do homem, sendo premente a necessidade de sua reformulação conceitual, de forma que coadune com a nova ordem mundial em formação incessante, em busca do “dever ser” da ordem jurídica, cujo personagem principal é a figura da pessoa humana.

Neste diapasão, pressupõem-se a aceitação da flexibilização da soberania dos Estados quando da ratificação de tratados que impõem obrigações recíprocas em prol da causa humanitária, sobretudo a Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados, que prevê em seu art. 27 que nenhum Estado Parte poderá alegar disposições de Direito interno para descumprir tratados que tenham ratificado, obrigando-se em adimpli-los, em respeito ao princípio da boa-fé contratual (*pacta sant servanda*).

O Brasil, em particular, refletindo a nova reformulação do conceito de soberania, prevê no artigo 5º, §4º da Constituição Federal de 1988 a sua submissão a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, em seus precisos termos: “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.”

Logo, considerando a superestrutura desenvolvida acerca dos sistemas de proteção dos direitos humanos, cujos Estados Partes têm se comprometido em garantir a paz mundial, este objetivo seria inalcançável frente as barreiras impostas com a alegação de absolutismo da soberania nacional. É forçoso dizer que não existem direitos humanos globais/internacionais/universais, sem uma soberania flexibilizada, o que impediria a projeção desses direitos na agenda internacional.

Se existe noção alheia à proteção internacional dos direitos humanos, essa noção é da soberania. É irreconciliável, pois, o seu fundamento com a dinâmica internacional de proteção desses direitos, o que implica necessariamente a abdicação ou afastamento daquela noção em prol da proteção do ser humano. (TRINDADE, 1994, pag. 16)

Ocorre que ao considerar tal flexibilização, o objeto de eventuais intervenções internacionais seriam apenas sobre questões eminentemente de direitos humanos, estando os assuntos particulares do Estado imaculáveis às pretensões internacionais, por isso dizer-se flexível e não absolutamente anulada. Ademais, a jurisdição internacional seria a última *ratio*. É dizer que, não cumpridos os compromissos internacionais pactuados, esgotados os meios de Direito interno, a comunidade internacional, através dos órgãos da ONU e da OEA, teriam legitimidade para atuar sobre o Estado, dirimindo os conflitos que reclamam atuação internacional em defesa dos direitos do homem.

4.2. Supraconstitucionalismo: Um Novo Paradigma Legal

Assim como a organização do Estado evoluiu do feudalismo e do absolutismo monárquico ao Estado Democrático de Direito, passando por diversas transformações, numa

metamorfose histórico-dialética, igualmente a ordem jurídica e os conceitos do Direito vêm constantemente auferindo novos contornos.

De tal modo, do velho Estado de Direito legal ou **legalista**, evoluiu-se para o Estado de Direito **constitucional** e concomitantemente ao **internacional** (transnacional). Atualmente, porém, caminha-se ao chamado estado de Direito Universal, que está fundamentado nas normas de nível *supraconstitucional*.

Valerio Mazzuoli (2013, pag. 131) ensina que

O universalismo difere da fase anterior (internacionalismo) por fundamentar-se em normas que possuem nível supraconstitucional e que, por esse motivo, *independem* do aceite dos Estados para a sua aplicabilidade interna. Daí o motivo de a Declaração *Universal* dos Direitos Humanos não ter sido nominada de Declaração *internacional* dos Direitos Humanos, exatamente com o fim de impedir que determinados Estados, que não a assinaram e não demonstraram a pretensão de fazê-lo, justificassem o seu não cumprimento sob o argumento de que as normas *internacionais* requerem aceite expresso dos governos para serem observados. (Grifo do autor)

Com o atual cenário, percebe-se que a vetusta pirâmide jurídica de Kelsen merece adaptações, considerando o surgimento do Estado de Direito Universal, restabelecendo-a da seguinte forma, da base ao ápice da pirâmide: a) Leis ordinárias; b) tratados de direitos humanos, salvo quando aprovados pelo *inter* procedimental do art. 5º, §3º da CF/88; c) constituições mais tratados de direitos humanos aprovados com o quórum qualificado;⁸ e d) as normas supraconstitucionais, que é o caso do Estatuto de Roma, v.g..

Um dos expoentes na difusão da teoria de supraconstitucionalidade das normas internacionais de direitos humanos, Celso de Albuquerque Mello (2001, pag. 25) defende-a, considerando estarem em um patamar superior as do próprio ordenamento jurídico doméstico, inclusive sobre as constitucionais. Arrazoa que nem mesmo as Emendas Constitucionais são capazes de modificá-las, em razão de estarem alicerçadas em um degrau superior, devido a sua natureza cogente, esculpida nos princípios de defesa dos direitos humanos.

Seu fundamento reside no reconhecimento e na necessidade de dar efetividade aos tratados internacionais de direitos humanos, evitando a reincidência ao passado tenebroso de iniquidades e de dor, em que o homem tomava as rédeas do poder estatal para disseminar o seu domínio a despeito de qualquer valor humanitário.

⁸ Valerio Mazzuoli, Luiz Flávio Gomes e Flávia Piovesan entendem que todos os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos têm status constitucional (formal ou materialmente), independentemente do quórum de aprovação.

Não obstante, com a criação de diversos sistemas de proteção humanitária (ONU e OEA, v.g.), a elaboração de Tratados, Convenções, Acordos internacionais que visam a proteção dos direitos do homem, é impossível não reconhecer a existência de uma estrutura superior de vigilância e proteção, que supera as fronteiras nacionais, transcendente às próprias constituições dos Estados.

Adeptos desta doutrina, André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros (2001, pag. 120) entendem que o art. 27 da CVDT (ratificada no Brasil pelo Decreto 7.030/09) teve a intenção de subordinar todo o direito interno (leis ordinárias e a Constituição) dos Estados à observância dos tratados internacionais, dando a “todo o Direito Internacional convencional grau supraconstitucional na ordem interna dos Estados onde ela viesse a vigorar ou por ratificação ou por costume internacional”.

Nesta esteira, é possível deduzir que não basta a uma lei ordinária, por exemplo, guardar consonância apenas com a Constituição. **É necessário, ou imprescindível, que ela esteja em conformidade com os Tratados internacionais de direitos humanos** para que seja considerada uma norma válida. É o caso da prisão civil do depositário infiel: ela está na lei ordinária bem como na Constituição (art. 5º, LXVII, CF/88), mas agride a CADH, em seu art. 7º, § 7º, que veda a prisão por dívidas, sendo inválida aos auspícios da Convenção Americana de Direitos Humanos. Hodiernamente não mais se admite que a produção legislativa ordinária e constitucional derivada tenha como parâmetro apenas a Constituição Federal. Ela deverá passar, igualmente, pelo “filtro” da convencionalidade. É o entendimento adotado por Luiz Flávio Gomes (2009), sustentando que “[...] Quando incompatível com qualquer um deles, não possui validade. Não pode o texto ser compatível somente com um deles.”

4.3. Teoria da Dupla Compatibilidade Vertical Material (Constitucionalidade e Convencionalidade)

Considerando o que já foi apresentado até aqui, é possível inferir que para um país estar em harmonia com a nova ordem mundial, é *conditio sine qua non* que o seu ordenamento jurídico esteja em consonância com a normatividade internacional sobre direitos humanos (Direito Positivo), inclusive com o correspondente direito consuetudinário. Do contrário, qualquer dispositivo ou ato normativo, estará eivado de nulidade.

Assim, pela lógica do necessário controle legal, é indispensável a existência de um mecanismo que se adeque à natureza dos dispositivos jurídicos a que se pretende dar

compatibilidade. Daí surgir a figura do Controle de Convencionalidade, que nada mais é do que o que acontece com o controle de constitucionalidade. Isto decorre da existência do § 2º do art. 5º da CF/88, possibilitando o controle difuso de convencionalidade; noutra prisma, com o advento da EC nº 45/04 e o acréscimo do § 3º no artigo 5º da Constituição Feral, ampliando o rol de normas formalmente constitucionais, o controle concentrado (e também difuso) de convencionalidade.

Tem-se, portanto, a existência de pelo menos duas formas de controle de validade das normas domésticas (constitucionais e infraconstitucionais), quais sejam: o, já conhecido, controle de constitucionalidade (previsto no art. 103, da CF/88); e o **Controle de Convencionalidade**, que significa a perscrutação do objeto jurídico para inferir sua compatibilidade ou não com o os tratados internacionais de direitos humanos.

Nesta diapasão, Valerio de Oliveira Mazzuoli despontou como precursor, em sua tese de doutorado⁹, da teoria da Dupla Compatibilidade Vertical Material. Significa dizer que além do controle formal de elaboração normativa, é imprescindível o controle “conteudista” (material) de tais dispositivos.

Em termos mais precisos, o operador do Direito tem que respeitar dois parâmetros de aplicabilidade da norma, quais sejam:

a) a Constituição e os Tratados de direitos humanos alçados em nível constitucional; e b) os tratados internacionais comuns de estatura supralegal. Assim, uma determinada lei interna poderá ser até considerada *vigente* por estar (formalmente) de acordo com o texto constitucional, mas não será *válida* se estiver (materialmente) em desacordo ou com os tratados de direitos humanos (que têm estatura constitucional) ou com os demais tratados dos quais a República Federativa do Brasil é parte (que têm status supralegal). (MAZZUOLI, 2013. p. 133)

Para esta tese, a produção normativa depende de estar compatível com a Constituição Federal, como com os tratados internacionais de direitos humanos, independentemente de quórum qualificado. Nesta dogmática, preleciona FERRAJOLI (1999, apud MAZZUOLI, 2013, p. 135)

Uma inovação na própria estrutura da legalidade, que é talvez a conquista mais importante do direito contemporâneo: a regulação jurídica do direito positivo mesmo, não somente no que tange às formas de produção, senão também no que se refere aos conteúdos produzidos.

⁹ Ao que tudo indica a expressão foi cunhada por Valerio Mazuolli, em tese de Doutorado defendida em 2008.

É o um novo paradigma de controle legal, frente a crescente onda universalista do Direito Humanitário, que vincula o aplicador da lei, que já não está mais estático. Ele deve observar, SEMPRE, todo o ordenamento jurídico, através de interpretação dos sistemas (interssistemático), fazendo com que as fontes do Direito dialoguem por meio dos “vasos comunicantes” (art. 5º, § 2º, CF/88), para poder extrair o elemento legal que melhor garanta a proteção dos direitos do homem (princípio da norma mais favorável ao homem – *pro homine*).

4.3.1. Controle de Constitucionalidade e Controle de Convencionalidade

Como visto a simples compatibilidade do ordenamento jurídico doméstico com a Constituição já não mais supre os anseios apresentados pela comunidade mundial, que tem colocado os direitos humanos e a prevalência da paz mundial como elemento central de proteção.

Agora, tem-se o chamado controle de convencionalidade, que junto ao controle de constitucionalidade, tem o condão de filtrar as incompatibilidades com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, representados pelos tratados que o Brasil tenha ratificado e estejam em vigor no país.

Esta é uma determinação advinda da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que a partir de 2006, no *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*¹⁰, julgado em 26 de setembro de 2006, passou a entender que TAMBÉM é de responsabilidade dos juízes e tribunais internos realizar o controle de convencionalidade, uma vez ratificado e em vigor a Declaração Americana de Direitos Humanos, oportunidade em que o Estado se declara obrigado à cumprir com suas disposições.

¹⁰ CIDH, *Caso Almonacid e Arellano e outros vs. Chile*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparação e Custas, sentença de 26 de setembro de 2006, Série C, n. 154, parágrafo 124. “A Corte tem a consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Porém, quando um Estado ratifica um Tratado Internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam prejudicados pela aplicação das leis contrárias ao seu objeto e fim, e que desde o seu início carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de controle de convencionalidade entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o Tratado, senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.” (Grifo nosso)

No Brasil, Valerio Mazzuoli foi o primeiro a desenvolver em caráter científico a tese do controle de convencionalidade, que explica:

Para realizar o controle de convencionalidade das leis os tribunais locais não requerem qualquer autorização internacional. Tal controle passa, doravante, a ter também caráter difuso, a exemplo do controle difuso de constitucionalidade, em que qualquer juiz ou tribunal pode se manifestar a respeito. À medida que os tratados forem sendo incorporados ao direito pátrio os tribunais locais – estando tais tratados em vigor no plano internacional – podem, desde já e independentemente de qualquer condição ulterior, compatibilizar as leis domésticas com o conteúdo dos tratados (de direitos humanos ou comuns) vigentes no país. Em outras palavras, os tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro passam a ter **eficácia paralisante** (para além de derogatória) das demais espécies normativas domésticas, cabendo ao juiz coordenar estas fontes (internacionais e internas) e escutar o que elas dizem. Mas, também, pode ainda existir o controle de convencionalidade concentrado no Supremo Tribunal Federal, como abaixo se dirá, na hipótese dos tratados (neste caso, apenas os direitos humanos) internalizados pelo rito do art. 5, § 3º, da Constituição. (MAZZUOLI, 2008, pag. 227-228)

Cumpra salientar, todavia, que o controle de constitucionalidade está adstrito às normas que confrontarem o conteúdo da Constituição Federal, não considerando para este mister os tratados internacionais de direitos humanos que faz referência ao § 3º, do art. 5º, pois este será parâmetro para o controle de convencionalidade junto aos tratados referidos no § 2º, do mesmo artigo. Já as normas supralegais, aquelas que não versam sobre direitos humanos (entendimento adotado por Valerio Mazzuoli, em contraposição ao firmado no STF¹¹), mas oriundos de tratados internacionais comuns, em respeito ao art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, serão parâmetros de “controle de supralegalidade”, através do controle difuso, unicamente (MAZZUOLI, 2013, pag. 80-81).

Para o propósito desta monografia, insta tão somente tecer considerações sobre o procedimento de controle de convencionalidade das leis, o qual segue o mesmo parâmetro adotado no controle de constitucionalidade, atuando como legitimados a propor as ações de controle de convencionalidade os mesmos previstos no art. 103 da CF/88. Assim, o Controle tanto pode ser feito de forma concentrada, pelo STF (ADIn, ADECON, ADPF, ADO) ou difusa (através de juízes singulares e tribunais).

¹¹ Para o STF, a partir do julgamento do RE 466.343/SP – HC 87.585/TO, têm os Tratados internacionais de direitos humanos, os que não aprovados sob o quórum qualificado, *status* de norma Supralegal. E os Tratados internacionais comuns, ou seja, que não versam sobre direitos humanos, *status* de lei ordinária.

O Controle de Convencionalidade, como mencionado, dar-se-á tanto na forma concentrada quanto na forma difusa, quando a compatibilidade a que se pretende produzir for a respeito dos Tratados internacionais de direitos humanos aprovados sob o *inter* especial do § 3º, art. 5º, CF/88. Já os tratados em vigor sob a forma do § 2º do art. 5º serão parâmetros de controle de compatibilidade vertical material apenas na forma difusa, por unicamente possuírem caráter de norma materialmente constitucional, e não formal.

Reconhecendo a necessidade da realização de tais procedimentos, o Decano Celso de Mello, apresentando um posicionamento divergente no STF, mas declarando que o debate sobre o tema está longe de se encerrar, propõe em seu voto no julgamento do HC n. 87.585/TO

[...] que se reconheça a natureza constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, submetendo, em consequência, as normas que integram o ordenamento positivo interno e que dispõem sobre a proteção dos direitos e garantias individuais e coletivos a um duplo controle de ordem jurídica: o controle de constitucionalidade e, também, o controle de convencionalidade, ambos incidindo sobre as regras jurídicas de caráter doméstico. (HC nº 87.585/TO, Tribunal Pleno do STF, J. 03.12.2008, grifo nosso)

O diferencial existente entre o Controle de Convencionalidade e o Controle de Constitucionalidade é que aquele possui maior rol de legitimados para realizar o controle, posto que seus “garantidores” não se limitam aos tribunais nacionais, a Corte Interamericana igualmente é legitimada para fazê-lo, sendo a última a dar palavra em matéria de direitos humanos em caso de transgressão ao Pacto de San José da Costa Rica.

A hierarquia institucional entre STF e CIDH apenas se opera quando estiverem em cena os direitos previstos na DADH, ou seja, quando houver violação aos direitos humanos ali estatuídos. Uma vez apresentado pelo STF incapacidade para dirimir estes conflitos, a CIDH deve ser acionada. É fácil, desta forma, aduzir que a Corte Interamericana não é um tribunal que está acima do STF, desde que não esteja em discussão grave violação aos direitos humanos. Porém, acionada a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e uma vez condenado o Estado-parte a cumprir à alguma determinação, suas decisões obrigam, pois é o ônus por aceitar sua jurisdição contenciosa, devendo o país cumpri-la de boa-fé, sob pena de desprestígio internacional.

É o que acentua o Juiz Roberto de Figueiredo Caldas, juiz *ad hoc* da CIDH, no caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) em seu voto:

4. Continuando na breve incursão sobre temas pontuais relevantes, se aos

tribunais supremos ou aos constitucionais nacionais incumbe o controle de constitucionalidade e a última palavra judicial no âmbito interno dos Estados, à Corte Interamericana de Direitos Humanos cabe o controle de convencionalidade e a última palavra quando o tema encerre debate sobre direitos humanos. É o que decorre do reconhecimento formal da competência jurisdicional da Corte por um Estado, como o fez o Brasil. (Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil/Costa Rica, J. 24.11.2010, grifo nosso)

Como se deduz do voto supra, sua jurisdição não vai além do âmbito reclamado pela CADH, sendo insuscetível sua intervenção quando os conflitos tratarem unicamente sobre desrespeitos ao Texto Constitucional, pois, neste caso, é de competência única e exclusiva do Supremo Tribunal Feral, que dará a última palavra, pois figura como última instância recursal em matéria de Direito Constitucional, salvo, como anteriormente aludido, quando afetarem os dispositivos dos §§ 2º e 3º, do art. 5º da CF/88.

Em síntese, o STF tem a competência para exercer controle de constitucionalidade (nesta matéria, dando a última palavra), bem como competência para exercer controle de convencionalidade. Já a Corte Interamericana de Direitos Humanos, baldados os recursos internos ou inoperantes as autoridades competentes no controle de convencionalidade, é quem tem competência para dar a última palavra.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi objeto de discussão neste trabalho a relação existente entre o Estado brasileiro e o sistema global de proteção dos direitos humanos, a necessária compatibilidade vertical das normas domésticas às normas internacionais de proteção dos direitos do homem, sendo, enfim, necessário sopesar-se sobre a relação institucional entre o STF e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Para tanto, foi apresentado o panorama sobre o qual se estabeleceram os sistemas global, consubstanciado na figura da Organização das Nações Unidas - ONU, e regionais de proteção dos direitos humanos, representados pelos sistemas Europeu, Africano e o Interamericano, este com especial destaque nesta monografia, representado pela OEA, que buscam efetivar tais garantias instituídas por intermédio de tratados.

Apresentada a evolução histórica dos sistemas de proteção, verificou-se que surgira da urgência em estabelecer um controle internacional de garantias individuais e coletivas contra ações de lesa-humanidade com a necessária flexibilização do conceito de soberania nacional, com o fim de evitar que o homem venha a ser vítima de novos atos de terror, a exemplo dos holocaustos da 1º e 2º Guerras Mundiais e, emblematicamente, em face de disposições estabelecidas por Estados que adotem regimes ditatoriais que, em nome da tirania e do poder, cercearam direitos, dissipando vidas e violando a dignidade humana.

Verificou-se que, com a premência em estabelecer um controle de abrangência mundial, insurgiu um novo modelo dogmático-jurídico, qual seja, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, especialmente desenvolvido para proteger a família humana de eventuais abusos. Não obstante, com o objetivo de mensurar seu alcance e efetividade, assim como a definir sua natureza jurídica, discutiu-se acerca do relativismo e universalismo dos direitos humanos. Para a primeira vertente, representada por Bobbio e Boa Ventura de Sousa Santos, a ideia de imposição de conceitos universais na qualidade de direitos e obrigações internacionais seriam deletérios às culturas minoritárias, que acabariam subjugadas pelos Estados que se intitulam detentores de uma cultura superior, fomentando um sistema sutil de colonização cultural. Em posição diametralmente oposta, o Universalismo dos Direitos Humanos, defendida especialmente por Antônio Augusto Cançado Trindade, Flávia Piovesan e Valerio de Oliveira Mazzuoli, vem conglobar as diversas particularidades culturais, integrando o sistema de proteção conforme as peculiaridades de cada nação, razão pela qual concluiu-se que o universalismo atende mais adequadamente aos anseios internacionais de proteção, isto porque não deixa o ser humano submetido ao alvedrio da inexorabilidade

cultural, muitas vezes movidas pela crueldade, respeitando-se um “mínimo ético universal”, com garantias à dignidade humana.

Noutro ponto, a este novel sistema protecionista organizado, percebeu-se a relevância das normas de *jus cogens*, positivada pela Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados, fala-se positivada pois pré-existente a ela, em seus artigos 53 e 64. Salientou-se nesta retórica que, seja através do direito positivo ou do direito consuetudinário internacional, existem verdadeiras “cláusulas pétreas” inalteráveis pelo talante dos Estados ou por qualquer disposição contrária que venham a ferir ou diminuir os direitos do homem, de oponibilidade *erga homines*, ou seja, mesmo em face dos Estados que não componham os sistemas internacionais de proteção, vinculando a todos como verdadeiras normas gerais/universais, revelando-se crime internacional o seu descumprimento. Assim sendo, tem-se que, por força das normas de *jus cogens*, os Estados estão obrigados (vinculados) ao seu caráter imperativo e inderrogável, auferindo de eficácia plena os direitos humanos, posto que superiores a qualquer interesse internacional ou doméstico.

Conjecturou-se sobre a natureza dos Tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, que apesar do advento do § 3º do art. 5º da Constituição Federal trazer um quórum qualificado para equipará-los às Emendas Constitucionais, ainda assim, aqueles que não tenham sido aprovados sob este *inter* procedimental qualificado, possuem natureza de normas constitucionais em caráter material, enquanto a primeira vigeria tanto material quanto formalmente constitucional. Isto decorre da interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais, mormente o estatuído no § 2º do mesmo artigo, uma vez que este, configurando uma verdadeira cláusula aberta que possibilita a ampliação do bloco de constitucionalidade, recepcionando os tratados sobre direitos humanos como normas constitucionais em sentido material. A despeito, no entanto, do que prepondera no STF, que, segundo o Ministro Gilmar Mendes, todos os tratados internacionais de direitos humanos não submetidos ao procedimento do § 3º do art. 5º, da CF/88, são normas supralegais, ou seja, abaixo da Constituição e acima das leis ordinárias, devendo estas guardarem compatibilidade com aquelas.

Sob este contexto, foi examinado dois casos emblemáticos que reclamaram a aplicação das normas internacionais sobre direitos humanos: a ADPF 153, sob o juízo do STF e o Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil, julgada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. O Supremo rejeitou a pretensão vestibular do CFOAB, declarando a compatibilidade constitucional da Lei de nº 6.683/79, que concede anistia geral e irrestritamente aos agentes que em nome do Estado tenham praticado atos de terror. Para

tanto, foi arrazoado pela maioria dos Ministros que a famigerada lei era necessária para o processo de transição do regime ditatorial para o regime civil-democrático. De outro lado, porém, os vencidos Ayres Brito e Ricardo Lewandowski rechaçaram qualquer hipótese de compatibilidade com a constituição, bem como com os Tratados internacionais e jurisprudências da CIDH, posto que os crimes de lesa-humanidade são insuscetíveis de anistia, graça ou indulto, sendo inclusive imprescritíveis.

Divergindo com o STF, a CIDH em exame do caso *Gomes Lund e Outros vs. Brasil*, condenou o Estado brasileiro a punir os envolvidos com as séries de crimes considerados de lesa-humanidade, dentre os quais os desaparecimentos forçados. Declarou a inconveniência da Lei n. 6.683/79, portanto, embora vigente, é inválida, uma vez que não guarda conformidade com o Pacto de San José da Costa Rica. Assim, foi realçado pela Corte o dever do Estado brasileiro em promover o controle de convencionalidade e invalidar quaisquer dispositivos legais que não sejam congruentes com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Percebeu-se com o estudo dos casos concretos aqui mencionados que o Brasil ainda encontra obstáculos (dogmáticos ou não) para a concreta aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos, bem como as sentenças das cortes internacionais, notadamente da CIDH. Arrematou-se que é necessário reformular velhos conceitos como o da soberania absoluta dos Estados, que não mais encontra razão de ser com a nova ordem mundial, em que as fronteiras nacionais tendem a flexibilizar-se, possibilitando a defesa dos direitos humanos e a promoção da paz em nível mundial. Neste diapasão, conjecturou-se sobre as normas de direito supraconstitucional, fundamentado na teoria da supremacia dos tratados internacionais de direitos humanos contra as quais não cabe nenhuma violação, mesmo alegando dispositivo de direito interno, conforme foi possível verificar da leitura do art. 27 da CVDT, teoria esta defendida por Celso de Albuquerque Mello, André Gonçalves Pereira, Fausto de Quadros e Luiz Flávio Gomes, entre outros.

Via de consequência, compreendido a necessidade de compatibilização com o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, o Brasil deve alcançar este desiderato através do controle de convencionalidade concentrado, por meio do STF, e difuso, através dos juízes singulares e tribunais. É o que leciona a doutrina inovadora de Valerio de Oliveira Mazzuoli, que desenvolveu a teoria da dupla compatibilidade vertical material, segundo a qual o operador do direito deve ponderar a validade da norma doméstica sob o paradigma da constitucionalidade e da convencionalidade, isto é, tanto a produção legislativa deve guardar

compatibilidade com a Constituição Federal quanto com os Tratados internacionais de direitos humanos.

Neste diapasão, foi possível verificar que os Tratados internacionais de direitos humanos são de vital importância para o ordenamento jurídico doméstico, uma vez que atuam como verdadeiras fontes do Direito internacional e nacional. Neste caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos é também competente para o julgamento de crimes contra humanidade, que lesem disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos (função contenciosa) e para a interpretação das suas disposições normativas (função consultiva). É ela a autoridade para oferecer a última palavra em matéria de direitos humanos em detrimento da Corte Superior brasileira, o STF. Verifica-se que não há conflito de jurisdição, posto que a Corte Interamericana não intervém em assuntos internos, quando a soberania neste caso é inviolável, mas tão somente quando a matéria versa sobre prática de crimes contra a humanidade, violação do Pacto de San José da Costa Rica.

Assim sendo, faz-se mister que o Brasil se encarregue de desempenhar o papel assumido quando da ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos (1992) e ao aceitar a jurisdição contenciosa da CIDH (1998), para tornar efetiva todas as disposições que visam salvaguardar os direitos do homem. É obrigação, igualmente, que a famigerada Lei de Anistia seja sepultada sob o manto da invalidade, assim como determinou a CIDH, uma vez que os crimes aos quais concede o benefício de anistia são considerados crimes contra a humanidade, tornando sem efeito a concessão geral e irrestrita de anistia aos perpetradores do terror no auge da Ditadura Militar, instaurando os respectivos procedimentos criminais e, se for o caso, punindo adequadamente cada responsável.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCOFORADO, Luis Alberto. **O Direito dos tratados afeta direito interno**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jan-27/artigo-promulgacao-direito-tratados-incide-diretamente-direito-interno>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

ALEMANHA. **Declaração e Programa de Ação de Viena, Conferência Mundial sobre Direitos Humanos**. 1993. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>>. Acesso em: 25 out. 2013.

BILDER, Richard B. *Na overview of international human rights law*. In: HANNUM. Hurst (Editor). *Guide to international human rights practice*. 2. Ed. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 7ª reimpressão. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; Apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL, **Decreto n. 19.841** de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm>. Acesso em: 11 out. 2013.

_____. **Lei n.º 6.683, de 28 de agosto de 1979**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6683.htm>. Acesso em: 15 out. 2013.

_____, **Decreto n.º 7.030** de 14 de dezembro de 2009. Aprova a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 21 out. 2013.

_____. **Decreto n.º 678**, de 6 de novembro de 1992. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 21 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão proferido no Recurso Extraordinário n.º 466.343-1**. São Paulo, rel. Min. Cesar Peluso, recorrente Banco do Bradesco S/A e recorrido Lucioano Cardoso Santos. Data do julgamento: 03 dez. 2008. Data da publicação: 05 jan. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 15 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão proferido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153**. Relator: Ministro Eros Grau. Data de julgamento: 29 abr. 2010. Data da publicação: 06 ago. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 22 out. 2013.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 02 nov. 2013.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção dos direitos humanos nos planos**

nacional e internacional: perspectivas brasileiras. San José da Costa Rica/Brasília: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1992.

Cf. B- 32: **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** 4. Brasil. Reconhecimento da competência da Corte. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/d.Convencao_Americana_Ratif.htm>. Acesso em: 4 de outubro de 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil.** Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 11 out. 2013.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Almonacid e Arellano e outros vs. Chile,** Exceções Preliminares, Mérito, Reparação e Custas, sentença de 26 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 11 out. 2013.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil,** Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 10 out. 2013.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS, ratificada pelo Brasil em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 05 out. 2013.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **As Normas Imperativas de Direito Internacional Público – Jus Cogens.** 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GARCIA, Márcio p.p. Gilberto Amado, o jurista. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 37, n. 147, jul/set. 2000.

GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Valor dos Tratados Internacionais: Do Plano Legal ao Ápice Supraconstitucional? (Parte III).** Disponível em: <<http://www.lfg.com.br.>>. Acesso em: 14 out. 2013.

_____; MAZZUOLI, Valerio Oliveira. **Direito Supraconstitucional: do absolutismo aos Estado constitucional e humanista de Direito.** 02. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. (Coleção direito e ciências afins, 05 / coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira).

GUIMARÃES, Marco Antônio. **Fundamentação dos Direitos Humanos: relativismo ou universalismo?** In PIOVESAN, Flávia (coord.). **Direitos Humanos.** Curitiba: Juruá, 2006.

HENKIN, Louis et al. **International law: cases and materials.** 3. Ed. Minnesota: West Publishing, 1993.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes.** Tese de Doutorado em Direito. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul/Faculdade de Direito, 2008.

_____. **Os Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos: uma análise comparativa dos sistemas interamericano, europeu e africano.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. – (Coleção direito e ciências afins; v. 9 / coordenação Alice Bianchini, Luis Flávio Gomes, William Terra de Oliveira).

_____. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade Das Leis – 3. ed. Ver., atual. e ampl.** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. – (Coleção direito e ciências afins; v. 4 / coordenação Alice Bianchini, Luis Flávio Gomes, William Terra de Oliveira).

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **O §2º do art. 5º da Constituição Federal.** In: TORRES, Ricardo Logo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. **Manual de direito internacional público.** 3. ed. Ver. E aum. (reimpre.). Coimbra: Almedina, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma concepção multicultural dos Direitos Humanos.** Disponível em: <http://www.Boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_ContextoInternacional01.PDF>. Acesso em: 25 out. 2013.

SILVA, José Afonso. **Interpretação da Constituição.** In: I SEMINÁRIO DE DIREITO CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO. São Paulo: TCMSP, 2005. Disponível em: <http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/30a03_06_05/jose_afonso1.htm>. Acesso em: 01 nov. 2013.

SOUZA, Washington Peluso Albino. **O princípio da Universalidade no Direito Internacional dos direitos humanos: visita à obra de consolidação de Antônio Augusto Cançado Trindade.** In RIBEIRO LEÃO, Renato Zerbini (coord.). **Os rumos do Direito Internacional dos direitos humanos: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Apresentação. In: ALVES, José A. Lindgreen. **Os direitos humanos como tema global.** São Paulo: Perspectiva, 1994.