



CRIMES DA DITADURA MILITAR E O “CASO ARAGUAIA”: APLICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS PELOS JUÍZES E TRIBUNAIS BRASILEIROS

Luiz Flávio Gomes

Doutor em Direito Penal pela Universidade Complutense de Madri, mestre em Direito Penal pela USP e diretor-presidente da Rede de Ensino LFG

Valerio de Oliveira Mazzuoli

Pós-doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, doutor summa cum laude em Direito Internacional pela UFRGS e mestre em Direito Internacional pela Unesp

1. INTRODUÇÃO

Um dos maiores desafios do Direito Penal no século XXI, sem sombra de dúvida, será conciliar sua clássica formatação legalista, vinculada à soberania de cada país, com as novas ondas (terceira e quarta ondas) do internacionalismo. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, na sua sentença de 24 de novembro de 2010, declarou a invalidade da Lei de Anistia brasileira, que acobertava os crimes cometidos pelos agentes do Estado durante a ditadura (1964-1985). Isso significa a obrigação do Brasil de apurar, processar e, se for o caso, punir todos esses delitos. O STF, em abril de 2010, havia declarado a validade da Lei de Anistia. Ocorre que sua decisão

não entrou no tema da inconveniência da lei citada¹. A Justiça internacional está mandando o Brasil investigar tais crimes. Para o STF, isso não seria possível. Como resolver todos esses conflitos típicos da pós-modernidade? A Justiça internacional vale mais do que o STF? Como fica a soberania do Brasil? Os juízes brasileiros são obrigados a respeitar a jurisprudência da Corte Interamericana?

Este ensaio pretende responder todas essas questões intrincadas, assim como demonstrar qual a eficácia das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil, em especial após a condenação do País no “Caso Araguaia”, em que a Corte da OEA anulou a Lei de Anistia brasileira, abrindo a possibilidade de revisão (pelo Judiciário brasileiro) dos crimes de tortura, morte e desaparecimento cometidos no Brasil durante o período da ditadura militar (1964-1985)².

Nas linhas abaixo, procuraremos demonstrar qual a eficácia das decisões dos tribunais internacionais (de direitos humanos) no Direito brasileiro, bem como o dever do Judiciário nacional de cumprir tais decisões em prazo razoável³.

2. O JULGAMENTO RELATIVO AO “CASO ARAGUAIA” E SUA REPERCUSSÃO NO BRASIL

Logo que anunciada a sentença de 24 de novembro de 2010 da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o “Caso Araguaia” (desaparecimento de pessoas durante a ditadura militar brasileira), todos constatamos vários focos de rejeição à referida sentença, alguns partindo inclusive de ministros do STF. Essa refutação (de certa forma contundente) naturalmente nos conduz a refletir sobre a aceitação e obrigatoriedade de aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelos juízes e tribunais brasileiros.

1 Para mais detalhes, v. Mazzuoli, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 160-165.

2 Sobre o dever de tutela judicial dos Estados que fazem parte do sistema interamericano de direitos humanos, v. Sabsay, Daniel A. El amparo como garantía para el acceso a la jurisdicción en defensa de los derechos humanos. In: Abregú, Martín; Courtis, Christian (org.). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: CELS, 2004. p. 229 e ss. Ainda: Kawabata, J. Alejandro. Reparación de las violaciones de derechos humanos en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. In: Abregú, Martín; Courtis, Christian (org.). Op. cit., p. 351 e ss. Especificamente sobre o “Caso Araguaia”, v. Santos, Roberto Lima. *Crimes da ditadura militar: responsabilidade internacional do Estado brasileiro por violação aos direitos humanos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.

3 Albanese, Susana. *El plazo razonable em los procesos a la luz de los órganos internacionales*. In: Abregú, Martín; Courtis, Christian (org.). Op. cit., p. 247 e ss.

A Lei de Anistia brasileira viola vários tratados internacionais (especialmente a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969) e não possui nenhum valor jurídico, sobretudo o efeito de acobertar os abusos cometidos pelos agentes do Estado durante a ditadura militar

uma decisão tomada no âmbito internacional, não no interno. Na prática [a decisão da Corte] não terá efeito nenhum”⁵.

Para o ministro Jobim (ex-ministro do STF e atual ministro da Defesa), a decisão da Corte Interamericana “é meramente política e sem efeito jurídico. O processo de transição no Brasil é pacífico, com histórico de superação de regimes, não de conflito”⁶.

Como veremos ao longo deste ensaio, são totalmente equivocadas (do ponto de vista jurídico) tais declarações. No caso dos crimes da ditadura, como temos enfatizado, o melhor caminho foi seguido pelos ministros Lewandowski e Ayres Britto (que foram votos vencidos na decisão do STF sobre a validade da Lei de Anistia).

Frise-se de antemão que o STF, no dia 3 de dezembro de 2008, decidiu (historicamente) que os tratados internacionais de direitos humanos valem mais do que a lei e menos que a Constituição, estando no nível supralegal no País (cf. RE 466.343/SP)⁷. Ainda que não tenha a Suprema Corte atribuído nível constitucional aos tratados de direitos humanos (por um voto

Começemos pelas declarações do ministro Cezar Peluso, que é o atual presidente do STF: “A decisão da Corte só gera efeitos no campo da Convenção Americana de Direitos Humanos (...); caso as pessoas anistiadas sejam processadas, é só recorrer ao STF. O Supremo vai conceder *habeas corpus* na hora”. Disse ainda que a decisão da Corte “só vale no campo da convencionalidade”⁴.

Para o ministro Marco Aurélio, “o governo está submetido ao julgamento do STF e não pode afrontá-lo para seguir a Corte da OEA. É uma decisão que pode surtir efeito ao leigo no campo moral, mas não implica cassação da decisão do STF. Quando não prevalecer a decisão do Supremo, estaremos muito mal. É

4 V. *Jornal O Estado de S. Paulo*, de 16.12.2010, p. A12; e *Jornal Folha de S. Paulo*, de 16.12.2010, p. A15.

5 Idem.

6 V. *Jornal O Globo*, de 16.12.2010, p. 18.

7 Nossa posição (o leitor verá melhor abaixo) sempre foi a de que os tratados de direitos humanos guardam nível *constitucional* no Direito brasileiro.

faltante apenas), o certo é que trilhou o STF o caminho juridicamente correto (de respeito ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, tal como vem sendo construído e seguido por todos os países civilizados).

A Lei de Anistia brasileira viola vários tratados internacionais (especialmente a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969) e não possui nenhum valor jurídico, sobretudo o efeito de acobertar os abusos cometidos pelos agentes do Estado durante a ditadura militar⁸.

Como observação preliminar, vale sublinhar o seguinte: as declarações citadas dos ministros do STF partem da premissa de um ordenamento jurídico *dualista* (o Direito interno não teria nenhuma relação com a ordem internacional; cada qual teria sua autonomia e eficácia). Isso já vem sendo desconsiderado (no âmbito da doutrina internacional atualizada) há muitas e muitas décadas. Sobretudo agora que entrou em vigor no Brasil a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, que adota nitidamente o sistema *monista* (o Direito é uno e indivisível).

A sentença da Corte Interamericana valeria (de acordo com as mencionadas declarações) “só no plano moral”, “só no plano internacional”, “só no campo da convencionalidade”, “só no plano político” etc. Racharam o Direito brasileiro ao meio (como se isso fosse, hoje, possível): Direito nacional de um lado (em que o STF reina de forma absoluta) e o Direito Internacional de outro (aparentemente alheio à nossa brasilidade...). Este último seria um ordenamento jurídico alegórico, retrato de uma simples carta de esperança, um conjunto de regras somente políticas ou somente morais, sem a força coativa do Direito. Nada mais equivocado, de acordo com a decisão da CIDH (que detalharemos mais adiante).

A premissa (e preocupação) primeira de todos os tratados de direitos humanos é a seguinte: todas as violações de direitos das vítimas, quando não amparadas pelo Judiciário local, nacional, podem e devem ser apreciadas pelo sistema interamericano de direitos humanos⁹.

As declarações retrorreferidas se explicam em razão (muito provavelmente) da tradicional convivência de setores do Judiciário brasileiro com a chamada “legalidade autoritária”, conforme denunciam Paulo Sérgio Pinheiro e Anthony Pereira no livro *Ditadura e repressão*¹⁰.

8 Cf. sentença de 24.11.2010 da CIDH, parágrafo 147 e ss.

9 Para uma análise mais profunda, v. Mazzuoli, Valerio de Oliveira. The Inter-American human rights protection system: structure, functioning and effectiveness in Brazilian law. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. México: UNAM, 2011. vol. XI, p. 331-367.

10 Pereira, Anthony W. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. São Paulo: Paz e Terra, 2010 (prefácio de Paulo Sérgio Pinheiro).

O Ministério das Relações Exteriores, em nota¹¹, prontamente disse que vai cumprir a decisão da CIDH. A decisão obriga o governo brasileiro (logo, também o STF). Não se trata de pretender ou não cumprir a sentença. O que está em jogo é que o país (a *República* brasileira) tem a *obrigação* de cumprir a decisão internacional. Os ministros do STF não têm responsabilidade internacional; falam, portanto, em defesa dos seus pontos de vista. Suas declarações, no entanto, em termos internacionais, não possuem qualquer valor jurídico.

Aliás, como bem enfatizou a sentença de 24.11.2010 da Corte Interamericana, nem sequer a decisão do STF, que validou a Lei de Anistia em abril de 2010, possui qualquer tipo de relevância (ou obrigatoriedade/eficácia) no plano jurídico internacional. A Corte não revogou a decisão do STF, porque não é essa a sua função. Ela simplesmente analisou a decisão do STF no plano do controle de convencionalidade¹². E concluiu que o STF não levou em conta os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil (em especial a Convenção Americana sobre direitos Humanos de 1969) na sua decisão. Daí certamente a fonte do seu equívoco.

A Corte, no momento em que obriga a República brasileira, também obriga o STF (que dela faz parte).

E se o STF não acatar a decisão da Corte, dando *habeas corpus* para os torturadores da ditadura? Nova violação à Convenção Americana de Direitos Humanos passa a ocorrer. E nova condenação da mesma Corte contra o Brasil pode existir (podendo até mesmo haver a exclusão do País da OEA). Mais problemas internacionais para o Brasil.

O bonde da história do Direito está navegando e o Judiciário brasileiro, ao que parece neste primeiro momento, não está percebendo suas evoluções. O certo é que o Brasil não pode destoar dos seus vizinhos (Argentina, Chile etc.¹³), que já cumprem, há vários anos, rigorosamente, as decisões da Corte Interamericana. Todo o Continente Americano (com exceção dos Estados Unidos) vem afinando sua jurisprudência com a da Corte da OEA.

Como se demonstrará em seguida, o Direito Internacional dos Direitos Humanos não pode deixar de ser aplicado pelos juízes e tribunais brasileiros.

11 Disponível em: <www.folha.com>, de 15.12.2010.

12 V. Mazzuoli, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional...* cit., p. 160-165.

13 Sobre o cumprimento dos tratados internacionais pelos países latino-americanos: Dulitzky, Ariel. La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado. In: Abregú, Martín; Courtis, Christian (org.). Op. cit., p. 33 e ss. No que diz respeito especificamente à Argentina: Bidart Campos, Germán J. El artículo 75, inciso 22, de La Constitución Nacional. In: Abregú, Martín; Courtis, Christian (org.). Op. cit., p. 77 e ss.

3. A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Tendo em conta a evolução histórica do Direito Internacional e do nosso próprio ordenamento jurídico, o tema da aplicação (e respeito) do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelos juízes e tribunais brasileiros pode ser organizado e analisado em quatro etapas: (a) internacionalização dos direitos humanos; (b) adesão formal do Brasil ao Direito Internacional dos Direitos Humanos; (c) reconhecimento da força normativa (hierarquia superior) do Direito Internacional dos Direitos Humanos; (d) respeito e internalização (aplicação) do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelos juízes e tribunais locais. Vamos cuidar, desde logo, do primeiro aspecto da questão.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos nasceu com toda intensidade após o fim da Segunda Guerra Mundial (1939-1945). As atrocidades da primeira metade do século XX (lamentavelmente os *fascismos* e *nazismos* continuaram, em alguns pontos do planeta, na segunda metade daquele século) levaram incontáveis nações soberanas a, juntas, darem autonomia a esse ramo do Direito chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos, hoje tido como ramo autônomo das Ciências Jurídicas¹⁴.

O internacionalismo (internacionalização do Direito) tem sua certidão de nascimento original na famosa Carta da ONU de 1945. A perspectiva definitiva dos direitos humanos (e fundamentais) se materializou posteriormente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (que constitui o documento fundante do universalismo) e ganhou corpo operacional com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ambos adotados pelas Nações Unidas em 1966). Depois disso, vieram outros incontáveis tratados internacionais.

Relevo sintetizador e definidor, nesse período histórico, no entanto, tem mesmo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pelas Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, marcando vez por todas a era internacional dos direitos e a asserção do tema “direitos humanos” à ordem internacional do dia¹⁵.

A partir da Declaração Universal, a sociedade internacional passou a contar com inúmeros tratados e convenções sobre direitos humanos, pertencentes tanto ao sistema global (da ONU) quanto aos sistemas regionais de direitos humanos (o Brasil, como veremos, aderiu formalmente a

14 V. Mazzuoli, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 803.

15 Abregú, Martín. La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales locales: una introducción. In: Abregú, Martín; Courtis, Christian (org.). Op. cit., p. 3 e ss.

praticamente todos os tratados internacionais nessa área). Adicionalmente, foram sendo criadas as jurisdições internacionais, com o escopo de fazer valer o *corpus juris* dedicado aos direitos humanos.

3.1 COMPLEMENTARIDADE DA TUTELA INTERNACIONAL

A responsabilidade pela aplicação de todo esse “novo” ramo do Direito, no entanto, não é exclusiva dos tribunais internacionais. A bem da verdade, a obrigação primeira de fazer valer os seus termos é de cada Estado, que está compelido a dar respostas efetivas sempre que não tenha evitado as agressões contra os direitos humanos. No contexto regional interamericano, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos é clara ao reconhecer, nos considerandos iniciais, que “os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, *coadjuvante* ou *complementar* da que oferece o Direito interno dos Estados Americanos”.

Na sentença do caso *Araguaia* (sentença de 24.11.2010, parágrafo 140), a Corte Interamericana, a propósito, sublinhou que:

(...) a obrigação, conforme o Direito Internacional, de processar e, caso se determine sua responsabilidade penal, punir os autores de violações de direitos humanos decorre da obrigação de garantia, consagrada no artigo 1.1 da Convenção Americana. Essa obrigação implica o dever dos Estados-Partes de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas por meio das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Como consequência dessa obrigação, os Estados devem prevenir, investigar e punir toda violação dos direitos humanos reconhecidos pela Convenção e procurar, ademais, o restabelecimento, caso seja possível, do direito violado e, se for o caso, a reparação dos danos provocados pela violação dos direitos humanos. Se o aparato estatal age de modo que essa violação fique impune e não se restabelece, na medida das possibilidades, à vítima a plenitude de seus direitos, pode-se afirmar que se descumpriu o dever de garantir às pessoas sujeitas a sua jurisdição o livre e pleno exercício de seus direitos.

A tutela internacional é, nesse contexto, *coadjuvante* ou *complementar* às jurisdições nacionais. Ou seja, primeiro e antes de tudo, a obrigação de fazer valer todo o ordenamento jurídico

específico dos direitos humanos é dos Estados (e de todos os seus poderes) que fazem parte dos tratados.

A mesma Corte, na citada sentença, no parágrafo 31, afirmou:

Isto é, em conformidade com o preâmbulo da Convenção Americana, a proteção internacional de natureza convencional é coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos.

No seguinte parágrafo (32), enfatizou que:

A proteção exercida pelos órgãos internacionais tem caráter subsidiário, e o propósito de uma instância internacional não é revisar ou reformar a sentença interna, mas constatar se a referida sentença está em conformidade com as normas internacionais.

Não agindo o Estado, deve então processar-se a queixa ou reclamação perante a Corte Interamericana, cujo poder decisório (por autorização do próprio Estado que ratificou o tratado respectivo) está acima do das jurisdições nacionais.

3.2 INTERDEPENDÊNCIA ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO INTERNO

Não existe, destarte, uma relação de independência (absoluta) entre a jurisdição internacional e a nacional (local). Melhor dito, a relação é de interdependência, visto que o escopo das duas esferas normativas e jurisdicionais (internacional e interna) conflui para um denominador comum: dar vida e força a todas as disposições relacionadas com a proteção dos direitos humanos, harmonizando as internas com as internacionais, a jurisprudência local com a jurisprudência dos tribunais não locais.

Pode-se também dizer que, na pós-modernidade jurídica, as relações entre o Direito Internacional e o Direito interno são relações *dialógicas*, em que um ordenamento “dialoga” com o outro a fim de escolherem (juntos) qual norma (internacional ou interna) será aplicada no caso concreto quando presente uma violação de direitos humanos¹⁶.

¹⁶ Sobre o tema, v. o estudo de Mazzuoli, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010. Sobre o Direito na pós-modernidade, v. Bittar, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. 541p.; Gomes, Luiz Flávio; Mazzuoli, Valério de Oliveira. Características gerais do direito (especialmente do direito internacional) na pós-modernidade. *Revista Forense*, ano 106, vol. 412, Rio de Janeiro, p. 467-485, nov.-dez. 2010.

3.3 DO PRINCÍPIO DO *DOMESTIC AFFAIR* AO DO *INTERNATIONAL CONCERN*

Como já sublinhamos anteriormente, importa observar que nessa fase internacionalista do Estado, do Direito e da Justiça, o princípio do *domestic affair* (ou da não ingerência), que limitava o Direito Internacional às relações entre Estados no contexto de uma sociedade internacional formal, evoluiu para o do *international concern*, que significa que o gozo efetivo, pelos cidadãos de todos os Estados, dos direitos e liberdades fundamentais passa a ser verdadeira *questão de Direito Internacional*¹⁷.

Na prática, tal significa que agora temos também juízes *internacionais* para tutelar nossos direitos violados, e não mais apenas juízes *internos* a exercer esse tipo de proteção. Estes últimos já não têm mais a última palavra quando se trata de amparar um direito humano ou fundamental.

Antigamente, a proteção dos direitos humanos fundamentais era uma questão puramente doméstica (interna), de cada país. O Direito Internacional não interferia nas questões internas. Agora não, pelo seguinte: a proteção dos direitos humanos fundamentais é a finalidade precípua de todos os sistemas jurídicos locais e internacionais. A tutela dos direitos humanos fundamentais é, portanto, também uma questão internacional.

Quem sofre a violação de um desses direitos e não é atendido internamente pode sê-lo internacionalmente (no nosso caso, pelo sistema interamericano de proteção dos direitos humanos). Os juízes internos, no modelo constitucionalista, passaram a ser os “fiscais” da constitucionalidade – assim como da convencionalidade – das leis e da observância dos direitos humanos fundamentais.

Uma observação importante: a Corte Interamericana não revisa as decisões dos tribunais locais diretamente. Indiretamente isso acaba acontecendo, em razão da sua preocupação de verificar se esses tribunais decidiram a questão em consonância com as obrigações assumidas pelo Brasil por meio dos tratados internacionais. Na sentença do caso *Araguaia*, parágrafo 176, a Corte proclamou:

Este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por esse motivo, estão

17 V. Mazzuoli, Valerio de Oliveira. *Curso de direito...* cit., p. 818-819; Gomes, Luiz Flávio; Mazzuoli, Valerio de Oliveira. *Direito supra-constitucional: do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito*. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 79; Andrade, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 19-20.

obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, quando um Estado é parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. O Poder Judiciário, nesse sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um “controle de convencionalidade” ex officio entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.

É importante a obrigação que coloca a Corte Interamericana de os juízes e tribunais internos controlarem a convencionalidade das leis no país, verificando se tais leis estão ou não de acordo com os tratados de direitos humanos aqui em vigor. Caso alguma lei (ou norma de Direito interno) esteja em desacordo com o estabelecido por tais tratados (em especial, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos), deve operar-se de imediato sua *invalidade* jurídica (ainda que continue *vigente* no Estado)¹⁸.

Foi exatamente isso que ocorreu com a Lei de Anistia brasileira: ela não passou no teste (no exame) de compatibilidade (vertical) com a Convenção Americana, sendo, portanto, totalmente *inválida* na ordem jurídica brasileira (ainda que esteja, formalmente, *vigente*)¹⁹.

3.4 ESTADO DE DIREITO CONSTITUCIONAL E ESTADO DE DIREITO INTERNACIONAL

Importante sublinhar, de outro lado, que o surgimento do Estado de Direito internacional (ou seja: internacionalização dos direitos humanos) não significou o fim do Estado de Direito constitucional e legal. As duas primeiras ondas evolutivas do Direito (*legalismo* e *constitucionalismo*) não desapareceram com o irrompimento da terceira onda (do *internacionalismo*) e muito menos com a quarta onda (do *universalismo*)²⁰.

18 V. Mazzuoli, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional...* cit., p. 95-116.

19 Leis *vigentes* não se confundem com leis *válidas*. Enquanto a vigência pressupõe a regularidade *formal* da lei em determinada ordem jurídica, a *validade* pressupõe sua conformidade *material* com as normas constitucional e dos tratados de direitos humanos em vigor no país. V., por tudo: Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999. p. 20-22; Mazzuoli, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais...* cit., p. 186-194.

20 Gomes, Luiz Flávio; Mazzuoli, Valerio de Oliveira. *Direito supraconstitucional...* cit., p. 77 e ss.

Todas essas ondas evolutivas do Estado, do Direito e da Justiça contribuíram (e contribuem) para deixar claro o papel do Estado no que tange à proteção dos direitos humanos, notadamente sob a ótica do Direito Internacional Público pós-moderno, que não admite o esquecimento dos piores e mais bárbaros crimes já cometidos (como tortura, sequestros, mortes ilegais etc.).

3.5 ESTRUTURA NORMATIVA DO ESTADO DE DIREITO INTERNACIONAL

Há o sistema global (universal) de proteção dos direitos humanos (regido pela ONU, além de suas agências especializadas) e existem também os sistemas regionais (que atualmente são três: o interamericano, o europeu e o africano) de proteção desses mesmos direitos.

Cada um desses sistemas possui estrutura jurídica própria. Essa nova conformação jurídica do Direito forma o que se pode chamar de constitucionalismo mundial, que nada mais é do que a soma do constitucionalismo mais a internacionalização e universalização do Direito.

No Estado de Direito internacional possuem relevância ímpar não apenas as leis e a Constituição de cada Estado, senão também o Direito Internacional dos Direitos Humanos (e todos os seus instrumentos de proteção)²¹.

O Estado de Direito internacional é constituído, portanto, de normas infraconstitucionais, constitucionais e, sobretudo, *internacionais*. Sete são as fontes normativas do Direito na atualidade: (1) leis e códigos (plano da legalidade) e seus princípios; (2) constituição e seus princípios; (3) jurisprudência constitucionalizada; (4) tratados internacionais, destacando-se entre eles os tratados internacionais de direitos humanos (TIDH) e seus princípios; (5) jurisprudência do SIDH (Comissão e Corte Interamericanas); (6) Direito universal (especialmente o *jus cogens*) e seus princípios; e (7) jurisprudência internacional dos órgãos universais.

3.6 A NOVA CONSTRUÇÃO DE UM “DIREITO DIALÓGICO”

A consequência da evolução do Direito (pelas *ondas* evolutivas acima estudadas) é o surgimento de um “Direito dialógico”, em vez do velho e conhecido “Direito dialético”. Nesse sentido, se faz necessário um “diálogo das fontes”²², de forma que “a Constituição não exclui a aplicação dos tratados, e nem estes excluem a aplicação dela, mas ambas as normas (Constituição e tratados) se

21 Gomes, Luiz Flávio; Vigo, Rodolfo Luis. *Do Estado de Direito constitucional e transnacional: riscos e precauções (navegando pelas ondas evolutivas do Estado, do direito e da justiça)*. São Paulo: Premier Máxima, 2008. p. 46-93.

22 V. Jayme, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours*, vol. 251 (1995), p. 259.

A primeira e principal característica do Estado e do Direito, depois da internacionalização dos direitos humanos, reside na pluralidade de fontes normativas, heterogêneas e hierarquicamente distintas

excluir uma fonte em detrimento da outra, esse novo tipo de Estado (pós-moderno por natureza) aceita o “diálogo” entre essas mesmas fontes²⁵.

A primeira e principal característica do Estado e do Direito, depois da internacionalização dos direitos humanos, reside na pluralidade de fontes normativas, heterogêneas e hierarquicamente distintas. Essa proliferação de normas (sem contar as de *soft law* e as de direito “vago” ou *fuzzy*) parece ocorrer de forma anárquica, necessitando de um ponto de equilíbrio²⁶. Esse ponto de equilíbrio reside justamente na incidência do chamado princípio *pro homine*, que manda aplicar sempre a norma mais favorável ao ser humano sujeito de direitos²⁷.

Por esse motivo é que, hoje, somente a complexa (e correta) articulação (diálogo) de todas as suas distintas fontes normativas (normas internacionais, constitucionais e infraconstitucionais) é que possibilita (a) aproximar a uma justa solução para os conflitos, sobretudo os que envolvem os direitos humanos; e (b) redimensionar o verdadeiro conteúdo do devido processo legal.

O operador jurídico, assim como o juiz de Direito em especial, não pode desconhecer nesse novo modelo de Estado, os três conjuntos normativos mencionados: internacional, constitucional e infraconstitucional. Tampouco podem desconhecer a jurisprudência interna e a internacional.

De outro lado, não se pode ignorar, dentro do Direito Internacional, o caráter *sui generis* do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que goza de prestígio diferenciado (conforme veremos mais abaixo).

unem para servir de obstáculo à produção normativa doméstica infraconstitucional que viole os preceitos da Constituição ou dos tratados de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil é parte²³.”

O Direito dialógico, então, é a “articulação da legislação nacional com a internacional²⁴”, que agora caracteriza o Estado de Direito internacional, à medida que, em vez de

23 Mazzuoli, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais...* cit., p. 214.

24 Gordillo, Agustín (et al.). *Derechos humanos*. 5. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2005. p. 5, Cap. II.

25 Jayme, Erik. Op. cit., p. 259.

26 Delmas-Marty, Mireille. *Três desafios para um direito mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 73-74.

27 Gomes, Luiz Flávio; Mazzuoli, Valerio de Oliveira. *Direito supraconstitucional...* cit., p. 110 e ss. Ainda sobre o princípio *pro homine*: Pinto, Mônica. El principio *pro homine*: criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. In: Abregú, Martín; Courtis, Christian (org.). Op. cit., p. 163 e ss.

4. ADESÃO FORMAL DO BRASIL AO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Parece não haver dúvida que é bastante significativo o avanço do Estado brasileiro (nas últimas décadas) no que se refere à adesão ao movimento (e ao Direito) internacional dos direitos humanos, que ganhou singular impulso (como já sublinhamos) depois da Segunda Guerra Mundial (1939-1945).

A *internacionalização* dos direitos humanos e o fato da sua *singularidade* (cuida-se de um conjunto normativo *sui generis*), ao lado da falência do positivismo legalista (contratualista), constituem provavelmente a transformação jurídica mais destacada do século XX. A Declaração Universal de 1948 foi, nesse campo, um marco político e jurídico de importância indiscutível.

Do ponto de vista normativo (plano em que se desenvolve a democracia formal), o cenário brasileiro, especialmente depois da Constituição de 1988, é claramente distinto do precedente (quando nosso país era governado pelo regime militar)²⁸.

Recorde-se que o Brasil é signatário de praticamente todos os documentos internacionais sobre direitos humanos, tanto do sistema global como do sistema regional interamericano²⁹. Na sua quase totalidade, os tratados e convenções de direitos humanos foram ratificados e se acham em vigor em nosso país. Restava para o Brasil dar vigência à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, que conquanto não seja um tratado de direitos humanos é o “tratado dos tratados”, e também esse mister foi cumprido³⁰.

28 Sobre as dimensões *formal* e *material* da democracia, v. Ferrajoli, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Trad. Alexandre Salim (et al.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 108-113.

29 No sistema global são eles: Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948); Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951); Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (1966); Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (1966); Protocolo Facultativo Relativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (1966); Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965); Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979); Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1999); Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984); Convenção sobre os Direitos da Criança (1989); e ainda o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998). No sistema regional interamericano são eles: Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969); Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988); Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte (1990); Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985); Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994); Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (1994) e a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999).

30 Tal Convenção foi ratificada pelo Brasil em 25.09.2009, tendo sido promulgada internamente (com reservas aos arts. 25 e 66) pelo Decreto 7.030, de 14.12.2009.

De qualquer forma, estar integrado internacional e normativamente ao movimento global de tutela dos direitos humanos fundamentais não significa automaticamente que esses direitos estejam sendo satisfatoriamente respeitados no nosso território ou que o Brasil já tenha alcançado níveis mínimos de tutela desses mesmos direitos.

O acesso ao Judiciário brasileiro, v.g., ainda é muito precário. A impunidade, sobretudo quando tem origem em “operações ou cruzadas militares”, ainda é enorme. Os direitos sociais são precariamente atendidos etc. Em outras palavras, o Brasil é, sem sombra de dúvida, sujeito ativo de muitas violações de direitos humanos, ou seja, é autor de muitos *ilícitos internacionais* em matéria de direitos humanos (crimes *jus-humanitários*)³¹. Seja em razão de violência dos seus próprios agentes, seja por força de sua omissão, certo é que o Estado brasileiro já começou a responder por esses ilícitos perante os órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos.

Já desde as primeiras denúncias contra o Brasil junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (casos do presídio Urso Branco em Rondônia, assassinatos de crianças e adolescentes no Rio de Janeiro etc.) ficava patente o quanto a tutela interna dos direitos humanos ainda está defasada em nosso país. O Brasil reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1998, e sua primeira condenação por ela ocorreu no “Caso Damião Ximenes³²”. O governo Lula (neste caso citado) acatou imediatamente a decisão da Corte e pagou às vítimas a indenização arbitrada. No “Caso Araguaia”, espera-se que o governo (e também o Judiciário) cumpra da mesma forma a sentença.

5. RECONHECIMENTO DA FORÇA NORMATIVA (HIERARQUIA SUPERIOR) DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Existe hierarquia entre tais normas (legais, constitucionais e internacionais) no Direito brasileiro? O Direito Internacional dos Direitos Humanos conta com natureza *sui generis*?

31 Sobre a configuração desses ilícitos: Zaffaroni, Eugenio R. *En torno de la cuestión penal*. Montevideo: Editorial B de F, 2005. p. 124 e ss.

32 Por força do Decreto 6.185, de 13.08.2007, o presidente da República autorizou a Secretaria Especial dos Direitos Humanos a dar cumprimento à sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que determinou o pagamento de indenização aos familiares da vítima.

Não existe nenhuma dúvida que o Direito Internacional dos Direitos Humanos possui *status* diferenciado no plano do Direito interno dos Estados. Em praticamente todos (senão todos) os ordenamentos jurídicos é assim. No Brasil não poderia ser diferente. Com efeito:

- a) os direitos e garantias previstos na Constituição (art. 5.º, § 2.º) “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”. Esse dispositivo constitucional sempre nos permitiu subscrever a tese da constitucionalidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos na ordem jurídica brasileira (tese esta que, sustentada pelo ministro Celso de Mello no STF, ficou minoritária, como veremos *infra*);
- b) a EC 45/2004 (*Reforma do Judiciário*) autoriza que os tratados de direitos humanos tenham “equivalência” de Emenda Constitucional, desde que seguido o procedimento contemplado no § 3.º do art. 5.º da Constituição (votação de três quintos, em dois turnos em cada Casa Legislativa);

Constitui exemplo disso hoje a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, e promulgados pelo Decreto 6.949, de 25.08.2009 (que entraram no Brasil com valor de Emenda Constitucional, por terem sido aprovados pelo Congresso com *quorum* qualificado – Decreto Legislativo 186, de 09.07.2008).

- c) depois de décadas de atraso em matéria de Direito Internacional, finalmente a Corte Suprema brasileira reconheceu (em 03.12.2008) o valor (no mínimo) supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos (RE 466.343-1/SP e HC 87.585/TO); foi vencedora (por ora) a tese do ministro Gilmar Mendes (por cinco votos a quatro), não a tese do valor constitucional (defendida no STF pelo ministro Celso de Mello, e que sempre entendemos seja a melhor solução);
- d) em matéria de direitos humanos já se pode falar no Brasil (finalmente) numa (emblemática) “nova e superior instância” (de Justiça), que é composta, fundamentalmente, por dois órgãos: 1. a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e 2. Corte Interamericana de Direitos Humanos (sediadas, respectivamente, em Washington e em San José da Costa Rica). Ambas fazem parte do nosso sistema (regional) interamericano de proteção dos direitos humanos³³.

33 V., especialmente: Gomes, Luiz Flávio; Mazzuoli, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2010.

De muitas maneiras pode ser explicada a presença dessa “superior instância” (na verdade, instância extraordinária e complementar de proteção dos direitos humanos) na vida do brasileiro. Mas talvez a mais contundente esteja no fato de a Corte Interamericana (e a Comissão) estar começando a condenar o Brasil nas suas violações aos direitos humanos (v.g., os casos *Ximenes Lopes* e *Araguaia* são paradigmáticos: em todos eles a Corte determinou sanções contra o Brasil).

Até 2008 nosso Direito produzido pelo constituinte e pelo legislador ordinário só reconhecia hierarquia superior para as normas constitucionais. Depois de 2008 apresentou-se no Direito brasileiro uma nova (e totalmente renovada) pirâmide jurídica, em que na base continuam as leis ordinárias, mas que acima dessa base encontram-se os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no país³⁴.

Velha jurisprudência do STF (com origem nos anos 70 do século XX, no RE 80.004/SE) dizia que os tratados internacionais (aí inclusos os de direitos humanos) valiam tanto quanto a lei ordinária, no que se consagrava o chamado *sistema paritário* entre as normas internacionais e de Direito interno. Ou seja, leis ordinárias e tratados (inclusive os de direitos humanos) ocupavam o mesmo patamar jurídico no que concernia à hierarquia das normas. Normas superiores eram apenas as constitucionais, mais nenhuma outra (seguindo a velha alegoria da “pirâmide” kelseniana).

Essa tradicional e provecta estrutura ou pirâmide jurídica (ou seja, essa forma de compreender o Direito sob a ótica legalista positivista) está absolutamente esgotada na pós-modernidade.

A antiga pirâmide kelseniana foi definitivamente sepultada pelo STF, no seu julgamento histórico do dia 3 de dezembro de 2008³⁵. Nesse julgamento, o STF admitiu o valor (no mínimo) supralegal dos tratados de direitos humanos (ratificados pelo Brasil e incorporados no Direito interno).

De que maneira o Direito Internacional dos Direitos Humanos pode ser incorporado em cada país?

O Direito Internacional dos Direitos Humanos (teoricamente) pode ser incorporado ao ordenamento jurídico interno como:

- a) Emenda Constitucional (esse é o caso da nossa CF, art. 5.º, § 3.º – esse dispositivo vale para todos os tratados de direitos humanos aprovados com *quorum* especial, tal como se deu com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo – v. *supra*);

34 V., por tudo: Gomes, Luiz Flávio; Mazzuoli, Valerio de Oliveira. Características gerais do direito... cit., p. 467-485.

35 V. RE 466.343-1/SP e HC 87.585/TO.

- b) como Direito supralegal (voto do ministro Gilmar Mendes);
- c) como Direito constitucional (posição do ministro Celso de Mello – HC 87.585/TO – e de grande parte da doutrina fundada no art. 5.º, § 2.º, da CF); ou
- d) como Direito supraconstitucional (como, v.g., o Tribunal Penal Internacional, que tem jurisdição supranacional).

São múltiplas as técnicas legislativas de incorporação do Direito Internacional dos Direitos Humanos ao Direito interno.

Observação preliminar: a antiga jurisprudência do STF (RE 80.004) no sentido de que o Direito Internacional dos Direitos Humanos valeria apenas como Direito ordinário foi (sabiamente) abandonada.

Primeira corrente: a primeira possibilidade de incorporação do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Direito interno (incorporação como Emenda Constitucional) vem disciplinada no § 3.º do art. 5.º da Carta, inserido pela Emenda Constitucional 45, que diz: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Segunda corrente: a segunda possibilidade (Direito supralegal) foi sustentada no voto supracitado do ministro Gilmar Mendes (RE 466.343-1/SP), que foi reiterado tanto no HC 90.172/SP, 2.ª Turma, votação unânime, j. 05.06.2007, como no HC 87.585/TO.

No HC 90.172/SP decidiu-se o seguinte: “A Turma deferiu *habeas corpus* (...). Em seguida, asseverou-se que o tema da legitimidade da prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese excepcional do devedor de alimentos, encontra-se em discussão no Plenário (RE 466.343-1/SP, v. *Informativos* 449 e 450) e conta com sete votos favoráveis ao reconhecimento da inconstitucionalidade da prisão civil do alienante fiduciário e do depositário infiel. Tendo isso em conta, entendeu-se presente a plausibilidade da tese da impetração. Reiterou-se, ainda, o que afirmado no mencionado RE 466.343-1/SP no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem *status* normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7.º, 7), não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel. HC 90172/SP, rel. ministro Gilmar Mendes, 05.06.2007”

O Direito Constitucional, depois de 1988, conta com relações diferenciadas perante o Direito Internacional dos Direitos Humanos. A visão da supralegalidade deste último encontra amparo em vários dispositivos constitucionais (CF, arts. 4.º e 5.º, §§ 2.º, 3.º e 4.º)³⁶.

Terceira corrente: a terceira corrente acima referida (nível de Direito Constitucional) emana de um consolidado entendimento doutrinário³⁷, que já conta com várias décadas de existência no nosso país³⁸. Em consonância com essa linha de pensamento há, inclusive, algumas decisões do STF (RE 82.424, rel. ministro Carlos Velloso), mas é certo que essa tese nunca foi majoritária na nossa Suprema Corte de Justiça. Somente agora é que ela ganhou reforço com a posição do ministro Celso de Mello (HC 87.585/TO).

O STF (em tempos passados) já havia reconhecido o valor constitucional dos tratados de direitos humanos, não se entendendo o porquê de ter mudado posteriormente de posição. O seu novo posicionamento pode ser assim expresso: “Com efeito, esta Suprema Corte, ao interpretar o texto constitucional, atribuiu, em determinado momento (décadas de 1940 e de 1950), superioridade às convenções internacionais em face da legislação interna do Brasil (ApCiv 7.872/RS, rel. ministro Laudo de Camargo; ApCiv 9.587/DF, rel. ministro Lafayette de Andrada), muito embora, em sensível mudança de sua jurisprudência, viesse a reconhecer, em momento posterior (a partir da década de 1970), relação de paridade normativa entre as espécies derivadas dessas mesmas fontes jurídicas (RTJ 58/70; RTJ 83/809; RTJ 179/493-496, v.g.)”.

Quarta corrente: o valor supraconstitucional dos tratados de direitos humanos, que nunca teve repercussão jurisprudencial entre nós (mas agora, depois do advento do Tribunal Penal Internacional, esse tema irá requerer nova atenção dos juristas).

Posição do STF (decisão histórica): na histórica decisão do STF de 03.12.2008 (RE 466.343/SP), dois foram os votos marcantes (de Gilmar Mendes e Celso de Mello): são divergentes na intensidade (gradualidade), mas convergentes na adoção de um novo modelo de Estado (de Direito e de Justiça).

36 Mendes, Gilmar Ferreira (et al.). *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 663.

37 Cançado Trindade, Antônio Augusto. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos, *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. 2. ed. San José, Costa Rica/Brasília: IIDH, 1996. p. 210 e ss; e Silva, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 195-196; para quem os tratados de direitos humanos “ingressam na ordem jurídica nacional no nível das normas constitucionais e, diretamente, criam situações jurídicas subjetivas em favor dos brasileiros e estrangeiros residentes no país”.

38 Para detalhes, v. especialmente: Mazzuoli, Valerio de Oliveira. *Curso de direito...* cit., p. 817-847; e Mazzuoli, Valerio de Oliveira. O novo § 3.º do art. 5.º da Constituição e sua eficácia. *Revista Forense*, vol. 378, ano 101, Rio de Janeiro, mar.-abr. 2005, p. 89-109.

Pelo valor histórico que possuem, vejamos a síntese dos dois (revolucionários) votos citados:

1.º *Voto do ministro Gilmar Mendes*. De acordo com Gilmar Mendes (voto proferido no RE 466.343-1/SP), os tratados de direitos humanos, precedentes ou posteriores à EC 45/2004, desde que não aprovados por *quorum* qualificado, nos termos do art. 5.º, § 3.º, da CF, possuem valor supralegal (e infraconstitucional). A pirâmide jurídica (tridimensional) defendida por ele é a seguinte:

- a) no topo acha-se a *Constituição* (assim como os tratados de direitos humanos aprovados de acordo com o procedimento do art. 5.º, § 3.º, da CF);
- b) abaixo dela, mas acima da lei ordinária, estão os tratados internacionais de direitos humanos não aprovados pelo *quorum* qualificado, pouco importando se o tratado é anterior ou posterior à EC 45/2004; e
- c) no patamar inferior está a *legislação ordinária* (assim como os tratados que não versam sobre direitos humanos).

Pausa excursiva (síntese do voto do ministro Gilmar Mendes proferido no RE 466.343-1/SP): “Em seguida, o ministro Gilmar Mendes acompanhou o voto do relator, acrescentando aos seus fundamentos que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem *status* normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7.º, 7), não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel. Aduziu, ainda, que a prisão civil do devedor fiduciante viola o princípio da proporcionalidade, porque o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais executórios postos à disposição do credor fiduciário para a garantia do crédito, bem como em razão de o DL 911/69, na linha do que já considerado pelo relator, ter instituído uma ficção jurídica ao equiparar o devedor fiduciante ao depositário, em ofensa ao princípio da reserva legal proporcional. Após os votos dos ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Marco Aurélio, que também acompanhavam o voto do relator, pediu vista dos autos o ministro Celso de Mello. RE 466343/SP, rel. ministro Cezar Peluso, 22.11.2006. O Tribunal retomou julgamento de recuso extraordinário no qual se discute a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária em garantia – *v. Informativo* 304. O ministro Gilmar Mendes, em voto vista, acompanhou o voto do relator para negar provimento ao recurso, adotando os fundamentos expendidos no caso acima relatado. No mesmo sentido votaram os ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Após, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do ministro Celso de Mello. RE 349703/RS, rel. ministro Ilmar Galvão, 22.11.2006 (RE 349.703).

2.º *Voto do ministro Celso de Mello.* Para o ministro Celso de Mello (voto proferido no HC 87.585/TO e no RE 466.343-1/SP), a nova pirâmide jurídica (bidimensional) teria outra configuração, porque os tratados internacionais de direitos humanos vigentes no Brasil antes da EC 45/2004 foram recepcionados ou amparados pelo art. 5.º, § 2.º, portanto, teriam valor constitucional. No topo dessa pirâmide (bidimensional) estão a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos (mesmo que firmados e vigentes no Brasil antes da EC 45/2004) e, na base, está a legislação ordinária³⁹. Tratados de direitos humanos posteriores à EC 45/2004, pouco importando o cumprimento ou não do § 3.º do art. 5.º, também contam com valor materialmente constitucional (em razão do citado art. 5.º, § 2.º).

A nova pirâmide normativa formal concebida a partir de algumas decisões do STF (HC 87.585/TO, RE 466.343-1/SP, HC 90.172/SP, HC 88.420/PR) é bem distinta daquela que, normalmente, sob os auspícios de Hans Kelsen, ainda continua sendo ensinada nas faculdades de Direito brasileiras. Espera-se que essa verdadeira revolução seja bem compreendida por todos os estudantes e operadores jurídicos no Brasil.

A emblemática alteração estrutural (e formal) do Direito reside no valor hierárquico qualificado que o STF está (agora) a emprestar ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Evidente que, por questão de coerência, deve seguir nesse caminho quando diante de outras questões jurídicas a envolver a aplicação dos tratados de direitos humanos, como aquela que ora nos ocupa neste ensaio (a Lei de Anistia brasileira).

6. RESPEITO E APLICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS PELOS JUÍZES E TRIBUNAIS LOCAIS

Por tudo o que já se falou até agora parece ter ficado claro tratar-se de *obrigação* dos juízes e tribunais locais (como *longa manus* do Estado que são) bem respeitar e aplicar o Direito Internacional dos Direitos Humanos⁴⁰.

39 Mazzuoli, Valerio de Oliveira. *Curso de direito...* cit., p. 817-847.

40 V. Soares, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2002. vol. 1, p. 225-239.

Em síntese, a nova postura jurisprudencial do STF finca suas raízes em novos tempos, em novos horizontes, em que a era da internacionalização dos direitos humanos já não pode ser (antiquadamente) ignorada.

Uma exuberante prova dessa aceitação (e aplicação) das normas de proteção aos direitos humanos em nosso país deu-se no âmbito da prisão civil do depositário infiel. Na sessão Plenária do dia 16 de dezembro de 2009, o STF chegou a editar a Súmula Vinculante 25: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito⁴¹”. O que se defendia há anos foi finalmente sumulado pela Suprema Corte, com caráter vinculante à Administração Pública e ao Judiciário.

Com a decisão proferida no RE 466.343/SP (03.12.2008), que foi ratificada com a Súmula Vinculante 25, o Brasil ingressou, definitivamente, na “terceira onda” evolutiva do Estado, do Direito e da Justiça, que é a onda do internacionalismo (ou da internacionalização dos direitos humanos).

No Estado de Direito da legalidade caberia prisão civil do depositário infiel (muitas leis a preveem). No Estado de Direito (puramente) constitucional também (porque a Constituição brasileira possibilita a prisão civil do depositário infiel – CF, art. 5.º, LXVII). Já no Estado de Direito internacional, a impossibilidade de se coagir mediante prisão um devedor é manifesta (em virtude da vedação da Convenção Americana, art. 7.7).

A Constituição brasileira prevê duas hipóteses de prisão civil: do alimentante inadimplente e do depositário infiel (CF, art. 5.º, LXVII). A legislação ordinária brasileira regulamentou (com base na CF) várias situações de prisão civil, ampliando bastante a locução “prisão do depositário infiel”. Essa ampliação excessiva sempre foi objeto de muitas críticas⁴².

Incontáveis acórdãos do STJ reiteradamente negaram validade para a prisão do depositário no caso da alienação fiduciária (REsp 7.943/RS; REsp 2.320/RS etc.). No STF, alguns votos vencidos (de Marco Aurélio, Rezek, Velloso, Pertence) não discrepavam do entendimento preponderante no STJ. Mas o pensamento majoritário tradicional (legalista e positivista) no STF sempre foi no sentido da sua admissibilidade (baseando-se na sua jurisprudência clássica da paridade entre a lei ordinária e o tratado de direitos humanos – HC 80.004).

41 V. *DOU* de 23.12.2009, p. 1.

42 V., por tudo: Mazzuoli, Valerio de Oliveira. *Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica: especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Um novo horizonte foi descortinado no dia 03.12.2008 com o RE 466.343-1/SP: os nove votos proferidos reconheceram o fim dessa prisão civil (do depositário infiel), pouco importando a natureza do depósito (judicial ou não judicial). Seu relator (ministro Cezar Peluso) negou validade para a prisão do depositário infiel no caso da alienação fiduciária (porque a legislação respectiva conflita com a Constituição Federal). O ministro Gilmar Mendes agregou outros dois fundamentos: considerando-se que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos só prevê a prisão civil por alimentos (art. 7.º, 7), é certo que nossa legislação ordinária relacionada com o depositário infiel conflita com o teor normativo desse texto humanitário internacional. O conflito de uma norma ordinária (que está em posição inferior) com a Convenção Americana resolve-se pela invalidade da primeira. É o que ficou espelhado no voto do ministro Gilmar Mendes, que ainda mencionou o princípio da proporcionalidade como ulterior fundamento para não admitir a prisão de depositário infiel. No HC 90.172 (com votação unânime da 2.ª Turma), o ministro Gilmar Mendes reiterou sua posição anterior.

É preciso mostrar que a Justiça age de forma igualitária na punição de quem quer que pratique graves crimes contra a humanidade

Cumprir destacar que, em antológico voto proferido em 03.12.2008, o ministro Celso de Mello (no Pleno do STF) já reconhecia não a supralegalidade, mas, sim, o valor constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos.

Em síntese, a nova postura jurisprudencial do STF finca suas raízes em novos tempos, em novos horizontes, em que a era da internacionalização dos direitos humanos já não pode ser (antiquadamente) ignorada.

O passo extraordinário que o STF deu em relação à prisão civil do depositário infiel deve, agora, na linha do que estão fazendo os nossos países vizinhos (Argentina, Chile, Uruguai etc.)⁴³, ser seguido no que consiste no cumprimento da decisão da Corte Interamericana proferida no “Caso Araguaia⁴⁴”. Por mais que existam declarações em sentido contrário, a obrigatoriedade de internalização (da jurisprudência da Corte Interamericana) pelos juízes e tribunais brasileiros faz parte de um movimento universal absolutamente incontestável⁴⁵.

43 Sobre a incidência do Direito Internacional no âmbito do Direito interno da Argentina: moncayo, Guillermo R. Critérios para la aplicación de las normas internacionales que resguardan los derechos humanos en el derecho argentino. In: Abregú, Martín; Courtis, Christian (org.). Op. cit., p. 89 e ss. V. ainda, Vanossi, Jorge R. Los tratados internacionales ante la reforma de 1994. In: Abregú, Martín; Courtis, Christian (org.). Op. cit., p. 105 e ss.; Schiffrin, Leopoldo. La primacía del derecho internacional sobre el derecho argentino. In: Abregú, Martín; Courtis, Christian (org.). Op. cit., p. 115 e ss.; Travieso, Juan A. Los nuevos paradigmas. Enfoque con nuevas consideraciones metodológicas. In: Abregú, Martín; Courtis, Christian (org.). Op. cit., p. 127 e ss.; Fappiano, Oscar L. La ejecución de las decisiones de tribunales internacionales por parte de los órganos locales. In: Abregú, Martín; Courtis, Christian (org.). Op. cit., p. 147 e ss.

44 Sobre a margem de apreciação da Justiça local: Valiña, Liliana. El margen de apreciación de los Estados en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno. In: Abregú, Martín; Courtis, Christian (org.). Op. cit., p. 173 e ss.

45 Gordillo, Agustín. Los amparos de los artículos 43 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional. In: Abregú, Martín; Courtis, Christian

Frise-se ter participado do mesmo julgamento, na qualidade de juiz *ad hoc* brasileiro, o Sr. Roberto de Figueiredo Caldas, que em seu voto em apartado, e na mesma linha da sentença, assim sublinhou:

“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.

5. Para todos os Estados do continente americano que livremente a adotaram, a Convenção 13 equivale a uma Constituição supranacional atinente a Direitos Humanos. Todos os poderes públicos e esferas nacionais, bem como as respectivas legislações federais, estaduais e municipais de todos os Estados aderentes, estão obrigados a respeitá-la e a ela se adequar.

6. Mesmo as Constituições nacionais hão de ser interpretadas ou, se necessário, até emendadas para manter harmonia com a Convenção e com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. De acordo com o artigo 2º da Convenção, os Estados comprometem-se a adotar medidas para eliminar normas legais e práticas de quaisquer espécies que signifiquem violação a ela e, também ao contrário, comprometem-se a editar legislação e desenvolver ações que conduzam ao respeito mais amplo e efetivo da Convenção.

(...)

29. O exame de conceito da esfera do Direito Penal Internacional não deve melindrar a Corte ou instâncias judiciárias nacionais, dada a evidente confluência de várias circunscrições do Direito Internacional, o que vem sendo propalado pela doutrina e pela jurisprudência não é de hoje. Assim o é porque são largas as fronteiras entre os sub-ramos como os Direitos Humanos, o Direito Humanitário e o Direito Penal Internacional. Suas normas e suas fontes são necessariamente complementares, senão correr-se-ia o grave risco de divergência entre as interpretações desses nichos jurídicos que jamais seriam uniformizadas, com lamentável insegurança jurídica para a humanidade.

(org.). Op. cit., p. 201 e ss.



30. Finalmente é prudente lembrar que a jurisprudência, o costume e a doutrina internacionais consagram que nenhuma lei ou norma de Direito interno, tais como as disposições acerca da anistia, as normas de prescrição e outras excludentes de punibilidade, deve impedir que um Estado cumpra a sua obrigação inalienável de punir os crimes de lesa-humanidade, por serem eles insuperáveis nas existências de um indivíduo agredido, nas memórias dos componentes de seu círculo social e nas transmissões por gerações de toda a humanidade.

31. É preciso ultrapassar o positivismo exacerbado, pois só assim se entrará em um novo período de respeito aos direitos da pessoa, contribuindo para acabar com o círculo de impunidade no Brasil. É preciso mostrar que a Justiça age de forma igualitária na punição de quem quer que pratique graves crimes contra a humanidade, de modo que a imperatividade do Direito e da Justiça sirvam sempre para mostrar que práticas tão cruéis e desumanas jamais podem se repetir, jamais serão esquecidas e a qualquer tempo serão punidas”

Em suma, todas as manifestações da Corte (na sentença e no voto em separado do juiz *ad hoc* brasileiro) fielmente demonstram que o Judiciário brasileiro deve ingressar (*de facto*, e não apenas *de jure*) na onda internacionalista do Estado, do Direito e da Justiça, e aceitar em definitivo os comandos que vêm de cima (do Direito Internacional Público) e, mais ainda, de órgão (tribunal) especializado em matéria de proteção aos direitos humanos.

7. CONCLUSÃO

Ao cabo desta exposição teórica, cabe sumariamente concluir o seguinte:

- 1 - Que a internacionalização dos direitos humanos é uma realidade incontestável que marca a era da pós-modernidade, caracterizada pela globalização (inclusive da dignidade humana).
- 2 - Que esse *corpus juris* específico – chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos – goza de absoluta primazia sobre a legislação doméstica naquilo que é mais benéfico ao ser humano sujeito de direitos (princípio internacional *pro homine*). Ou seja, esse conjunto normativo internacional de proteção possui caráter *sui generis*. Suas normas possuem hierarquia diferenciada no plano doméstico (estão acima de todas as leis) e com este não podem ser confundidas.

- 3 - Toda a produção legislativa ordinária (de qualquer Estado) que faça parte do sistema interamericano de direitos humanos está sujeita, doravante, a dois principais tipos de controle: (a) o de *constitucionalidade* e (b) o de *convencionalidade*.
- 4 - Constitui obrigação impostergável de todos os juízes e tribunais locais (nacionais) fazer desses dois tipos de controle uma realidade. Os juízes e tribunais locais estão, inclusive, obrigados a exercer *ex officio* tais controles, segundo o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.
- 5 - Para a proteção, no nosso entorno regional, dos direitos humanos previstos nos tratados internacionais, qualquer ser humano lesado pode acionar o sistema regional interamericano de direitos humanos, visto que essa tutela já não está regida pelo princípio do *domestic affair*, mas sim do *international concern*. A proteção dos direitos humanos convencionados conta com o amparo complementar do Direito Internacional.
- 6 - O Brasil tem a obrigação de cumprir a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 24 de novembro de 2010, proferida no “Caso Araguaia”. O nosso país foi declarado responsável pelo desaparecimento de dezenas de pessoas e, agora, por força da sentença da Corte citada, tem o dever de investigar e, se for o caso, processar os responsáveis pelos referidos delitos contra a humanidade, não tendo nenhum valor jurídico a Lei de Anistia brasileira (embora validada pelo STF em abril de 2010).
- 7 - No Estado de Direito Internacional (defendido, entre outros, por Luigi Ferrajoli), é preciso respeitar a pluralidade de fontes normativas e promover, entre elas, o devido “diálogo” (Erik Jayme) capaz de fazer prevalecer a norma mais favorável à tutela dos direitos humanos (princípio *pro homine*).
- 8 - A jurisprudência brasileira já deu (exuberante) demonstração da força normativa do Direito Internacional dos Direitos Humanos ao cuidar do tema da prisão civil do depositário infiel. A nossa Suprema Corte (no RE 466.343/SP) não só reconheceu a hierarquia superior desse ramo do Direito como acabou editando a Súmula Vinculante 25, para proibir definitivamente a prisão civil de depositário infiel no país, qualquer que seja a modalidade do depósito.
- 9 - Na esteira desse precedente pós-moderno do STF, espera-se, agora, que seja cumprida sem resistência e dentro de prazo razoável a decisão da Corte Interamericana no “Caso Araguaia”.



LUIZ FLÁVIO GOMES

Doutor em Direito Penal pela Universidade Complutense de Madri. Mestre em Direito Penal pela USP. Diretor-presidente da Rede de Ensino LFG e coordenador dos cursos de pós-graduação transmitidos por ela. Professor convidado em diversas universidades brasileiras e estrangeiras. Foi promotor de Justiça (1980 a 1983), juiz de Direito (1983 a 1998) e advogado (1999 a 2001).

VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI

Pós-doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Doutor summa cum laude em Direito Internacional pela UFRGS. Mestre em Direito Internacional pela Unesp. Pós-doutor pela Universidade de Lisboa. Professor adjunto de Direito Internacional Público e Direitos Humanos da UFMT. Coordenador do Programa de Mestrado em Direito da UFMT. Professor da Rede de Ensino LFG. Professor convidado nos cursos de pós-graduação da UFRGS, PUC-SP e da UEL. Membro efetivo da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas – ABCD.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O julgamento relativo ao “Caso Araguaia” e suas repercussões no Brasil – 3. A internacionalização dos direitos humanos: 3.1 Complementaridade da tutela internacional; 3.2 Interdependência entre o Direito Internacional e o Direito interno; 3.3 Do princípio do domestic affair ao do international concern; 3.4 Estado de Direito constitucional e Estado de Direito internacional; 3.5 Estrutura normativa do Estado de Direito internacional; 3.6 A nova construção de um “Direito dialógico” – 4. Adesão formal do Brasil ao Direito Internacional dos Direitos Humanos – 5. Reconhecimento da força normativa (hierarquia superior) do Direito Internacional dos Direitos Humanos – 6. Respeito e internalização (aplicação) do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelos juízes e tribunais locais – 7. Conclusão.