



O CONFLITO ENTRE DIREITO NACIONAL E INTERNACIONAL: A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS VS. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Eneas Romero de Vasconcelos

George-August Universität Göttingen (Bolsista da CAPES)

Promotor de Justiça (Ministério Público-CE)

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, após o golpe de estado que estabeleceu uma ditadura militar até a redemocratização (entre 1º de abril de 1964 e 15 de março de 1985),¹ foram praticadas diversas violações graves aos direitos humanos em desfavor dos opositores do regime militar.² Apesar de terem sido estabelecidas algumas medidas em favor das vítimas e do restabelecimento da verdade, nenhum agente público foi responsabilizado criminalmente pelo cometimento de violações contra os direitos humanos.

1 Para uma compreensão da luta armada e da política no período militar, ver: GORENDER, Jacob. *O Combate nas trevas*. 5a ed. São Paulo: Ática, 1998. GASPARI, Elio. *O sacerdote e o Feiticeiro: a ditadura derrotada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

2 O Estado brasileiro reconheceu, oficialmente, a existência de diversos desses crimes praticados durante a ditadura, como 354 mortes ou desaparecimentos e cerca de 20.000 casos de tortura, ver: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à Memória e à Verdade*. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, Brasília, 2007. AMNESTY INTERNATIONAL. *Report on allegations of torture in Brazil*. London, 1976, p. 71-102. ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. *Brasil: Nunca mais. Um relato para a história*. 36 ed. Petrópolis, Vozes, 1996. Na sentença do caso “Gomes Lund vs. Brasil”, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu a existência de crimes contra a humanidade durante o combate à Guerrilha do Araguaia no Regime Militar, notadamente do crime permanente de desaparecimento forçado.

Entre as medidas existentes na Justiça de Transição, a responsabilização criminal dos agentes estatais é considerada um ponto central e desafia vários problemas jurídicos relativos à impunidade, à legalidade, à anterioridade, *ne bis in idem*, à aplicação de anistias etc.

Entre as medidas existentes na Justiça de Transição, a responsabilização criminal dos agentes estatais é considerada um ponto central³ e desafia vários problemas jurídicos relativos à impunidade, à legalidade, à anterioridade, *ne bis in idem*, à aplicação de anistias etc. No caso brasileiro, a questão adquire especial relevância em face do conflito jurisdicional entre o Supremo Tribunal Federal do Brasil (doravante STF) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante Corte IDH), especialmente no que se refere à aplicação da Lei de Anistia, Lei 6.683/79.

No presente artigo, trataremos do conflito entre a jurisprudência nacional e internacional e as possíveis soluções para esse conflito. Para isso, será discutido o papel da Corte IDH (como uma *Superrevisioninstanz*) e a possibilidade da aplicação de sua jurisprudência no direito nacional

pelo STF. E, ainda, a conformidade dessa vinculação com os direitos fundamentais previstos pela Constituição brasileira e os tratados internacionais de direitos humanos,⁴ especialmente a Convenção Americana de Direitos Humanos (doravante CADH).

3 Ver: Damaška, Mirjan, What is the Point of International Criminal Justice?, Chicago-Kent Law Review 83 (2008), 329-365. Deirdre Golash, The Justification of Punishment in the International Context, in: Larry May/Zachary Hoskins (eds.), International Criminal Law and Philosophy, 2010, 201. Luban, David. Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality, and the Legitimacy of International Criminal Law. In: Samantha Besson. John Tasioulas (eds.), The Philosophy of International Law, 2010, 569, Prittwitz, Cornelius, Notwendige Ambivalenzen – Anmerkungen zum schwierigen Strafprozeß gegen John Demjanjuk, Strafverteidigung, 2010, 648-655.

4 LUÑO explica, com clareza, a distinção de positivação entre direitos humanos e fundamentais: “Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suele gozar de una tutela reforzada.” (LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Los derechos fundamentales**, p. 46). O termo “direitos humanos” tem origem controvertida, embora possa situar-se, com LUÑO, seu surgimento no início do iluminismo: “Para algunos, los derechos humanos suponen una constante histórica cuyas raíces se remontan a las instituciones y el pensamiento del mundo clásico. Otros, por el contrario, sostienen que la idea de los derechos humanos nace con la afirmación cristiana de la dignidad moral del hombre en cuanto persona. Frente a estos últimos, a su vez, hay quien afirma que el cristianismo no supuso un mensaje de libertad, sino más bien una aceptación conformista del hecho de la esclavitud humana. Sin embargo, lo más frecuente es considerar ‘la primera aparición de la idea de derechos del hombre [...] tuvo lugar durante la lucha de los pueblos contra el régimen feudal y la formación de las relaciones burguesas’” (LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**, p. 23) Já a terminologia “direitos fundamentais”, embora, hoje, se aproxime da tradição jurídica alemã, ao empregar o termo Grundrechte, especialmente após a Lei Fundamental de 1949, teve origem, também, na França: “El término ‘derechos fundamentales’, droits fondamentaux, aparece en Francia hacia 1770 em el movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. La expresión há alcanzado luego especial relieve en Alemania, donde bajo el título de los Grundrechte se há articulado el sistema de relaciones entre el individuo y ele Estado, en cuanto fundamento de todo el orden jurídico-político. Este es su sentido em la Grundgesetz de Bonn de 1949. (LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**, p. 30) Na doutrina, direitos humanos são dotados normalmente de cunho mais internacional; e direitos fundamentais com cunho mais nacional, constitucional. Autores que tratam, no Brasil, do direito interno usam, normalmente, a terminologia “direitos fundamentais”; os que tratam do direito internacional preferem utilizar “direitos humanos”. Utilizam a expressão “direitos fundamentais” constitucionalistas, como: MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**, p. 197-210; BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 514-530; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 36. Utilizam a expressão direitos fundamentais internacionalistas, como: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, volume 1, p. 17-58.

Para isso, será estudado o status dos tratados de direitos humanos (teoria e jurisprudência). E as possíveis soluções para o conflito, procurando, no direito nacional, internacional e comparado, alguns pressupostos para compreender o problema e os critérios jurídicos para sua solução. Será conferido especial destaque para o princípio da harmonização dos direitos humanos internacionais com os direitos fundamentais nacionais (*Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes*), o *princípio pro homine* (a interpretação conforme os direitos humanos que prevejam a norma mais favorável às vítimas) e a teoria do ato *ultra vires*.

2. O CONFLITO ENTRE A JURISPRUDÊNCIA NACIONAL E INTERNACIONAL, STF VS. CORTE IDH

Em 29 de abril de 2010, o STF julgou improcedente a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 (doravante ADPF)⁵, interposta pela Ordem dos Advogados do Brasil (doravante OAB) em que fora pedido no mérito “uma interpretação conforme à Constituição, de modo a declarar, à luz de seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos, ou conexos, não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores do regime, durante a ditadura militar (1964/1985)”⁶.

A mais alta Corte do Brasil, no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, reconheceu, em seu acórdão,⁷ por maioria (com 7 votos favoráveis e 2 contrários⁸), em única e última instância, *a validade e a constitucionalidade da lei de anistia* (Lei nº 6.683)⁹ *perante a*

5 Sobre o cabimento da ADPF no caso, ver: ADPF 130/DF, rel. Min. Ayres Britto, ADPF 33/PA, rel. Min. Gilmar Mendes.

6 Ver petição inicial da OAB em: http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/ADPF_anistia.pdf

7 De acordo com a ementa e o voto do relator, Min. Eros Roberto Grau: a) a lei de anistia é válida e abrange todos os crimes políticos e comuns conexos com os políticos, inclusive os cometidos pelos militares; b) a lei de anistia é uma lei medida (lei de efeitos concretos) e não pode ser julgada inconstitucional perante a nova ordem; 3) a lei de anistia é anterior à convenção da ONU contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes e à lei brasileira de tortura (Lei 9.455/97) e ao art. 5º XLIII; 4) somente o legislativo teria legitimidade para reformar a lei de anistia; 5) a lei de anistia foi ratificada pela EC 26/85, emenda convocatória da Constituição e que, portanto, integra a nova ordem constitucional (STF, ADPF) 153. Em sentido contrário, a jurisprudência da Argentina, do Uruguai, do Chile e do Peru. Para um resumo da situação, ver: Almqvist, Jessica; Espósito, Carlos (coord.). *Justicia transnacional en Iberoamérica*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

8 Em sentido contrário, negando a natureza política dos crimes comuns, notadamente dos crimes hediondos e assemelhados, os votos dissidentes na ADPF 153 dos Mins. Carlos Britto e Lewandowsky.

9 Cfr. “Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e complementares. § 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política”

Constituição de 1988, concluindo, na ementa,¹⁰ que “Afirmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, sua adequação a nova ordem constitucional resulta inquestionável.”

Em 24 de novembro de 2010, a Corte IDH julgou procedente o caso “Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil”, submetido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante Comissão IDH), em 26 de março de 2009. O objeto da ação foram as violações contra os direitos humanos cometidos pela ditadura militar brasileira, durante o período conhecido como Guerrilha do Araguaia¹¹, em face da “implementação insatisfatória”, pelo Estado brasileiro, das recomendações da Comissão. O caso foi considerado “uma oportunidade importante para consolidar a jurisprudência interamericana sobre as leis de anistia com relação aos desaparecimentos forçados e à execução extrajudicial e a consequente obrigação dos Estados de dar a conhecer a verdade à sociedade e investigar, processar e punir graves violações de direitos humanos.”

A Corte IDH, no exercício do controle de convencionalidade perante o Direito Internacional (CADH), decidiu que o Brasil deverá “conduzir eficazmente a investigação penal dos fatos do presente caso a fim de esclarecê-los, determinar as sanções e consequências que a lei disponha” e concluiu que “por se tratar de violações graves de direitos humanos, e considerando a natureza dos fatos e o caráter continuado ou permanente do desaparecimento forçado, o Estado não poderá aplicar a lei de Anistia em benefício dos autores, bem como nenhuma outra lei análoga, prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada, *ne bis in idem* ou qualquer outra excludente similar de responsabilidade para eximir-se dessa obrigação, nos termos dos parágrafos 171 a 179 desta Sentencia (sic.)”¹²

Como se vê, enquanto o STF, intérprete último da Constituição (e dos direitos fundamentais no Brasil),¹³ reconheceu a validade da Lei de Anistia, a Corte IDH, intérprete última dos direitos humanos internacionais e da CADH no sistema interamericano, reconheceu a invalidade da mesma lei.

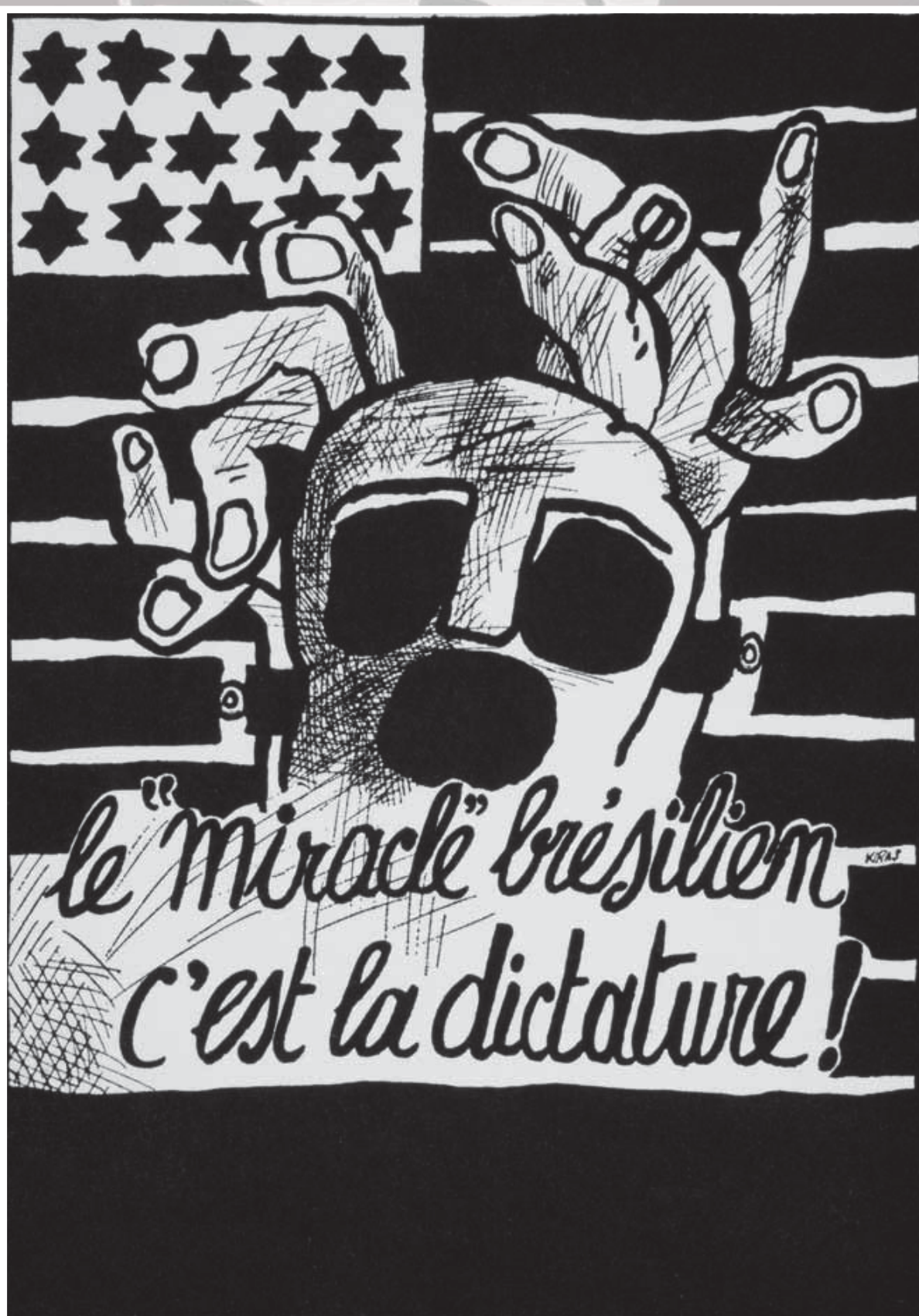
10 Ver nota 7 supra.

11 Dentre os ilícitos cometidos, destaca-se a guerrilha do Araguaia, episódio ocorrido no início da década de 1970, em que um grupo de jovens (em 1972 eram 70) vinculados ao Partido Comunista do Brasil estabeleceu-se na Região do Araguaia (região agrícola e rural no norte do Brasil) para organizar uma guerrilha. O Governo Militar enviou expedições com grande quantidade de militares e policiais para combater referido grupo, tendo praticado, para tanto, diversos crimes como homicídios, torturas e o sequestro dos opositores do regime e de pessoas da região (especialmente camponeses, que eventualmente envolveram-se com referido grupo). O governo militar, apesar de diretamente responsável pelo desaparecimento forçado dessas pessoas, negou a prática dos crimes e os responsáveis até hoje não foram investigados. O destino de muitos dos perseguidos jamais foi revelado, apesar do reconhecimento da morte civil pela Lei 9.140/95.

12 Parágrafo 256 da Sentença da sentença do Caso Gomes Lund e Outros vs. Brasil, Gomes Lund (grifei).

13 Utilizam, normalmente, a expressão direitos fundamentais para tratar dos direitos previstos na constituição autores como: MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 197-210; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 514-530; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 33-41. Utilizam a expressão direitos humanos internacionalistas como: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, volume 1, p. 17-58.





Do conflito entre a jurisdição nacional e a internacional emergem diversos complexos problemas relativos aos direitos humanos e à soberania popular e surgem diversas questões jurídicas relativas aos limites da jurisdição internacional, ao cumprimento dessas sentenças (*enforcement*), à relação entre Constituição e tratados internacionais e à justiça transicional no Brasil,¹⁴ dentre outras. No presente artigo, trataremos apenas do problema do conflito entre jurisdições a partir da perspectiva do direito interno.

3. A SOLUÇÃO PARA O CONFLITO NA INTERPRETAÇÃO DA CORTE IDH

A própria Corte IDH estava consciente da amplitude e profundidade de sua decisão no âmbito da jurisdição constitucional nacional, o que foi expressamente declarado no voto concordante do Juiz *ad hoc* brasileiro Roberto de Figueiredo Caldas que, reiterando a jurisprudência anterior da Corte, diferenciou o controle de convencionalidade (de competência da Corte) do controle de constitucionalidade (das Cortes Nacionais) e afirmou que:

“Para todos os Estados do continente americano que livremente a adotaram, a convenção 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.”

Depois de reconhecer a existência de uma *Constituição supranacional dos direitos humanos*, o voto concordante, em consonância com a jurisprudência da Corte IDH, interpretando o art. 2º da Convenção Interamericana, afirma que “as Constituições nacionais não de ser interpretadas ou, se necessário, até emendadas para manter a harmonia com a Convenção e com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.”¹⁵

Pode-se concluir, então, que na interpretação da Corte IDH: a) a CADH equivale a uma Constituição supranacional referente a Direitos Humanos; 2) o intérprete último da CADH é a Corte IDH no exercício do denominado *controle de convencionalidade*; 3) a interpretação da Convenção pela Corte IDH é cogente para todos os poderes constituídos dos Estados-Parte; 4) a interpretação

¹⁴ Sobre a Justiça de Transição no Brasil, ver: SOARES, Inês Virgínia P. E ZILLI, Marcos. **Anistia, Justiça e Impunidade. Reflexões sobre a Justiça de Transição no Brasil**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010. DIMIOULIS, Dimitri, MARTINS, Antonio, SWENSSON JUNIOR, Lauro Jo-pert e NEUMANN, Ulfri. **Justiça de transição no Brasil**. São Paulo, Editora Saraiva, 2010. SOARES, Inês Virgínia Prado e KISHI, Sandra Akemi Shimada (coord.). **Memória e verdade. A Justiça de Transição no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

¹⁵ Parágrafo 7 do Voto Concorda do Juiz Roberto de Figueiredo Caldas.

da Convenção pela Corte IDH é obrigatória para o poder constituinte dos Estados parte, que deverão emendar sua Constituição em caso de incompatibilidade com a CADH e com a sua jurisprudência; 5) a interpretação da Convenção pela Corte IDH é obrigatória e vinculante para os tribunais nacionais, inclusive para os Tribunais Supremos, que devem interpretar o direito nacional em harmonia com a jurisprudência da Corte IDH.

Com efeito, para a Corte IDH a solução para a controvérsia jurisprudência resolve-se pelo reconhecimento da prevalência da jurisprudência internacional em detrimento da nacional com o consequente reconhecimento de uma Constituição e de uma instância judicial supranacional pelo STF, que deverá reformar a sua jurisprudência para se adequar ao que for decidido pela Corte IDH.

4. A CORTE IDH COMO UMA *SUPERREVISIONINSTANZ*: O ATIVISMO JUDICIAL INTERNACIONAL?

O reconhecimento da existência de uma Constituição Americana dos Direitos Humanos pela Corte IDH e o seu autorreconhecimento como última instância interpretativa dessa Constituição transfere grande poder (e uma parcela da soberania) e responsabilidade para o Tribunal Internacional.

A responsabilidade do Estado em cumprir as decisões da Corte IDH foi aceita no momento em que o Estado aceitou, livremente e voluntariamente, reconhecer a jurisdição da Corte Internacional. Este ato por si só já mitiga uma parte da soberania na medida em que uma decisão que contrarie os interesses do Estado-parte é esperada mais cedo ou mais tarde. Afinal, é também para contrariar os interesses dos Estados em favor dos direitos humanos que uma Corte Regional de direitos humanos, como a Corte IDH, existe.

Este grande poder e esta responsabilidade, porém, impõem uma obrigação de autolimitação para a Corte que não pode ir longe demais ao interpretar conceitos abstratos e vagos como os direitos humanos previstos na CADH. As obrigações a que estão submetidos os Estados devem estar, portanto, previstas no texto da CADH explícita ou implicitamente. Se a Corte IDH resolver ir longe demais, as Cortes nacionais (ou os Estados) podem vir, simplesmente, a deixar de aplicar a sua jurisprudência. Nessa situação, contudo, a responsabilidade do Estado-parte permanece, juridicamente, intacta. Se a Corte IDH resolve ir longe de mais com

frequência, pode vir a ser desacreditada na medida em que sua jurisprudência não alcançará suficiente efetividade.

A Corte IDH, em alguns casos, tem sido vista como uma *Superrevisioninstanz*. De acordo com Von Bogdandy, a Corte IDH pode ser considerado um Tribunal ousado enquanto que a CEDH seria um tribunal tímido.¹⁶ Este artigo não tem como objetivo tratar deste problema mais geral, mas apenas do caso específico do Brasil e das repercussões (e dos limites e das possibilidades) dessa denominada “ousadia” da Corte da Costa Rica para os direitos fundamentais perante a Constituição brasileira.

5. A APLICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH PELO DIREITO NACIONAL: O PROBLEMA DA VINCULAÇÃO DO JUDICIÁRIO

Para que uma instância judicial superior vinculante seja reconhecida pela jurisprudência brasileira e, mais precisamente, pelo STF, é necessário, porém, que haja: 1) no âmbito internacional, uma previsão, expressa ou pelo menos tácita, nas fontes dos direitos humanos internacionais e/ou na Convenção Americana que confira esse poder à Corte IDH; 2) no direito nacional, uma previsão na Constituição (última fonte local do direito) que admita: 2.1) o *status* constitucional, supra constitucional ou equivalente (como um bloco de constitucionalidade) dos tratados de Direitos Humanos Internacionais (e da Convenção Americana); 2) o reconhecimento da vinculação *ipso jure* das Cortes nacionais à jurisprudência da Corte IDH.¹⁷

No presente artigo, será tratado o problema da vinculação da jurisprudência da Corte no direito nacional (item 2 supra) e das possíveis soluções para o impasse no caso de choque entre direitos fundamentais nacionais e direitos humanos internacionais, tendo em vista o caso Gomes Lund vs. ADPF 153.

16 Sobre a comparação de Bogdandy (citada em uma palestra no Simpósio Humboldt na Argentina, na Universidade de Buenos Aires, entre 4 e 6 de outubro de 2010) entre a postura ousada e tímida das Cortes da Costa Rica e Strasbourg sobre uma perspectiva crítica ver AMBOS, Kai e BÖHM, Maria Laura. Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de derechos Humanos: Tribunal tímido y Tribunal Audaz? IN: Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional. Tomo II, AMBOS, Kai, MALARINO; Ezequiel e ELSNER; Gisela. Konard Adenauer, Berlin, 2011, p. 43-69.

17 Em relação à obrigação de se ter em consideração e citar a jurisprudência da Corte IDH dos tribunais de Estados-parte, ratifica-se e se utiliza parte da fundamentação de MALARINO, Ezequiel. Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales. IN: Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional. Tomo II, AMBOS, Kai, MALARINO; Ezequiel e ELSNER; Gisela, p. 425-445.



ATIVIDADE DE FORMAÇÃO DE SERVIDORES E PARCEIROS, BRÁSILIA/DF, 30 DE JANEIRO DE 2012.

FONTE: COMISSÃO DE ANISTIA/ARQUIVO NACIONAL.

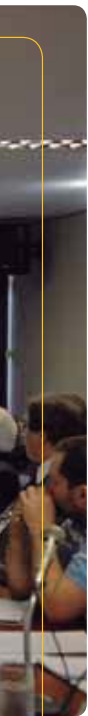
6.1. A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

In casu, o *status* dos tratados internacionais de direitos humanos, tema amplamente debatido pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras, será analisado apenas para se verificar se, na ordem jurídica brasileira, é possível que a jurisprudência da Corte IDH possa ser considerada vinculante para o STF ao interpretar a Constituição. O primeiro pressuposto para que isso ocorra é que os tratados de direitos humanos tenham reconhecido *status* supraconstitucional, formalmente constitucional, ou, pelo menos, materialmente constitucional, como um bloco de constitucionalidade.

6.2. AS TEORIAS SOBRE O *STATUS* DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Existem, na doutrina, quatro teorias sobre o *status* dos tratados internacionais de direitos humanos:

1) a *teoria do status de legalidade* dos tratados de direitos humanos, que seriam equivalentes a leis ordinárias e poderiam ser revogadas por novas leis de acordo com o princípio *lex posterior derogat prior* e *lex specialis derogat generali*; 2) a *teoria do status de supralegalidade* dos tratados



de direitos humanos, que seriam formalmente equivalentes as leis ordinárias e materialmente superiores, por especificarem direitos fundamentais previstos na Constituição, e, portanto, não poderiam ser revogados por leis ordinárias em face da sua superioridade material, integrando um bloco de constitucionalidade; 3) a *teoria do status constitucional* dos tratados de direitos humanos, que teriam o mesmo *status* da Constituição nacional e, portanto, formalmente e materialmente superiores aos demais atos normativos infraconstitucionais, inclusive leis complementares e ordinárias; 4) a *teoria do status de supraconstitucionalidade*, em que os tratados de direitos humanos teriam um valor superior até mesmo à Constituição, impedindo inclusive a reforma constitucional em desfavor da norma prevista pelo tratado de direitos humanos.

6.3. O STATUS DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988, em sua redação original, previa, em seu art. 5º, dedicado aos direitos e garantias individuais, apenas que: “§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Durante a vigência dessa norma, que tratava exclusivamente desse problema, as quatro teorias encontravam defensores no direito nacional. O STF, contudo, reconhecia a tese da legalidade dos tratados internacionais.¹⁸

6.4. O STATUS DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS APÓS A EC/45

Com a Emenda Constitucional 45 (doravante EC/45), foi incluído mais um parágrafo no texto constitucional, que prevê:

“§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

A partir da EC/45 não há mais controvérsia sobre o *status constitucional* dos tratados aprovados por maioria qualificada equivalente ao previsto para o processo de reforma constitucional. Passou-se a diferenciar, contudo, para fins de determinação do status dos tratados, três momentos: 1) os tratados

¹⁸ A jurisprudência do STF admitiu expressamente a tese da legalidade dos tratados internacionais (inclusive de direitos humanos) desde 1977 (no RE 80.004/SE, rel. Min. Xavier de Albuquerque e rel. Para o acórdão Min. Cunha Peixoto, julgado em 1.6.1997, DJ de 29.12.77) e na vigência da Constituição de 1988 (HC 72.131/RJ, relator para o acórdão Min. Moreira Alves, 22.11.95 e ADI 1.480-3/DF, rel. Min. Celso de Melo, em 4.9.97) até que fosse reformada para reconhecer a tese da supralegalidade.

de direitos humanos em vigor antes da Constituição de 1988; 2) os tratados de direitos humanos que entraram em vigor depois da vigência da Constituição de 1988 e até a vigência da EC/45 de 2004; 3) os tratados de direitos humanos que entraram em vigor depois da EC/45 de 2004: 3.1) aprovados com a respectiva maioria qualificada, que têm, indiscutivelmente, *status* constitucional; 3.2) aprovados sem a maioria especial, cujo *status* não fora expressamente explicitado pela norma constitucional.

6.5. O *STATUS* DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NA ATUAL JURISPRUDÊNCIA DO STF

No *leading case* relativo à prisão civil do depositário infiel (HC 87.585/TO e RE 466.343-SP), o STF reconheceu por maioria de 5 (cinco) votos que todos os tratados internacionais (exceto os aprovados segundo o procedimento do § 3º do art. 5º da CF, que são formalmente constitucionais) de direitos humanos possuem *status supralegal*.¹⁹ Uma minoria, de 4 (quatro) votos, seguiu a tese do *status constitucional* dos tratados internacionais.

Inicialmente, o STF entendeu que o conceito de depositário infiel deveria ser interpretado restritivamente de modo a impedir que o alienante fiduciário pudesse ser equiparado ao depositário infiel para fins de prisão civil (hipótese excepcional de prisão civil, prevista pela CF em seu art. 5º “LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”) em face da norma mais benéfica existente na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 7º, “7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”, que veda a prisão civil em qualquer hipótese, exceto a do devedor alimentar).

Logo em seguida, contudo, o STF foi mais longe e impediu a prisão civil do depositário infiel para outros casos,²⁰ tornando inaplicável, embora sem revogá-lo, o disposto no art. 5º, LXVII em

19 “(...) desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do CC de 1916 e com o DL 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do novo CC (Lei 10.406/2002).” (RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3-12-2008, Plenário, DJE de 5-6-2009, com repercussão geral.) No mesmo sentido: HC 98.893-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 9-6-2009, DJE de 15-6-2009; RE 349.703, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3-12-2008, Plenário, DJE de 5-6-2009. Em sentido contrário: HC 72.131, Rel. p/ o ac. Min. Moreira Alves, julgamento em 23-11-1995, Plenário, DJ de 1º-8-2003. Vide: HC 84.484, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30-11-2004, Primeira Turma, DJ de 7-10-2005.

20 “*Habeas corpus*. Prisão civil. Depositário judicial. A questão da infidelidade depositária. Convenção Americana dos direitos humanos (...). Hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Pedido deferido. Ilegitimidade jurídica da decretação da prisão civil do depositário infiel. Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário, como o é o depósito judicial. Precedentes.” (HC 90.450, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-9-2008, Segunda Turma, DJE de 6-2-2009).

face da norma mais favorável aos direitos humanos prevista no art. 7, 7ª da Convenção, como do depositário infiel judicial, e, por fim, acabou editando a Súmula 25, que impediu a prisão civil do depositário infiel em qualquer hipótese.

7. A CONVENÇÃO AMERICANA NO DIREITO BRASILEIRO

A Convenção Americana entrou em vigor no direito interno do Brasil somente em 1992, posteriormente, portanto, a entrada em vigor da CF de 1988 e antes da entrada em vigor da EC/45 de 2004.

De acordo com a atual orientação seguida pelo STF a Convenção Americana possui o *status* de *supralegalidade*, estando, formalmente, em um plano inferior à Constituição, embora materialmente superior as demais leis do ordenamento jurídico.

7.1. A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA EDIÇÃO DA SÚMULA 25

A CF prevê expressamente, em seu art. 5º, que “LXVII - **não haverá prisão civil por dívida, salvo a** do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a **do depositário infiel**”. A Súmula 25 do STF, porém, prevê que “é ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.²¹

A antinomia entre a súmula 25 do STF e o art. 5º, LXVII é evidente. Para resolver essa antinomia, o STF afirmou que a prisão civil seria uma mera faculdade do legislador, que, caso não a regulasse, seria, de qualquer modo, inaplicável e não haveria uma obrigação para o legislador de a regular, o que a tornaria, então, vigente e válida, embora inaplicável.²² Desse modo, não teria havido revogação do art. 5º LXVII da CF que apenas tornou inaplicável a prisão civil do depositário infiel em face da norma mais favorável da Convenção Americana.

21 STF, Súmula 25, Sessão Plenária de 16/12/2009, DJe nº 238 de 23/12/2009, p. 1.

22 “A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel.” (HC 87.585, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 3-12-2008, Plenário, DJE de 26-6-2009.) No mesmo sentido: HC 94.307, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 19-2-2009, Plenário, DJE 6-3-2009; HC 92.356, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 10-2-2009, Primeira Turma, DJE de 13-3-2009; HC 96.118, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 3-2-2009, Primeira Turma, DJE de 6-3-2009; HC 94.090, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 16-12-2008, Primeira Turma, DJE de 17-4-2009; HC 95.120, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 11-11-2008, Segunda Turma, DJE de 14-8-2009; HC 88.240, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 7-10-2008, Segunda Turma, DJE de 24-10-2008. Em sentido contrário: HC 72.131, Rel. p/ o ac. Min. Moreira Alves, julgamento em 23-11-1995, Plenário, DJ de 1ª-8-2003.

Com efeito, ao entender que a Convenção, caso seja mais favorável aos direitos humanos, torna inaplicável expressa disposição constitucional, o STF possibilitou, no direito interno, que as normas de direitos humanos internacionais, notadamente da Convenção, tenham uma eficácia diferenciada no direito brasileiro, tornando inaplicável até mesmo norma constitucional originária.

Portanto, embora reconheça formalmente o *status de supralegalidade* da Convenção Americana, a jurisprudência do STF, especialmente depois da edição da Súmula nº 25, evidencia que a Convenção possui um status diferenciado com consequências mais profundas do que o derivado do simples reconhecimento da supralegalidade: a Convenção Americana pode tornar inaplicável norma constitucional originária restritiva de direitos fundamentais desde que mais favorável aos direitos humanos.

Em todo caso, o *status* supralegal da Convenção reconhecido pelo STF a situa como direito *nacional vigente e válido*, que deve ser interpretado por todos os Tribunais, inclusive pelo próprio STF, que, embora vinculado à Constituição em primeiro lugar, deve também obediência à lei, que se presume constitucional, especialmente se goza de *status* supra legal e especifica direitos fundamentais previstos pela Constituição, integrando um bloco de constitucionalidade.

Como, no sistema americano, o órgão responsável pela interpretação da Convenção em última análise, é a Corte IDH, que exerce o controle de convencionalidade, resta saber: 1) se o STF está vinculado à jurisprudência da Corte IDH (enquanto órgão responsável por interpretar a Convenção, também vigente no Brasil), devendo aplicá-la em qualquer situação; 2) se o STF deve levar em consideração a jurisprudência da Corte para fundamentar os seus acórdãos podendo deixar de aplicá-las quando contrariem normas constitucionais ou aplicá-las, p. ex., quando a norma convencional for mais favorável que a norma nacional e, caso assim seja, quais os parâmetros para aferir a norma mais favorável ou quais outros critérios podem ser utilizados; 3) se a jurisprudência da Corte IDH possui uma importância secundária na interpretação dos direitos fundamentais pelo STF, que pode valer-se dela, caso queira, apenas como *topoi*, servindo somente para melhor fundamentar suas decisões argumentativamente, caso seja pertinente e conveniente em cada caso, como ocorre com o direito estrangeiro.

7.2. A INTERPRETAÇÃO DA CONVENÇÃO AMERICANA PELA CORTE IDH: O PROBLEMA DA VINCULAÇÃO DOS TRIBUNAIS NACIONAIS

O Estado brasileiro reconheceu “como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção”. (Art. 62, 1 da Convenção)

A Corte IDH é o órgão competente para “conhecer de qualquer caso, relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção, que lhe seja submetido.” (Art. 62, 3 da Convenção).

O cumprimento pelo Estado-parte das decisões da Corte também está previsto pela Convenção, *in verbis*:

Em todo caso, o direito nacional pode, independentemente de previsão na Convenção ou na jurisprudência da Corte IDH, estabelecer (por intermédio de sua Constituição) que a jurisprudência da Corte IDH é vinculante para os Tribunais nacionais.

“Artigo 68 - 1. Os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.

2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado”.

Com efeito, a República Federativa do Brasil, enquanto Estado-parte, está obrigada a cumprir os tratados internacionais a que

aderiu e, portanto, de cumprir a decisão da Corte IDH no caso Gomes Araguaia de acordo com o direito internacional, conforme art. 68, 1 da Convenção, sob pena de descumprir uma obrigação internacional, como reconhece o próprio STF:²³

Da obrigação do Brasil com o direito internacional, contudo, não deriva necessariamente, *ipso juris*, uma obrigação de cada Poder constituído, especialmente do Judiciário no sentido de que aplique a interpretação da Corte IDH no âmbito interno.

23 Nesse sentido, ver: “Gostaria (...) de tecer algumas considerações sobre a Convenção da Haia e a sua aplicação pelo Poder Judiciário brasileiro. (...) A primeira observação a ser feita, portanto, é a de que estamos diante de um documento produzido no contexto de negociações multilaterais a que o País formalmente aderiu e ratificou. Tais documentos, em que se incluem os tratados, as convenções e os acordos, pressupõem o cumprimento de boa-fé pelos Estados signatários. É o que expressa o velho brocardo *Pacta sunt servanda*. A observância dessa prescrição é o que permite a coexistência e a cooperação entre nações soberanas cujos interesses nem sempre são coincidentes. Os tratados e outros acordos internacionais preveem em seu próprio texto a possibilidade de retirada de uma das partes contratantes se e quando não mais lhe convenha permanecer integrada no sistema de reciprocidades ali estabelecido. É o que se chama de denúncia do tratado, matéria que, em um de seus aspectos, o da necessidade de integração de vontades entre o chefe de Estado e o Congresso Nacional, está sob o exame do Tribunal. (...) Atualmente (...) a Convenção é compromisso internacional do Estado brasileiro em plena vigência e sua observância se impõe. Mas, apesar dos esforços em esclarecer conteúdo e alcance desse texto, ainda não se faz claro para a maioria dos aplicadores do Direito o que seja o cerne da Convenção. O compromisso assumido pelos Estados-membros, nesse tratado multilateral, foi o de estabelecer um regime internacional de cooperação, tanto administrativa, por meio de autoridades centrais como judicial. A Convenção estabelece regra processual de fixação de competência internacional que em nada colide com as normas brasileiras a respeito, previstas na Lei de Introdução ao CC. Verificando-se que um menor foi retirado de sua residência habitual, sem consentimento de um dos genitores, os Estados-partes definiram que as questões relativas à guarda serão resolvidas pela jurisdição de residência habitual do menor, antes da subtração, ou seja, sua jurisdição natural. O juiz do país da residência habitual da criança foi o escolhido pelos Estados-membros da Convenção como o juiz natural para decidir as questões relativas à sua guarda. A Convenção também recomenda que a tramitação judicial de tais pedidos se faça com extrema rapidez e em caráter de urgência, de modo a causar o menor prejuízo possível ao bem-estar da criança. O atraso ou a demora no cumprimento da Convenção por parte das autoridades administrativas e judiciais brasileiras tem causado uma repercussão negativa no âmbito dos compromissos assumidos pelo Estado brasileiro, em razão do princípio da reciprocidade, que informa o cumprimento dos tratados internacionais. (...) É este o verdadeiro alcance das disposições da Convenção.” (ADPF 172-MC-REF, Rel. Min. Marco Aurélio, voto da Min. Ellen Gracie, julgamento em 10-6-2009, Plenário, DJE de 21-8-2009.)

A vinculação do STF e dos demais Tribunais e juízes nacionais à jurisprudência da Corte IDH não encontra expressa previsão na Convenção, embora a Corte internacional reconheça a sua própria competência enquanto intérprete último do controle de convencionalidade tanto em sua jurisprudência consultiva (prevista pelo art. 64, 1 e 2 da Convenção)²⁴ como contenciosa²⁵ (prevista pelo art. 62, 3 da Convenção).²⁶

Na falta de uma previsão explícita de vinculação na Convenção, o problema da vinculação precisa ser resolvido a partir da interpretação das normas, no âmbito internacional, dos direitos humanos internacionais (da doutrina e da jurisprudência internacionalista) e, no âmbito interno, do direito nacional (do direito constitucional).

Em todo caso, o direito nacional pode, independentemente de previsão na Convenção ou na jurisprudência da Corte IDH, estabelecer (por intermédio de sua Constituição) que a jurisprudência da Corte IDH é vinculante para os Tribunais nacionais.

24 No ejercicio de su competencia consultiva (Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de Junio de 2005, na opinião solicitada pela Comissão IDH) a Corte IDH, embora no caso tenha decidido não dar resposta, refere-se a sua própria jurisprudência como parâmetro para os Tribunais nacionais: „Que la Corte es el órgano del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos encargado de interpretar y aplicar las disposiciones de la Convención, según lo dispone el artículo 62 de la misma, y su jurisprudencia tiene el valor de fuente del Derecho Internacional. Si bien la jurisprudencia citada en los párrafos anteriores se refiere a pronunciamientos de la Corte emitidos en opiniones consultivas, así como respecto de casos y medidas provisionales específicos, dichas decisiones expresan la interpretación y aplicación que el Tribunal ha dado a la normativa convencional que tienen relación con los asuntos planteados en la solicitud de opinión, lo cual también debe constituir una guía para la actuación de otros Estados que no son partes en el caso o las medidas. Los máximos tribunales de diversos Estados que han reconocido la competencia de la Corte han tomado la jurisprudencia de ésta, emitida respecto de otros Estados o en opiniones consultivas, como un parámetro para decidir en asuntos sometidos a su conocimiento.” Na nota 15 ao referido artigo a Corte IDH cita vários casos onde foi seguida a sua jurisprudência por Tribunais nacionais: Cfr. inter alia, “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc.- Causa Nº 17.768-” Sentencia 1767 emitida por la Corte Suprema de Justicia de Argentina el 14 de junio de 2005; Caso Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros. Sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia de Argentina el 7 de julio de 1992; Más de 5,000 ciudadanos. Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional del Perú el 27 de septiembre de 2004; Genaro Villegas Namuche. Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional del Perú el 18 de marzo de 2004; Sentencia 0664/2004-R emitida por el Tribunal Constitucional de Bolivia el 6 de mayo de 2004. Expediente: 2004-08469-17-RAC; Expediente D-4041. Sentencia C-004 de 2003 emitida por la Corte Constitucional de Colombia el 30 de enero de 2003 respecto de una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 220 numeral 3º parcial de la Ley 600 de 2000 del Código de Procedimiento Penal; Sentencia T-1319/01 emitida por la Sala Séptima de la Corte Constitucional de la República de Colombia el 7 de diciembre de 2001 respecto de una acción de tutela relativa a “libertad de opinión, buen nombre y derecho a la vida”; Caso Nro. 002-2002-CC. Justicia ordinaria, justicia militar y unidad jurisdiccional. Resolución Nº 002-2002-CC emitida por el Tribunal Constitucional de Ecuador el 11 de febrero de 2003; Acuerdo y Sentencia Nº 939 emitidos por la Corte Suprema de Justicia del Paraguay el 18 de septiembre de 2002 respecto de una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 5 de la Ley Nº 1444/99 “Ley de Transición”; y Sentencia No. 2313-95 emitida la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica el 9 de mayo de 1995.”

25 Cfr. “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.” Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, § 124.

26 Sobre o problema da vinculação dos Estados à jurisprudência da Corte IDH ver: Alfonso, César. La obligatoriedad de las decisiones de la Corte Humanos desde la perspectiva de distintos países de América del sur. In: Ambos, Kai, Malarino, Ezequiel e Elsner, Gisela (ed). Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos Y derecho penal internacional. Montevideo: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad Adenauer Stiftung, p. 63-79.



52ª CARAVANA DA ANISTIA, FOZ DO IGUAÇU/PR,
13 E 14 DE OUTUBRO DE 2011.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

7.3. A INTERPRETAÇÃO DA CONVENÇÃO AMERICANA NO BRASIL: O PROBLEMA DA VINCULAÇÃO DOS TRIBUNAIS NACIONAIS À JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH

A República Federativa do Brasil é definida como um Estado Democrático de Direito, com fundamento na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF), cujo objetivo, entre outros, é constituir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I da CF), que na ordem internacional é regida pela prevalência dos direitos humanos e pela autodeterminação dos povos (art. 4º, II).

Os §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição asseguram a incorporação dos tratados de direitos humanos aos direitos fundamentais, com status constitucional (§ 3º) ou *supralegal* (§2º, segundo teoria adotada pelo STF), mas nada dizem sobre a incorporação da jurisprudência da Corte IDH pelo direito nacional e, muito menos, sobre a vinculação de suas decisões ao Judiciário brasileiro, o que também não é tratado no capítulo 3 (arts. 92-126), que regulamenta o Poder Judiciário, ou em qualquer outra parte da Constituição.

Com efeito, a Constituição não prevê expressamente a vinculação dos Tribunais locais à jurisprudência da Corte IDH. A admissibilidade de uma vinculação dos tribunais dependeria, portanto, de uma construção judicial dos próprios tribunais brasileiros, que, para isso, teriam que se basear em uma norma constitucional implícita que tampouco é encontrada no direito brasileiro.

7.4. A INTERPRETAÇÃO DA CONVENÇÃO PELO STF: A VINCULAÇÃO DO STF COM FUNDAMENTO NA PRÓPRIA CONVENÇÃO

Ainda que não haja previsão na Constituição, a vinculação dos tribunais brasileiros à jurisprudência Interamericana poderia fundamentar-se na própria Convenção. Nessa hipótese, pode-se sustentar inclusive que a convenção integraria a Constituição (norma com status supralegal, embora infraconstitucional) enquanto integrante do bloco constitucionalidade e, portanto, uma especificação dos direitos fundamentais previstos pela Constituição.

Assim, uma previsão de vinculação a jurisprudência da Corte IDH na Convenção integraria um bloco de constitucionalidade (ou até mesmo a Constituição diretamente, caso a tese da constitucionalidade, derrotada por apenas um voto, passe a ser reconhecida) e poderia tornar vinculante a jurisprudência da Corte IDH para os Tribunais nacionais.

Na Convenção Americana, porém, também não há uma previsão expressa para a vinculação dos Tribunais nacionais à jurisprudência da Corte IDH. O fato de a Corte IDH derivar da Convenção (embora sem expressa previsão) uma norma que afirme a vinculação dos Tribunais nacionais a partir de uma norma mais genérica não exime o STF de interpretar a sua própria Constituição e a Convenção, enquanto norma integrante do direito interno.

A vinculação do STF à jurisprudência da Corte IDH com base na vontade da Corte Internacional, embora sem previsão na Corte IDH, fundamentar-se-ia, portanto, na autoridade da própria Corte. A Convenção seria, então, aquilo que os juízes da Corte IDH dizem que ela é, o que seria uma *petitio principii*. Por outro lado, o STF poderia, com base nos seus próprios argumentos, também fundamentado em sua vontade, simplesmente desconsiderar a jurisprudência da Corte IDH para afirmar que a sua interpretação dos direitos fundamentais e da CADH deve prevalecer em todo caso, decidindo, topicamente, quando deveria levar em consideração a interpretação da Corte IDH da Convenção. O direito internacional dos direitos humanos, porém, encontra-se em uma nova fase em que se procura uma convergência, abertura e confluência entre direitos humanos internacionais e direitos fundamentais nacionais.

7.5 A INTERPRETAÇÃO DA CONVENÇÃO PELO STF: A OBRIGAÇÃO DE LEVAR EM CONSIDERAÇÃO A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH

O STF até agora não reconheceu a jurisprudência da Corte IDH como vinculante nem para ele nem para qualquer outro tribunal, embora tenha conferido especial importância para a Convenção.

É questionável, inclusive, se poderia reconhecê-la em face da falta de previsão, expressa ou implícita, na Constituição, já que o seu reconhecimento desafiaria o princípio da legalidade e da soberania popular.

A utilização da jurisprudência e da doutrina estrangeira, entretanto, tem sido uma prática recorrente do STF, que costuma procurar argumentos no direito (na doutrina e na jurisprudência)²⁷ estrangeiro para melhor fundamentar as suas decisões. Embora referida prática tenha sido questionada ao ser utilizada no direito americano,²⁸ no direito constitucional,²⁹ nos direitos humanos internacionais³⁰ e no direito brasileiro ela é recorrente e está há muito tempo estabelecida e consolidada.³¹

A utilização da jurisprudência e da doutrina estrangeira é apropriada desde que seja amparada em consensos científicos internacionais que venham a ser utilizados pelo Tribunal nacional para melhor fundamentar suas decisões.³² Caso seja utilizado apenas como um argumento de autoridade para legitimar uma decisão voluntarista e casuísta, o direito estrangeiro ou internacional não possui fundamento para ser utilizado.

27 Em vários autores, nota-se a preponderância da influência do direito alemão, como: a) MENDES. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 1996; b) BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001; c) SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. Em outros, verifica-se maiores referências a autores americanos: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996. Mas diversos outros países influenciam o Brasil, destacando-se a influência recente de Portugal e da Espanha, com as obras de autores como GOMES CANOTILHO e JORGE MIRANDA.

28 DORSEN, ROSENFELD, SAJÓ e BAER citam casos em que a Suprema Corte americana utilizou experiências e decisões estrangeiras: "For example, in his dissent in *Printz v. United States*, 521 U. S. 898 (1997), Justice Stephen Breyer referred to German federalism in discussing the constitutional limits of U. S. federal power. More recently, Justice John Paul Stevens's opinion for the Court in *Atkins v. Virginia* cited to a brief of the European Union as amicus curiae in a related case, pointing out that 'within the world community, the imposition of the death penalty for crimes committed by mentally retarded offenders is overwhelmingly disapproved.' 122 Sup. Ct. 2242, 2249 n. 21 (2002)." (DORSEN, Norman et. al. **Comparative Constitutionalism: cases and materials**, preface, p. iii).

29 Segundo DORSEN: "One sign of the cross-fertilization and dialogue in constitutional law is the increasing practices of supreme and constitutional courts to cite to international instruments and foreign decisions. Many newer courts, as in South Africa, and many courts interpreting relatively new constitutional instruments, as in Canada, routinely cite to other jurisdictions. Even some justices of the U.S. Supreme Court, older and more insular that its breathing, have cited foreign cases and foreign examples." DORSEN, Norman et. al. **Comparative Constitutionalism: cases and materials**, preface, p. iii,

30 CANÇADO TRINDADE reconhece, no seu Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos, que "a Declaração e Programa de Ação de Viena resultante da Conferência Mundial de Derechos Humanos de 1993, além de declinar considerável espaço a cada um dos elementos da triade, muito significativa e categoricamente afirmou que a democracia, o desenvolvimento e os direitos humanos são 'interdependentes' e se reforçam mutuamente." TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, vol. 2, p. 204. No mesmo sentido, afirma: "Afastada, no presente domínio, a compartimentalização, teórica e estática da doutrina clássica, entre o direito internacional e o direito interno, em nossos dias, com a interação dinâmica entre um e outro neste âmbito de proteção, é o próprio direito que se enriquece – e se justifica, – na medida em que cumpre a sua missão última de fazer justiça. No presente contexto, o direito internacional e o direito interno interagem e se auxiliam mutuamente no processo de expansão e fortalecimento do direito de proteção do ser humano. Nestes anos derradeiros a conduzir-nos ao final do século, é alentador ao menos constatar que o direito internacional e o direito interno caminham juntos e apontam na mesma direção, coincidindo no propósito básico e último de ambos da proteção do ser humano." TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, volume 1, p. 445.

31 Segundo AMBOS a ciência jurídico-penal alemã exerce "uma grande influência em ordenamentos surgidos a partir do pensamento jurídico continental europeu, especialmente nos países de língua espanhola e nos de língua portuguesa..." AMBOS, Kai. **A Parte Geral do Direito Penal Internacional. Bases para uma elaboração dogmática**, p. 61. Especial importância possui a teoria e a dogmática do direito constitucional alemão e a jurisprudência do TCFA (ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales, p. 23), cujos precedentes são citados com frequência pelo STF, e.g ADI 3112 DF, HC 91.676 RJ, ADPF 130 DF, Pet. 3898 DF, HC 89544 RN, RE 349703 RS etc..

32 Nesse sentido, veja-se: WALDRON, Jeremy. Foreign Law and the Modern *Ius Gentium*, IN: Harvard Law Review, Vol. 119, No. 1 (Nov., 2005), pp. 129-147.

O uso do direito estrangeiro, no segundo caso, deve ser recusado, o que não afeta a necessidade de se recorrer ao direito alienígena no primeiro caso. Nos direitos humanos internacionais, em especial, o mesmo problema é estudado por cientistas de diversos países e decidido por tribunais constitucionais e internacionais, sendo legítima a procura dos melhores argumentos para fundamentar uma decisão nacional com base nos parâmetros argumentativos da comunidade acadêmica internacional.³³ É o que ocorre com as anistias e com os direitos humanos internacionais em que são debatidos pela comunidade científica problemas semelhantes.

No caso da interpretação dos direitos humanos internacionais e especialmente da CADH pela Corte IDH, ainda que se tratasse apenas de direito estrangeiro, deveria ser levada em consideração a interpretação da Corte IDH pelo STF em seus acórdãos que tratam da interpretação dessas fontes normativas por refletir o pensamento internacional dos países que integram o sistema interamericano de direitos humanos. Nesse aspecto, a utilização dos precedentes da Corte IDH seriam mais pertinentes, p. ex., do que os da Corte Europeia de Direitos Humanos pela maior proximidade e similitude os países americanos em relação ao Brasil.

O reconhecimento do Brasil como membro do sistema interamericano de direitos humanos, inclusive com o reconhecimento da jurisdição da Corte IDH, faz com o que a interpretação dos direitos humanos internacionais e da Convenção, mais do que apenas direito estrangeiro, seja uma interpretação cuja validade é vinculante para o Brasil no âmbito internacional e ainda que não seja diretamente vinculante para os tribunais nacionais deve servir como um parâmetro normativo (embora também científico) das fontes normativas de direitos humanos também aplicáveis pelo direito nacional.

A obrigação de o STF (e os demais tribunais nacionais) fundamentarem suas sentenças e acórdãos na interpretação dos direitos humanos pela Corte IDH decorre da sua: 1) *institucionalidade*: é reconhecida oficialmente pelo Estado brasileiro como a última instância, no direito internacional, para interpretar a Convenção Americana, norma que também é vigente no direito brasileiro; 2) *identidade da fonte normativa*, tanto o STF quanto a Corte IDH interpretam a Convenção como fonte vigente de direito, nacional e internacional, respectivamente; 3) *vinculação do Estado perante o direito internacional*: o Brasil (embora não o STF) está obrigado a respeitar essas decisões, que, pelo menos no âmbito internacional, são vinculantes e cogentes;³⁴ 4)

33 WALDRON, Jeremy. *Foreign Law and the Modern Ius Gentium*, pp. 132-133.

34 CANÇADO TRINDADE informa que: “ao ratificarem os tratados de direitos humanos os Estados-partes contraem, a par das obrigações convencionais atinentes a cada um dos direitos protegidos, também *obrigações gerais* da maior importância, consignadas daqueles tratados. Uma delas é a de respeitar e *assegurar o respeito* dos direitos protegidos – o que requer medidas positivas por parte do Estado – e outra é de *adequar o ordenamento jurídico interno* à normativa internacional de proteção. Esta última requer que se adote a legislação necessária para dar efetividade às normas convencionais de proteção, suprimindo eventuais lacunas no direito interno, ou então que se alterem disposições legais nacionais com o propósito de harmonizá-las com as normas convencionais de proteção – tal como requerido pelos tratados de direitos humanos”. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O Direito internacional em um mundo em transformação (Ensaio 1972-2001)**, p. 649-650.

interpretação mais protetiva, uma interpretação mais protetora dos direitos humanos a partir do controle de convencionalidade deveria ser aplicada, se compatível com a Constituição, ou, pelo menos, levadas em consideração pelo STF na fundamentação de seus acórdãos.

7.6. A FUNDAMENTAÇÃO DOS ACÓRDÃOS DO STF E A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH: A IDENTIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH

Para detalhar como poder proceder-se a consideração da jurisprudência Corte IDH pelo direito nacional, caso seja o caso, como ocorre quando o STF está interpretando a CADH, propomos aqui a realização desse processo em 4 etapas conforme defendido pelo Procurador Geral da Argentina no caso Acosta, conforme explicado e detalhado por MALARINO.

Segundo MALARINO, “a fin de cumplir el deber de tener en consideración la jurisprudencia de los órganos interamericanos de derechos humanos los tribunales nacionales deberían al tomar sus decisiones proceder con arreglo a los siguientes pasos:”³⁵

- a) identificação da jurisprudência; 2) identificação da doutrina da jurisprudência; 3) aplicabilidade da doutrina ao caso concreto; 4) compatibilidade da doutrina com o ordenamento jurídico constitucional.³⁶

8. A INTERPRETAÇÃO DA CONVENÇÃO PELO STF: CRITÉRIOS PARA A SOLUÇÃO DO CONFLITO

8.1. O princípio da harmonização dos direitos humanos internacionais com os direitos fundamentais nacionais (*Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes*)

A proeminência dos direitos humanos internacionais foi evidenciada várias vezes pela Constituição de 1988, especialmente para os países da América, que previu: 1) a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito no Brasil (art. 1º, III da CF); 2) como objetivo

³⁵ MALARINO, Ezequiel. Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales. IN: Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional. Tomo II, AMBOS, Kai, MALARINO; Ezequiel e ELSNER; Gisela, p. 443.

³⁶ MALARINO, Ezequiel. Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales, p. 443-445.

do Estado constituir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I da CF); 3) a prevalência dos direitos humanos na ordem internacional (art. 4º, II);³⁷ 4) a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações (art. 4º, § único); 5) uma cláusula de extensão dos direitos humanos internacionais para que fossem incorporados como direitos fundamentais (art. 5º, § 2º da CF); 6) uma cláusula de incorporação de direitos humanos internacionais como direitos formalmente constitucionais (art. 5º, § 3º da CF); 7) competência especializada na Justiça Federal para as causas que envolvam direitos humanos internacionais após procedimento de deslocamento de competência (art. 109, V c/c § 5º da CF); 8) a meta de criação de um tribunal internacional de direitos humanos em suas disposições transitórias (art. 7º do ADCT da CF).

O princípio da harmonização (*friendly*) do direito internacional já foi reconhecido, de modo ainda mais geral (para todo direito internacional e não apenas para os direitos humanos), enquanto um princípio de interpretação do direito nacional em relação ao direito internacional (*Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes*) pelo Tribunal Constitucional alemão, que o reconheceu com fundamento no arts. 1º, 2, 23-26 e 59, 2 da Lei Fundamental.³⁸

Segundo o princípio constitucional da harmonização (*Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes*), o direito nacional deve ser interpretado de modo a se harmonizar com o direito legislativo e jurisprudencial internacional desde que essa interpretação não colida com a Constituição.³⁹

37 O STF ressaltou a importância desse princípio em várias situações: “Extradição e necessidade de observância dos parâmetros do devido processo legal, do estado de direito e do respeito aos direitos humanos. CB, arts. 5º, § 1º, e 60, § 4º. Tráfico de entorpecentes. Associação delituosa e confabulação. Tipificações correspondentes no direito brasileiro. (...) Obrigação do STF de manter e observar os parâmetros do devido processo legal, do estado de direito e dos direitos humanos. Informações veiculadas na mídia sobre a suspensão de nomeação de ministros da Corte Suprema de Justiça da Bolívia e possível interferência do Poder Executivo no Poder Judiciário daquele país. Necessidade de assegurar direitos fundamentais básicos ao extraditando. Direitos e garantias fundamentais devem ter eficácia imediata (cf. art. 5º, § 1º); a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos deve obrigar o Estado a guardá-los estrita observância. Direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição (art. 60, § 4º). (...) Em juízo tópico, o Plenário entendeu que os requisitos do devido processo legal estavam presentes, tendo em vista a notícia superveniente de nomeação de novos ministros para a Corte Suprema de Justiça da Bolívia, e que deveriam ser reconhecidos os esforços de consolidação do Estado Democrático de Direito naquele país.” (Ext 986, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 15-8-2007, Plenário, DJ de 5-10-2007.) No mesmo sentido: “No Estado de Direito Democrático, devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. (...) A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem.” HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Presidente Mauricio Corrêa, julgamento em 17-9-2003, Plenário, DJ de 19-3-2004.

38 BVerfGE 63, 343 (370), Rechtshilfevertrag e BVerfGE 111, 307 (317 f) Görgülü.

39 Cfr. BVerfG, 2 BvR 2365/09 vom 4.5.2011, Absatz-Nr. (1 - 178), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20110504_2bvr236509.htm „a) Die Europäische Menschenrechtskonvention steht zwar innerstaatlich im Rang unter dem Grundgesetz. Die Bestimmungen des Grundgesetzes sind jedoch völkerrechtsfreundlich auszulegen. Der Konventionstext und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte dienen auf der Ebene des Verfassungsrechts als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes (BVerfGE 74, 358 <370>; stRspr). b) Die völkerrechtsfreundliche Auslegung erfordert keine schematische Parallelisierung der Aussagen des Grundgesetzes mit denen der Europäischen Menschenrechtskonvention (vgl. BVerfGE 111, 307 <323 ff.>). c) Grenzen der völkerrechtsfreundlichen Auslegung ergeben sich aus dem Grundgesetz. Die Berücksichtigung der Europäischen Menschenrechtskonvention darf nicht dazu führen, dass der Grundrechtsschutz nach dem Grundgesetz eingeschränkt wird; das schließt auch die Europäische Menschenrechtskonvention selbst aus (vgl. Art. 53 EMRK). Dieses Rezeptionshemmnis kann vor allem in mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen relevant werden, in denen das „Mehr“ an Freiheit für den einen Grundrechtsträger zugleich ein „Weniger“ für den anderen bedeutet. Die Möglichkeiten einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung enden dort, wo diese nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung und Verfassungsinterpretation nicht mehr vertretbar erscheint.

No direito brasileiro, a aplicação do princípio da harmonização dos direitos humanos encontra fundamento nos arts. 1º, III, 3º, I art. 4º, II e § único, art. 5º, § 2º e § 3º da CF. De acordo com ele, os juízes e tribunais brasileiros, inclusive o STF, deverão interpretar os direitos fundamentais previstos pela Constituição sempre de modo a procurar uma interpretação que se concilie com o texto da Convenção Americana e dos tratados internacionais de direitos humanos (o que já é reconhecido pela jurisprudência do STF, conforme súmula 25) e com a doutrina e a jurisprudência dos direitos humanos internacionais até o limite em que seja admitido pela interpretação jurídica e constitucional ou, como afirmou o TCFA: “As possibilidades do princípio da harmonização encerram onde os métodos de interpretação da lei e da Constituição não forem mais admissíveis.”⁴⁰

De acordo com esse princípio, o STF deve tentar, então, harmonizar a sua interpretação dos direitos fundamentais de acordo com a jurisprudência da Corte IDH, deixando de aplicá-la somente se a jurisprudência internacional ultrapassar os limites dos direitos fundamentais da Constituição brasileira de acordo com os métodos de interpretação legal e constitucional.

8.2. O princípio *pro homine*: a interpretação conforme a Convenção dos direitos humanos que prevejam a norma mais protetora dos direitos e liberdades e a prevalência dos direitos humanos.

Os direitos e garantias individuais gozam de especialíssima proteção constitucional de modo que não podem ser alterados de modo a diminuir a sua proteção, até mesmo as emendas tendentes a abolir esses direitos são vedadas, já que se constituem em cláusula *pétrea* (art. 60, § 4º, IV).

De igual importância para a compreensão do papel basilar dos direitos humanos é o princípio da prevalência dos direitos humanos, que garante a sua preponderância em todos os casos, conforme reconhecido pelo STF:

“É que o Estado brasileiro – que deve obediência irrestrita à própria Constituição que lhe rege a vida institucional – assumiu, nos termos desse mesmo estatuto político, o gravíssimo dever de sempre conferir prevalência aos direitos humanos (art. 4º, II)”.⁴¹

40 No original: „Die Möglichkeiten einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung enden dort, wo diese nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung und Verfassungsinterpretation nicht mehr vertretbar erscheint.“ BVerfG, 2 BvR 2365/09 vom 4.5.2011, Absatz-Nr. (1 - 178), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20110504_2bvr236509.htm

41 Cfr. “A essencialidade da cooperação internacional na repressão penal aos delitos comuns não exonera o Estado brasileiro – e, em particular, o STF – de velar pelo respeito aos direitos fundamentais do súdito estrangeiro que venha a sofrer, em nosso País, processo extradicional instaurado por iniciativa de qualquer Estado estrangeiro. O fato de o estrangeiro ostentar a condição jurídica de extraditando não basta para reduzi-lo a um estado de submissão incompatível com a essencial dignidade que lhe é inerente como pessoa humana e que lhe confere a titularidade de direitos fundamentais inalienáveis, dentre os quais avulta, por sua insuperável importância, a garantia do *due process of law*. Em tema de direito extradicional, o STF não pode e nem deve revelar indiferença diante de transgressões ao regime das garantias processuais fundamentais. É que o Estado brasileiro – que deve obediência irrestrita à própria Constituição que lhe rege a vida institucional – assumiu, nos termos desse mesmo estatuto político, o gravíssimo dever de sempre conferir prevalência aos direitos humanos (art. 4º, II). Ext 633, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 28-8-1996, Plenário, DJ de 6-4-2001.

A proteção dos direitos e garantias individuais pode, portanto, ser maximizada, mas não minimizada, em relação ao que fora garantido pela Constituição, conforme já reconheceu o STF.⁴² Com as cláusulas de inclusão de novos direitos através de tratados internacionais de direitos humanos (art. 5º, §§ 2 e 3º) podem surgir novos direitos fundamentais de modo a ampliar a sua proteção, mas não diminuí-la.

Uma questão relevante é saber o que ocorrerá caso venha ser garantido um novo direito fundamental por via de um tratado internacional de direitos humanos: ele pode ser posteriormente reduzido? No caso da convenção americana, a questão é ainda mais relevante já que há uma norma interpretativa que impede uma interpretação menos favorável ao homem, nos termos do art. 29, *in verbis*:

“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;

42 Cfr. “Ilegitimidade jurídica da decretação da prisão civil do depositário infiel. Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário. Precedentes. Tratados internacionais de direitos humanos: as suas relações com o direito interno brasileiro e a questão de sua posição hierárquica. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7º, n. 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana. Relações entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º, § 2º e § 3º). Precedentes. Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de supra legalidade? Entendimento do relator, Min. Celso de Mello, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos. (...) Hermenêutica e direitos humanos: a norma mais favorável como critério que deve reger a interpretação do Poder Judiciário. Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. Aplicação, ao caso, do art. 7º, n. 7, c/c o art. 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): **um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano.**” (HC 91.361, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-9-2008, Segunda Turma, DJE de 6-2-2009, grifei)





(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.”

Ao aderir à Convenção, o Brasil reconheceu a vigência desse princípio hermenêutico na ordem interna (com *status supraconstitucional*) e somente com a eventual denúncia do tratado deixaria de ser o mesmo vigente de modo que deverá prevalecer no direito brasileiro a interpretação dos direitos humanos que ampliem os direitos e liberdades (art. 29, a da Convenção).

Desse modo, o STF interpretará os direitos fundamentais de modo a garantir a ampliação da proteção dos direitos e liberdades, não podendo interpretá-los restritivamente, o que, de fato, foi feito no *leading case* relativo a prisão civil do depositário infiel em que a norma mais benéfica ao ser humano prevaleceu, tornando sem eficácia a legislação infraconstitucional fundamentada em norma constitucional menos protetiva (a que garantia a prisão civil). Nesse sentido, é bastante clara a emenda do acórdão do RE 466.343-1 SP:

“PRISÃO CIVIL.

Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. ***Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).*** Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito” (grifei)

A garantia de eternidade (art. 60, §4º, IV da CF), as cláusulas de inclusão (art. 5, §§ 2º e 3º) e o princípio da prevalência dos direitos humanos (Art. 4º, II) evidenciam a existência de um princípio de interpretação dos direitos fundamentais da Constituição de 1988 que garante que seja feita a maior proteção possível dos direitos e liberdades em conformidade com a Convenção (o art. 29 da Convenção). Somente quando a interpretação menos favorável faça parte do núcleo da Constituição expressamente é que se poderia limitar o direito e a liberdade de modo mais abrangente do que a convenção o fez. Mesmo nesse caso, o STF já entendeu de outro modo no mencionado acórdão *supra* já que tornou inaplicável a norma constitucional que tornava possível limitar o nível de proteção do direito à liberdade no caso da prisão civil por dívida.

Assim, pode-se reconhecer no direito brasileiro a existência de um *princípio da interpretação conforme a Convenção dos direitos humanos que prevejam a norma mais protetora dos*

direitos, garantias e liberdades fundamentais (art. 60, §4º, IV da CF, art. 5, §§ 2º e 3º e art. 29 da Convenção).

Desse modo, o STF, para recusar a interpretação da Convenção reconhecida pela jurisprudência da Corte IDH em uma mesma situação que vier a ser decidida pelo STF, esse Tribunal deve decidir que a interpretação da Corte Internacional é menos protetora dos direitos e liberdades do que a interpretação conferida pelo próprio STF.

8.1. A TEORIA DO ATO *ULTRA VIRES*: OS LIMITES INTERPRETATIVOS DA CORTE IDH

Caso a jurisprudência da Corte IDH ultrapasse os limites dos direitos fundamentais previstos pela Constituição brasileira de acordo com os métodos de interpretação legal e constitucional e estabeleça norma mais limitadora do direito ou liberdade, o STF não poderá aplicar a interpretação do Tribunal internacional.

Como a Corte IDH está vinculada à Convenção, uma interpretação que contrarie o princípio *pro homine* seria por si só um ato que exorbita de sua competência convencional no direito internacional e, portanto, um ato *ultra vires*.

Sob a perspectiva nacional, a interpretação que ultrapasse os limites dos métodos de interpretação (legal e constitucional) também seria inaplicável pelo STF, já que exorbita a competência legal da Corte IDH, e consistiria em um ato *ultra vires*.

A obrigatoriedade de levar consideração a jurisprudência da Corte IDH pelos Estados que reconheceram a sua competência não obriga que os Tribunais de um Estado Democrático de Direito vinculem-se (seguindo) o entendimento da Corte quando a interpretação internacional contrariar os direitos fundamentais previstos na Constituição.

A prática de ato da Corte IDH que seja *ultra vires*, portanto, não é vinculante para o STF, conforme a teoria do ato *ultra vires* desenvolvida pelo TCFA.⁴³ Na interpretação dos direitos fundamentais, porém, o ato somente poderá ser considerado *ultra vires* e, então, inaplicável caso seja reconhecido pelo STF que a interpretação internacional é menos favorável aos direitos humanos e que ela não pode, de modo algum, harmonizar-se com a proteção mais ampla conferida pela Constituição nacional aos direitos fundamentais.

43 Sobre os limites da atuação do Tribunal Europeu e do Tribunal Europeu de direitos humanos e o ato *ultra vires* na jurisprudência do TCFA ver: BVerfG, 2 BvR 2661/06 vom 6.7.2010, Absatz-Nr. (1 - 116), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20100706_2bvr266106.html, BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. (1 - 421), http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html, BVerfG, 2 BvL 1/97 vom 7.6.2000, Absatz-Nr. (1 - 69), http://www.bverfg.de/entscheidungen/l20000607_2bvl000197.html e

9. CONCLUSÃO: UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO PARA O CONFLITO, O DIREITO DAS VÍTIMAS VS. DIREITO DOS ACUSADOS, UMA PONDERAÇÃO

No julgamento da ADPF 153, a Convenção Americana quase não foi citada (apenas dois Ministros o fizeram) e a jurisprudência da Corte IDH sobre anistias e responsabilização criminal de autores de crimes contra a humanidade na América Latina (já há muito consolidada pela Corte) também não foi tratada.⁴⁴

Como vimos nesse artigo, o STF não está obrigado a seguir a jurisprudência da Corte IDH, mas tem a obrigação de considerá-la em seus julgados e de fundamentar os seus acórdãos em caso de discordância quando se interpretar a mesma fonte normativa: a Convenção Americana.

Na própria ADPF 153, o direito estrangeiro é, por diversas vezes, citado, até mais do que a jurisprudência da Corte IDH, que é porém, mais importante para o direito brasileiro em face da *institucionalidade* da Corte, da *similitude da fonte normativa*, da *vinculação do Brasil perante o direito internacional* e da necessidade de conferir interpretação mais protetiva aos direitos humanos.

É possível que o STF mantenha ao julgar os Embargos interpostos na ADPF 153,⁴⁵ ou em outra eventual ação ou recurso judicial (como nos recursos relativos às denúncias pelo crime de desaparecimento forçado recentemente feito pelo STF, assim que cheguem a essa Corte), o seu atual entendimento em relação à validade da lei da anistia.

Para isso, porém, seria indispensável a interpretação da convenção e seria importante, também, que se verificasse antes se é possível harmonizar uma outra interpretação da Constituição com os direitos humanos internacionais e com a jurisprudência da Corte IDH.

44 Ver: Caso Velásquez Rodríguez, Corte IDH 1988, (ser. C), Nº 4, para. 175 (29 de Julho de 1988). Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre et al. V. Peru), 2001, Corte IDH, (ser. C), Nº 75, (14 de Março de 2001). “Almonacid Arellano y otros vs. Chile” (2006), “la Masacre de la Cantuta vs. Peru” (2006) e “la Masacre de la Rochela vs. Colômbia” (2007),

45 Em 16 de março de 2011, a OAB interpôs embargos de declaração com efeito modificativo solicitando a reforma do acórdão. A jurisprudência do STF admite Embargos com efeito modificativos do acórdão anterior. Cfr. Embargos de declaração em recurso extraordinário. Possibilidade de atribuição de efeitos modificativos ao recurso. Situação fática a recomendar a pronta resolução do litígio”. STF. EMB. DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 631.102 PARÁ, Relator Min. Joaquim Barbosa, relator para o acórdão Min. Dias Toffoli, DJe 02/05/2012. A Procuradoria Geral da República manifestou-se pela inadmissibilidade dos Embargos, que ainda não foram julgados pelo STF.

Caso o faça, poderia sustentar, p. ex., sua decisão no fato de o sequestro ser um crime permanente no direito brasileiro, conforme já reconhecido pelo próprio STF na operação Condor, na necessidade de responsabilizar crimes contra a humanidade, na invalidade (e inconstitucionalidade) da lei de anistia.

Caso não o faça, poderia afirmar que a sua interpretação é mais favorável aos direitos e liberdades fundamentais (recorrendo, então, ao princípio da irretroatividade e da legalidade da lei penal, da segurança jurídica, da anterioridade, do *ne bis in idem etc.*) do que a da Corte IDH. Nessa situação, contudo, a Corte, ao condenar o Brasil, poderá ter praticado um ato *ultra vires* ao ultrapassar os limites interpretativos da Convenção.

Não é comum que as Supremas Cortes digam que um Tribunal ou órgão estrangeiro praticaram um ato *que extrapola de sua competência*. Ainda assim, é importante que a convenção – e os tratados internacionais enquanto direito vigente nacional com *status* supralegal – sejam interpretados e que seja esclarecido pelo STF qual o papel da jurisprudência da Corte IDH no sistema jurídico brasileiro e qual concepção de direitos fundamentais prevalece no Brasil.

Afinal, uma Suprema Corte ativista em matéria de direitos fundamentais, que recentemente estabeleceu a fidelidade partidária,⁴⁶ a possibilidade de se realizar pesquisas com células tronco,⁴⁷ o reconhecimento da união homossexual como entidade familiar,⁴⁸ o aborto do feto anencefálico, as ações afirmativas, dentre outros temas, deve esclarecer qual a relação entre esses mesmos direitos fundamentais e os direitos humanos internacionais e justificar a razão pela qual sua interpretação é a mais adequada,⁴⁹ já que, de todo modo, em última análise, para o direito vigente nacional, os direitos fundamentais são, em certa medida, aquilo que for interpretado pelo STF.⁵⁰

46 **ADI 3.999** e **ADI 4.086**, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, julgamento em 12-11-2008, Plenário, *DJE* de 17-4-2009.)

47 **ADI 3.510**, Rel. Min. **Ayres Britto**, julgamento em 29-5-2008, Plenário, *DJE* de 28-5-2010

48 **RE 477.554-AgR**, Rel. Min. **Celso de Mello**, julgamento em 16-8-2011, Segunda Turma, *DJE* de 26-8-2011. **No mesmo sentido: ADI 4.277** e **ADPF 132**, Rel. Min. **Ayres Britto**, julgamento em 5-5-2011, Plenário, *DJE* de 14-10-2011

49 Uma teoria adequada dos direitos fundamentais precisa reconhecer o caráter deontológico dos princípios para que se possa fazer uma reconstrução racional, coerente e adequada do direito vigente para estabelecer a melhor decisão para cada caso e “encontrar entre as normas aplicáveis *prima facie* aquela que se adapta melhor à situação de aplicação descrita de modo possivelmente exaustivo e sob todos os pontos de vista relevantes.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, Volume I, p. 322-323

50 Neste diapasão, ALEXY afirma que: “Lo que hoy son los derechos fundamentales es definido, principalmente, sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. La ciencia de los derechos fundamentales - no obstante la controversia de la fuerza de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal - se ha convertido, en una apreciable medida, en una ciencia de la jurisprudencia constitucional.” ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 23

O CONFLITO ENTRE DIREITO NACIONAL E INTERNACIONAL: A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS VS. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ENEAS ROMERO DE VASCONCELOS

George-August Universität Göttingen

Promotor de Justiça (Ministério Público-CE)

Resumo: O presente artigo trata do conflito de jurisdição entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Caso Araguaia) e o Supremo Tribunal Federal (ADPF 153) sobre a aplicação da lei de anistia. Depois de analisar o status das normas de direitos humanos internacionais no direito brasileiro, o artigo procura verificar se há vinculatividade ou, pelo menos, obrigatoriedade, de ter-se em consideração as decisões da Corte IDH pelo STF. Defende-se, no final, a obrigatoriedade de interpretar a convenção e ter em consideração a jurisprudência da Corte IDH e a aplicação do princípio (1) da harmonização dos direitos humanos internacionais com os direitos fundamentais nacionais e (2) do princípio da interpretação conforme os direitos humanos que prevejam a norma mais protetora dos direitos e liberdades para a solução do caso no direito brasileiro, tendo em vista a ponderação entre os direitos da vítima e dos acusados.

Palavras Chave: Direitos Humanos e Fundamentais – Constituição – Direito Internacional – Corte Interamericana – STF – Conflito de Jurisdição – Princípios

Abstract: This article addresses the problem of jurisdiction conflict between Inter-American Court of Human Rights (Case Araguaia) and the Brazilian Supreme Court (ADPF 153) in regard to the application of the Brazilian amnesty law. After analyzing the status of international human rights treaties under Brazilian Constitution, it analyzes if the decision of the Inter-American Tribunals are binding on the national tribunals or must be taken in consideration by the Brazilian case Law. Then it is advocated that the convention is binding on Brazilian law (although not with Constitutional status) and the international decision must be taken in consideration. In order to solve the conflict we propose the application of two principles: (1) principle of friendly interpretation of international human rights law and (2) the interpretation of human rights according to the most protective right or freedom can give the adequate tools to solve the conflict upon Brazilian law by the Supreme Court. At the end the problem will come out to a balancing between the rights of the victims and the rights of the accused.

Key words: Human and Fundamental Rights – Constitution – International Law – Inter-American Court – STF – Jurisdiction Conflict – Principles



COMÍCIO PRÓ-DIRETAS NA PRAÇA DA SÉ, SÃO PAULO/SP, 25 DE JANEIRO DE 1984.

CRÉDITO: ROLANDO DE FREITAS/AE