

A HIERARQUIA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS E O CUMPRIMENTO DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Flávia Martins Affonso[†]

Resumo: Buscará o artigo abordar, em síntese, como a Jurisdição nacional vem incorporando as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, traçando, previamente, um breve esboço a respeito da Jurisdição interamericana, não podendo deixar de perpassar, contudo, pelas discussões, em território pátrio, da hierarquia dos tratados de direitos humanos.

Palavras-chaves: Hierarquia dos tratados de direitos humanos. Jurisdição interamericana. Cumprimento de suas decisões no Brasil.

THE HIERARCHY OF HUMAN RIGHTS TREATIES AND COMPLIANCE WITH THE INTERAMERICAN HUMAN RIGHTS COURT DECISIONS

Abstract: This paper analyses, in short, how the national jurisdiction has been incorporating the decisions of the Inter-American Court of Human Rights, drawing, previously, a brief outline also about the inter-American jurisdiction as the hierarchy of human rights treaties in Brazil.

Keywords: Hierarchy of human rights treaties. Inter-American

[†] Mestranda no Instituto Brasiliense de Direito Público- IDP, Curso Constituição e Sociedade. Especialização em Processo Civil, pelo Instituto Brasiliense de Direito Público e pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Especialização em “Globalização, Justiça e Segurança Humana”, pela Escola Superior do Ministério Público da União- ESMPU. Advogada da União. Ex-advogada da Caixa Econômica Federal.

jurisdiction. Compliance with its decisions in Brazil.

Sumário: 1. Breves considerações sobre os tratados internacionais de direitos humanos. 2. Jurisdição Interamericana. 3. Controle de convencionalidade: a hierarquia dos tratados de direitos humanos. 4. Decisões de cumprimento no Brasil. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS:



Onto de partida, ao tratarmos da matéria, deve ser a busca pela classificação do que seriam direitos humanos. Isso porque, por muitas vezes, vem se confundir com a lista do que seriam os próprios direitos fundamentais. Contudo, poderíamos estabelecer que, enquanto os direitos humanos corresponderiam valores superiores mínimos a serem alcançados, pelos Estados, na proteção do homem, estando associados à ideia de dignidade da pessoa humana, não observando fronteiras entre os Estados, mas alçados ao patamar de proteção do Direito Internacional Público, os direitos fundamentais seriam aqueles valores já positivados, no âmbito de cada ordenamento, estabelecendo limites à atuação destes. Nesse sentido, os direitos humanos seriam transfronteiriços, enquanto os fundamentais aqueles positivados pelas Cartas de cada Estado.

Nesse sentido, Valerio de Oliveira Mazzuoli vem defender, em seu Curso de Direito Internacional Público:

A premissa de que os direitos humanos são inerentes a qualquer pessoa, sem quaisquer discriminações, revela o fundamento anterior desses direitos relativamente a toda forma de organização política, o que significa que a proteção dos direitos humanos não se esgota nos sistemas estatais de proteção, podendo ir muito mais além, ultrapassando as fronteiras nacionais até chegar ao patamar em que se encontra o Direito

Internacional Público.¹

Esse mesmo autor vem estabelecer que, enquanto a expressão “direitos do homem” seria de cunho mais naturalista que jurídico-positiva, a expressão “direitos fundamentais” seria mais afeta à proteção constitucional dos direitos dos cidadãos, ligando-se aos aspectos e matizes constitucionais; por sua vez, os direitos humanos seriam aqueles inscritos (positivados) em tratados ou em costumes internacionais, já tendo ascendido ao patamar de Direito Internacional Público.

Por fim, vem apontar também Mazzuoli que a Constituição Federal utilizou esse critério técnico, ao empregar a expressão “direitos fundamentais” para as normas internas (art. 5º, §1º, da CRFB) enquanto direitos humanos para se referir às normas internacionais de proteção da pessoa humana (art. 5º, §3º, da CRFB). Nesse sentido, apresenta o fundamento de que, quando a Constituição quer se referir indistintamente aos direitos constitucionais e aos direitos internacionais, não faz qualquer menção às expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, silenciando no emprego ostensivo de uma ou de outra (art. 5º, §2º, da CRFB).²

Tendo abrangência maior que os direitos fundamentais, os direitos humanos podem ser vindicados indistintamente por todo e qualquer cidadão do planeta e em quaisquer condições, se fundamentando no valor que se atribui a cada pessoa humana pelo simples fato de sua existência.

Sendo a dignidade um atributo intrínseco da pessoa humana, compreendendo um valor supremo³, que atrairia o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, seu direito, juntamente ao direito ao reconhecimento da própria natureza da pessoa humana, traduziriam conceitos essenciais para se com-

¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 479.

² *Ibidem*, p. 479-481.

³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ª ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Malheiros, 1999, p. 109.

prender o sentido dos direitos humanos.

Diante desse caráter transnacional dos direitos humanos, que suplanta as fronteiras entre os Estados e dispensa o seu reconhecimento formal para a observância pelos próprios Estados, não estando preso, por isso, ao critério da reciprocidade, defende-se a necessidade, para a consecução desse objetivo, que seja conferida aos indivíduos a personalidade jurídica internacional. Assim, ao tratarmos desses direitos, devemos reconceitualizar a soberania externa, que não deve ser encarada pelo ângulo dos Estados, mas da “autonomia dos povos”.

Como nos ensina o jurista André de Carvalho Ramos⁴:

Por isso, afirmamos que os tratados de direitos humanos não são tratados multilaterais tradicionais, concluídos para a troca recíproca de benefícios entre os Estados contratantes. Seu objetivo é a *proteção dos direitos humanos*, independentemente da nacionalidade, gerando para isso uma *ordem legal internacional que visa beneficiar, acima de tudo, o indivíduo*.

Na superação do princípio da reciprocidade na elaboração de convenções de direitos humanos é necessário sempre recordar o papel do Direito Internacional Humano, que contribui para a instauração de um sistema no qual a obrigação era exigida do Estado, não importando a conduta ilícita do outro Estado-parte do tratado.

José Gomes Canotilho, por sua vez, ao defender a tese do constitucionalismo global, estabelece, de forma sintética, os seguintes traços caracterizadores, merecendo destaque a elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos⁵:

Tentemos aceitar as sugestões do chamado constitucionalismo global. O que ele nos propõe? Quais são os seus princípios e as suas regras? De uma forma sintética, os traços caracterizadores deste novo paradigma emergente são os se-

⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 29.

⁵ CANOTILHO, Joaquim Jose Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 13.

guintes: (1) alicerçamento do sistema jurídico-político internacional não apenas no clássico paradigma das relações horizontais entre estados (paradigma hobbesiano/westfaliano, na tradição ocidental) mas no novo paradigma centrado nas relações entre Estado/povo (as populações dos próprios estados); (2) emergência de um *jus cogens* internacional materialmente informado por valores, princípios e regras universais, progressivamente plasmados em declarações e documentos internacionais; (3) tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos.

Assim, no que diz respeito aos direitos humanos, deve ser abandonado o clássico paradigma das relações horizontais entre os Estados, assentando-se no paradigma da relação entre Estado/povo, em observância a um *jus cogens* internacional, materialmente informado por valores, princípios e regras universais.

2. JURISDIÇÃO INTERAMERICANA:

Há quatro diplomas normativos principais que compõem o chamado “sistema interamericano de direitos humanos”: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), a Carta de Organização dos Estados Americanos (1948), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), e também o Protocolo de San Salvador, assinado em 1988, relativo aos direitos sociais e econômicos.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada em São José da Costa Rica, em 1969, no seio da Conferência Especializada de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), restou incorporada definitivamente, no Brasil, pelo Decreto- Legislativo nº 27, em 1992, enquanto a data de incorporação do sistema interamericano de justiça no ordenamento interno somente se deu em 1998, por meio do Decreto Legislativo nº 89, tendo encaminhado o Brasil nota ao Secretário-Geral da OEA, no dia 10 de dezembro de 1998, reconhecendo a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de

Direitos Humanos. Tal reconhecimento foi promulgado, internamente, pelo Decreto 4.463 de oito de novembro de 2002.

O tratado conhecido como Pacto de São José da Costa Rica é hoje, segundo André de Carvalho Ramos, o principal diploma de proteção de direitos humanos por diversos motivos: (a) pela abrangência geográfica, uma vez que conta com 24 Estados signatários; (b) pelo catálogo de direitos civis e políticos; (c) pela estruturação de um sistema de supervisão e controle das obrigações assumidas pelos Estados, que conta, inclusive, com uma Corte de Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede em São José da Costa Rica⁶.

O sistema interamericano jurisdicional de tutela de direitos humanos é formado pela Comissão Interamericana mais a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão interamericana, nos termos do art. 41 da Convenção Americana, além de desempenhar a função primordial de promotora da observância e proteção de dos direitos humanos na América, submete à apreciação da Corte Interamericana casos de violação dos direitos humanos perpetrados pelos Estados partes.

É de se notar que a Comissão Interamericana foi criada antes da Convenção Interamericana, na Quinta Reunião de Consulta de Ministros das Relações Exteriores, celebrada em Santiago do Chile em 1959, que adotou importantes resoluções relativas ao desenvolvimento e fortalecimento do sistema interamericano de direitos humanos. A Declaração de Santiago proclamaria que:

La armonía entre las Repúblicas americanas sólo puede ser efectiva en tanto el respeto de los derechos humanos y

⁶ RAMOS, André de Carvalho. *O Diálogo das Cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Texto sugerido como de literatura base na disciplina Direito Constitucional Internacional, ministrada pelo professor Doutor Márcio P. P. Garcia, no Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP.

de las libertades fundamentales y el ejercicio de la democracia representativa sean una realidad en el ámbito interno de cada una de ellas.

Nessa reunião, na Parte I da Resolução, se encomendou ao Conselho Interamericano de Jurisconsultos a elaboração de um projeto de Convenção sobre direitos humanos, bem como a criação de uma Corte Interamericana de Proteção de Direitos Humanos e de outros órgãos adequados para a tutela e observância dos mesmos.

A Comissão, então, era órgão vinculado à Organização dos Estados Americanos- OEA, regida inicialmente por seus estatutos, qualificada como entidade autônoma, representativa de todos os estados-membros da OEA, com a função de atuar em nome dessa organização, estabelecendo-se que os direitos humanos tutelados pela Comissão seriam aqueles consagrados na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

Finalmente, com a elaboração e aprovação da Convenção Americana de Direitos Humanos, em 22 de novembro de 1969, a Convenção Americana foi escolhida como órgão internacional de investigação, conciliação e persecução em juízo de alegadas violações aos direitos humanos protegidos também no sistema da Convenção.

Por sua vez, a Corte Interamericana de direitos humanos, nos termos do art. 64 da Convenção Americana sobre direitos humanos, possui tanto atribuição consultiva, para todos os Estados membros da OEA e órgãos de organização, como contenciosa, para exclusivamente aqueles que aceitaram a competência contenciosa da Corte, conforme o que dispõe o art. 62 da mesma Convenção.

A Corte pode adotar qualquer conduta de reparação e garantia do direito violado, inclusive a mensuração pecuniária da indenização. Ademais, quando a Corte decidir pela responsabilidade do Estado, determinará que se assegure o gozo do seu direito ou liberdade violados (art. 63 da Convenção).

O art. 46 da Convenção prevê os pressupostos de admis-

sibilidade do direito de petição junto à Corte, quais sejam: *i*) utilização e exaustão das medidas judiciais disponibilizadas na normativa e jurisdição doméstica; *ii*) que seja apresentada dentro de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; *iii*) ausência de litispendência internacional acerca do assunto objeto da petição; *iv*) apontamento da qualificação jurídica e aposição de assinatura da pessoa, grupo de pessoas ou de seu respectivo representante legal junto à petição. Prevê, também, a Convenção, porém, exceções aos pressupostos “i” e “ii” quando: *(i)* não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenha sido violados; *(ii)* não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; *(iii)* houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

Diversamente do sistema europeu, não é reconhecido o direito postulatório das supostas vítimas, seus familiares ou organizações não governamentais junto à Corte Interamericana. Somente a Comissão e os Estados-Partes têm legitimidade para a apresentação de demandas ante Corte. Desse modo, qualquer indivíduo que pretenda submeter denúncia à apreciação da Corte, deve, necessariamente, apresentá-la à Comissão Interamericana.

Contudo, avanços vêm sendo feitos a partir do ano de 1996, com a inovação trazida pelo art. 23 do III Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, aprovado pela Corte em seu XXIV Período Ordinário de Sessões, realizado de 9 a 20 de setembro de 1996, quando se ampliou a possibilidade de participação do indivíduo no processo, autorizando que os representantes e familiares da vítima apresentassem de forma autônoma, suas próprias alegações de provas durante a etapa de discussão sobre as reparações devidas.

Também em direção ao pleito da capacidade internacional da pessoa no que diz respeito aos direitos humanos, pelo IV Regulamento, aprovado pela Corte no seu LXXXV Período Ordinário de Sessões celebrado de 16 a 28 de novembro de 2009⁷, em seu art. 25, também é possível que as vítimas, seus representantes e familiares não só ofereçam suas próprias peças de argumentação e provas em todas as etapas do procedimento, como também fazer uso da palavra durante as audiências públicas celebradas, ostentando, assim, a condição de verdadeiras partes no processo.

Temos, por sua vez, como caso relevante, julgados pela Corte Interamericana, o que se deu o nome de Nicholas Blake, jornalista, sequestrado e assassinado por agentes do Estado da Guatemala, em 28 de março de 1985. Isso porque veio entender a Corte que, apesar da violação à Convenção e aos direitos humanos ter sido anterior ao reconhecimento da competência jurisdicional contenciosa por parte da Guatemala, por se tratar de desaparecimento forçado, seus efeitos podiam se estender de maneira contínua e permanente até o momento que seja estabelecido o destino ou o paradeiro da vítima. Será visto, logo em seguida, que o mesmo entendimento restou aplicado recentemente na condenação do Brasil, para os crimes praticados pelos agentes de Estado, no período da ditadura.

Outro caso que podemos apontar como relevante, julgado pela Corte Interamericana, é o Ivcher Bronstein, quando o Estado peruano, arbitrariamente, privou o Senhor Ivcher da sua

⁷ O primeiro Regulamento da Corte foi aprovado pelo Tribunal em seu III Período Ordinário de Sessões, celebrado de 30 de junho a 09 de agosto de 1980; o segundo Regulamento foi aprovado em seu XXIII Período Ordinário de Sessões, celebrado de 09 a 18 de janeiro de 1991; o terceiro Regulamento foi aprovado em seu XXXIV Período Ordinário de Sessões, celebrado de 09 a 20 de setembro de 1996; o quarto Regulamento foi aprovado em seu XLIX Período Ordinário de Sessões, celebrado de 16 a 25 de novembro de 2000, o qual foi reformado em seu LXI Período Ordinário de Sessões, celebrado de 20 de novembro a 04 de dezembro de 2003, e em seu LXXXII Período Ordinário de Sessões, celebrado de 19 a 31 de janeiro de 2009.

nacionalidade peruana, como um meio de lhe suprimir a liberdade de expressão, uma vez ser requisito indispensável para ser proprietário de ações de empresas concessionárias de canais televisivos.

Após comunicada a Comissão, que aprovou o Relatório n. 94/98 concluindo pelo ato arbitrário do Estado peruano, o Peru apresentou, em 9 de julho de 1999, mediante nota de 16 de julho de 1999, recebida na Secretaria da Corte, em 27 do mesmo mês e ano, um instrumento no qual comunicava a retirada da sua declaração de reconhecimento da cláusula facultativa de submissão à competência contenciosa da Corte.

O julgamento da Corte foi no sentido de entender que a aceitação de sua competência contenciosa, nos termos do art. 62.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, seria cláusula pétrea, que não admite limitações, dada a fundamental importância da referida cláusula para a operação do sistema de proteção da Convenção. Ademais, a Convenção Americana seria clara ao prever a denúncia “desta Convenção” (art. 78) e não a denúncia ou “a retirada” de partes ou cláusulas da mesma, pois esta última afetaria a sua integridade. Como estipula a cláusula, os Estados-Partes poderão denunciar a Convenção depois de expirado um prazo de cinco anos, a partir da data da entrada em vigor da mesma e mediante aviso prévio de um ano, notificando o Secretário-Geral da Organização, o qual deve informar as outras Partes. Tal denúncia, porém, não terá o efeito de desligar o Estado-Parte interessado das obrigações contidas na Convenção no que diz respeito a qualquer ato que, podendo constituir violação dessas obrigações, houver sido cometido por ele anteriormente à data na qual a denúncia produzir efeito.

Por fim, decidiu a Corte que, mesmo na hipótese de que fosse possível tal “retirada” – hipótese rejeitada pela Corte – esta não poderia por nenhum modo produzir “efeitos imediatos”. Isso porque o artigo 56.2 da Convenção de Viena sobre

Direito dos Tratados estipularia um prazo de antecedência de “pelo menos, doze meses”, para a notificação, por um Estado-parte, da sua intenção de denunciar um tratado ou retirar-se dele, com o propósito de proteger os interesses das outras Partes no tratado. A obrigação internacional em questão, mesmo que tenha sido contraída por meio de uma declaração unilateral, tem caráter vinculativo; o Estado fica sujeito “a seguir uma linha de conduta consistente com sua declaração” e os demais Estados-partes, estão habilitados a exigir que seja cumprida.

3. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: A HIERARQUIA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS:

Conforme definição de Fábio Corrêa Souza de Oliveira, em seu artigo “Conjuntura Internacional, Transformações do Estado, Realinhamento e Desubstancialização Constitucional”⁸, o Direito Constitucional vem ser porta de entrada pela qual o Direito Internacional interage com o ordenamento jurídico pátrio.

Nesse sentido, ao estudarmos a relação do Direito Internacional com o sistema jurídico pátrio, imprescindível se mostra o estudo do Direito Constitucional, que nos revela de qual forma é incorporado aquele direito ao sistema, assim como que tipo hierarquia se estabelece entre leis e tratados, a depender da adoção do modelo dualista ou monista de Estado.

Como menciona o Ministro Gilmar Mendes, em seu artigo “A Justiça Constitucional nos Contextos Supranacionais”⁹:

⁸ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Conjuntura Internacional, Transformações do Estado, Realinhamento e Desubstancialização Constitucional*. Artigo publicado no Mundo Jurídico (www.mundojuridico.adv.br) em 18.01.2004.

⁹ MENDES, Gilmar. *A Justiça Constitucional nos Contextos Supranacionais*. Direito Público nº 8. Abr-Maio- Jun/2005- Doutrina Brasileira, p. 66. Palestra ministrada no curso de verão da Universidade de Direito de Coimbra, Portugal, em 15 de julho de 2004 e texto básico de conferência no II Congresso Mundial de Direito Processual- O Poder Judiciário diante da Globalização e do Avanço da Tecnologia da Informação- Impactos e Perspectivas, realizada em Recife/PE, em 19 de maio de 2005.

Não se ignora, por outro lado, a tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção do ser humano. Por conseguinte, a partir desse universo jurídico voltado aos direitos e garantias fundamentais, as constituições não apenas apresentam maiores possibilidades de concretização de sua eficácia normativa, como também somente podem ser concebidas em uma abordagem que aproxime o direito internacional do direito constitucional.

Assim, a partir de um universo jurídico voltado à proteção do homem, no sentido de preservação de sua dignidade, e a existência de normas internacionais destinadas à proteção dos direitos humanos, as Constituições só podem ser concebidas em uma abordagem que aproxime o direito internacional do direito constitucional.

A Constituição de 1988 prevê o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, assim como paradigma de toda e qualquer ação estatal (art. 1º, III, CRFB/88).

Como acima afirmado, sendo a dignidade um atributo intrínseco da pessoa humana, seria conceito essencial para se compreender o sentido dos direitos humanos. Como consequência, mostrando-se como paradigma de toda e qualquer ação estatal, qualquer interpretação das normas da Constituição não poderia se furtar de considerar esse direito fundamental.

Por sua vez, o art. 4º da Constituição, no seu inciso II, prevê que, dentre os vários princípios a reger o Brasil nas relações internacionais, está a prevalência dos direitos humanos.

E, ao tratarmos das normas constitucionais, não podemos perder de vista que, nos últimos anos, no Brasil, a Constituição conquistou verdadeiramente força normativa e efetividade, deixando de serem percebidas como integrantes de um documento político, como mera convocação à atuação do Legislativo e Executivo, e passando a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata, por juízes e tribunais, convertendo-se os direitos constitucionais, em geral, e os direitos sociais, em particular,

em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica.

Proseguindo o estudo sobre o nosso texto constitucional, e analisando o preâmbulo da Constituição (sobre o qual se discute a respeito de eventual juridicidade, o que não será objeto do artigo, mas que será tratado brevemente a seguir, em precedente do Conselho Constitucional da França), vem estabelecer o comprometimento do Estado brasileiro “*na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.*”

Já o §2º do art. 5º da Constituição, não de menor importância, vem preceituar que os direitos e garantias expressos nesse documento 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, abrindo, por mais uma vez, espaço para a tese do bloco de constitucionalidade.

Reconhecendo, ademais, expressamente a Constituição brasileira a competência de um tribunal internacional dos direitos humanos, o art. 7º do ADCT preceitua que o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.

Por fim, com a reforma operada pela EC 45/2004, que incorporou ao texto constitucional a norma prevista pelo §3º do art. 5º da CRFB/88, passou-se a se prever que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Os doutrinadores já muito discutiram acerca da necessidade da norma prevista pelo §3º do art. 5º da CRFB/88, isso por ser forte a corrente de que as normas constitucionais acima elencadas já dariam a esses direitos humanos a força de norma constitucional.

Partindo dos fundamentos acima, poderíamos chegar ao

entendimento de que as normas da Constituição de 1988 incorporariam a teoria do bloco de constitucionalidade das normas de direitos humanos, que passariam a ter status de direitos fundamentais.

Pela teoria do bloco de constitucionalidade, não somente as normas formalmente constitucionais gozariam dessa hierarquia, mas também aquelas que versassem sobre matéria constitucional. A teoria tem origem na França, sendo tratada como grande precedente a decisão do Conselho Constitucional da França, de 16 de julho de 1971, que estabeleceu as bases do valor jurídico do Preâmbulo da Constituição de 1958, o qual inclui em seu texto o respeito tanto à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, como também ao Preâmbulo da Constituição de 1946, que continha uma declaração de direitos econômicos e sociais. O bloco de constitucionalidade, nesse sentido, representa fator determinante para a expansão dos direitos fundamentais da pessoa humana.¹⁰

Contudo, é fato que, desde a promulgação da Constituição, surgiram diversas interpretações que consagram um tratamento diferenciado aos tratados e convenções relativos aos direitos humanos em razão do disposto no §2º do art. 5º. Nesse sentido, vislumbramos as seguintes teses acerca do modo de incorporação dos tratados de direitos humanos e quanto ao status jurídico aplicável a tais diplomas normativos internacionais em razão do sistema constitucional brasileiro¹¹.

Por uma primeira corrente, os tratados de direitos humanos, como qualquer outro, teria *status* equivalente a leis ordinárias. Alguns defensores dessa tese, por sua vez, afirmam ainda que os tratados de direitos humanos, por equivalerem a leis especiais, derogariam leis infraconstitucionais gerais (adotada pela maioria dos Ministros do STF, no julgamento do HC n°

¹⁰ Sobre a matéria, FAVOREU, Louis; PHILIP, Loïc. *Les Grandes Décisions Du Conseil Constitutionnel*. 6ª edição. Paris: Sirey, 1991.

¹¹ Sobre a matéria, MENDES, Gilmar, *Op. cit.*

72.131/RJ).

O segundo posicionamento, por sua vez, vem ser no sentido de que os tratados e convenções de direitos humanos, diferentemente dos outros atos normativos internacionais, seriam infraconstitucionais, mas adotados de um atributo da supralegalidade.

Parecendo se inclinar a favor dessa tese, o Ministro do STF, Sepúlveda Pertence, no julgamento do RHC nº 79.785-RJ¹²:

Certo, com o alinhar-me ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não assumo compromisso desde logo- como creio ter deixado expresso no voto proferido na ADIN- MC 1.480- com o entendimento, então majoritário- que, também em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais- preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis.

Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais são, com grande frequência, precisamente porque- alçados ao texto constitucional- se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição (...)

Se assim é, à primeira vista parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, §2º, da Constituição seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos.

A terceira corrente, por sua vez, vem entender que os tratados de direitos humanos possuem estatura constitucional, vislumbrando o art. 5º, §2º, da Constituição como cláusula aberta de recepção de outros direitos. Posiciona-se a corrente que eventuais antinomias entre o disposto internacionalmente e constitucionalmente deveria ser resolvida pela aplicação de norma mais favorável ao indivíduo.

¹². STF. RHC 79.785/RJ, Tribunal Pleno, Relator Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 29/03/2000, DJ 22-11-2002, pp 057.

Por fim, para uma quarta e última corrente, alguns ou todos os tratados de direitos humanos possuiriam *status* supra-constitucional no caso de consagrarem normas mais benéficas.

Também, interessante se faz a leitura do voto do Ministro Celso de Albuquerque Mello, no julgamento do Habeas Corpus nº 87.585-8/TO, Relator Ministro Marco Aurélio, quando se julgou a respeito da constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, vindo a entender o STF que 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 infiel¹³. Nesse julgamento, o Ministro Celso de Mello, em voto robusto e vencido, se manifestou sobre o processo crescente de internacionalização dos direitos humanos, e a necessidade do Judiciário atuar como garante da supremacia constitucional e na defesa incondicional e na garantia real das liberdades fundamentais da pessoa humana, conferindo, ainda, efetividade aos direitos fundados em tratados internacionais de que o Brasil seja parte.

Adotando essa filosofia, veio manifestar posicionamento no sentido de que os tratados de direitos humanos celebrados pelo Brasil ou aos quais o nosso País aderiu, regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da Constituição de 1988, teriam índole constitucional, por terem sido formalmente recebidas nessa condição pelo §2º do art. 5º da Constituição. Já os tratados internacionais de direitos humanos que venham a ser celebrados pelo Brasil, ou aos quais o nosso País venha a aderir, em data posterior à da promulgação da EC nº 45/2004, para se impregnarem de natu-

¹³ “DEPOSITÁRIO INFIEL - PRISÃO. 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.” (STF, HC 87.585/TO, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 03/12/2008, Tribunal Pleno, DJE 118, divulg 25-06-2009, public 26-06-2009, ement vol 02366-02, pp 00237)

reza constitucional, deverão observar o “iter” procedimental estabelecido pelo §3º do art. 5º da Constituição. Por fim, os tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil, ou aos quais o nosso País aderiu, entre a promulgação da Constituição de 1988 e a superveniência da EC nº 45/2004, assumiriam caráter materialmente constitucional, porque essa qualificada hierarquia jurídica lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade, que seria a soma-tória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados. É ler:

Não se pode desconhecer, Senhora Presidente, que se delinea, hoje, uma nova perspectiva no plano do direito internacional. É que, ao contrário dos padrões ortodoxos consagrados pelo direito internacional clássico, os tratados e convenções, presentemente, não mais consideram a pessoa humana como um sujeito estranho ao domínio de atuação dos Estados no plano externo.

O eixo de atuação do direito internacional público contemporâneo passou a concentrar-se, também, na dimensão subjetiva da pessoa humana, cuja essencial dignidade veio a ser reconhecida, em sucessivas declarações e pactos internacionais, como valor fundante do ordenamento jurídico sobre o qual repousa o edifício institucional dos Estados nacionais.

(...)

Posta a questão nesses termos, a controvérsia jurídica remeter-se-á ao exame do conflito entre as fontes internas e internacionais (ou, mais adequadamente, ao diálogo entre essas mesmas fontes), de modo a se permitir que, tratando-se de convenções internacionais de direitos humanos, estas guardem primazia hierárquica em face da legislação comum do Estado brasileiro, sempre que se registre situação de antinomia entre o direito interno nacional e as cláusulas decorrentes de referidos tratados internacionais.

(...)

As razões invocadas neste julgamento, no entanto, Senhora Presidente, convencem-me da necessidade de se distinguir, para efeito de definição de sua posição hierárquica *em face* do ordenamento positivo interno, *entre* convenções internacionais sobre direitos humanos (*revestidas* de “*suprale-*

galidade”, como sustenta o eminente Ministro GILMAR MENDES, ou impregnadas de natureza constitucional, como me inclino a reconhecer), e tratados internacionais sobre as demais matérias (compreendidos estes numa estrita perspectiva de paridade normativa com as leis ordinárias).

Vale lembrar, ainda neste ponto, expressiva passagem constante do voto que o eminente Ministro Sepúlveda Pertence proferiu, como Relator, no julgamento do RHC 79.785/RJ (RTJ 183/1010-1012, 1022), demonstrando a sua inclinação no sentido de, ao reconhecer a necessária prevalência da Constituição, “no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos(...)”, admitir, contudo, a precedência desses mesmos tratados internacionais sobre a legislação interna do Estado brasileiro:

(...)

Reconheço, no entanto, Senhora Presidente, que há expressivas lições doutrinárias- como aquelas ministradas por ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE (“Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos”, vol. I/513, item n. 13, 2ª Ed., 2003, Fabris), FLAVIA PIOVESAN (“Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional”, p. 51/77, 7ª Ed., 2006, Saraiva), CELSO LAFER (“A internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais, p. 16/18, 2005, Manole) e Valerio de Oliveira Mazzuoli (“Curso de Direito Internacional Público”, p. 682/702, item 8, 2ª ed., 2007, RT), dentre outros eminentes autores- que sustentam, como sólida fundamentação teórica, que os tratados internacionais de direitos humanos assumem, na ordem positiva interna brasileira, qualificação constitucional, acentuando, ainda, que as convenções internacionais em matéria de direitos humanos, celebradas pelo Brasil antes do advento da EC nº 45/2004, como ocorre com o Pacto de São José da Costa Rica, revestem-se de caráter materialmente constitucional, compondo, sob tal perspectiva, a noção conceitual de bloco de constitucionalidade.

Após muita reflexão sobre esse tema, e não obstante anteriores julgamentos desta Corte de que participei como Relator (RTJ 174/463-465- RTJ 179/493-496), inclino-me a acolher essa orientação, que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos, reconhecen-

do, para efeito de outorga *dessa especial* qualificação jurídica, *tal como observa* CELSO LAFER, *a existência* de três distintas situações *concernentes* a referidos tratados internacionais:

- (1) *tratados* internacionais de direitos humanos *celebrados* pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu), *e regularmente* incorporados à ordem interna, *em momento anterior* ao da promulgação ad Constituição de 1988 (*tais* convenções internacionais *revestem-se* de índole constitucional, *porque* formalmente recebidas nessa condição, *pelo* §2º do art. 5º da Constituição);
- (2) *tratados* internacionais de direitos humanos que venham a ser celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País venha a aderir) *em data posterior* à da promulgação da EC nº 45/2004 (essas convenções internacionais, *para se impregnarem* de natureza constitucional, *deverão* observar o “*iter*” procedimental estabelecido *pelo* §3º do art. 5º da Constituição); *e*
- (3) *tratados internacionais* de direitos humanos *celebrados* pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu) *entre a promulgação* da Constituição de 1988 *e a superveniência* da EC nº 45/2004 (*referidos* tratados *assumem* caráter materialmente constitucional, *porque* essa qualificada hierarquia jurídica *lhes é transmitida por efeito* de sua inclusão *no bloco de constitucionalidade que é “a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados”*).

Situando, especificamente, a data de incorporação do sistema interamericano de justiça no ordenamento interno, importa mencionar que, apesar de a Corte Interamericana ter sido uma proposta da Delegação do Brasil durante a IX Conferência Internacional Americana em Bogotá, no ano de 1948, adotada como XXI Resolução daquela conferência, somente foi incorporada em 1998, por meio do Decreto Legislativo nº 89, tendo sido a Convenção Americana, por sua vez, incorporada em 1992, pelo Decreto-Legislativo n. 27.

Nesse sentir, se adotarmos os marcos estabelecidos pelo Ministro Celso de Albuquerque Mello em seu voto, seguindo a lição, como próprio menciona, de Antônio Augusto de Cança-

do Trindade¹⁴, Flavia Piovesan¹⁵, dentre outros, tendo aderido o Brasil ao tratado entre a promulgação da Constituição de 1988 e a superveniência da EC nº 45/2004, teria um caráter materialmente constitucional, tendo sido transmitida essa qualificada hierarquia jurídica por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade, que é a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados.

4. CUMPRIMENTO PELO BRASIL DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS:

Por sua vez, interessa, ao presente trabalho, analisar a que título vem o Brasil incorporando as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como a possibilidade de existência de divergência de posicionamento entre a Corte Interamericana e o STF.

Analisando o texto da Convenção Americana, o seu art. 68, em seu parágrafo único, remete a execução da parte indenizatória da sentença da Corte às regras de execução de sentenças nacionais contra o Estado.

Na Legislação interna, temos regras claras de execução de sentenças nacionais contra o Estado, não só prevista no art. 100 da Constituição, regime de precatórios, como nos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil.

Também não seria cabível se falar no regime de homologação de sentença estrangeira, previsto na antigamente chamada de Lei de Introdução ao Código Civil- LICC, cujo nome restou alterado, pela Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010, para Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro- LINDB, decreto-lei nº 4.657/1942, art. 15, como no art. 105, I,

¹⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I/513, item n. 13, 2ª Ed., Fabris, 2003.

¹⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

“i”, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, a ser feita agora pelo Superior Tribunal de Justiça, sob a consequência de colocarmos os Tribunais internacionais no mesmo nível dos órgãos internos dos Estados.

Todavia, filiando-se ao entendimento da necessidade de lei interna para a incorporação das decisões das Cortes internacionais, tramitou-se o Projeto de Lei nº 3.214/2000, hoje arquivado, cujo substitutivo cometia o equívoco de prever a necessidade da homologação da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos em casos em que o Brasil fosse parte pelo Supremo Tribunal Federal.

Atualmente, tramita o Projeto de Lei nº 4.667/2004, dispondo sobre os efeitos jurídicos das decisões dos Organismos Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos, e não somente da Corte Interamericana, como no projeto anterior, prevendo como produção de efeito imediato da decisão proferida pela Corte Internacional a formação de título executivo judicial, quando indenizatória, e não mais específico à Corte Interamericana de Direitos Humanos, mas abrangendo todos os organismos internacionais de proteção de direitos humanos.

Prevê o projeto:

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

Art. 2º. Quando as decisões forem de caráter indenizatório, constituir-se-ão em títulos executivos judiciais e estarão sujeitas à execução direta contra a Fazenda Pública Federal.

§1º. O valor a ser fixado na indenização respeitará os parâmetros estabelecidos pelos organismos internacionais.

§2º. O crédito terá, para todos os efeitos legais, natureza alimentícia.

Art. 3º. Será cabível ação regressiva da União contra as pessoas físicas ou jurídicas, provadas ou públicas, responsáveis direta ou indiretamente pelos atos ilícitos que ensejaram a decisão de caráter indenizatório.

Art. 4. Esta lei entrará em vigor na data de sua publi-

cação.

Na justificativa do projeto, consta que, apesar da ratificação do Brasil, com o reconhecimento das Cortes Internacionais, as decisões dessas instâncias não estariam sendo respeitadas no Brasil, pois, apesar de o Executivo manifestar interesse no cumprimento das decisões dos organismos de proteção, seja no âmbito regional ou global, alegaria a inexistência de legislação ordinária nacional destinada a disciplinar a matéria. Nesse sentido:

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

Através deste projeto de lei, queremos também permitir que a União assuma a responsabilidade pelo pagamento das indenizações quando assim for decidido pelos organismos podendo, no entanto, intentar ação regressiva contra o Estado da Federação, pessoa jurídica ou física que tenha sido responsável pelos danos causados à vítima. Desta forma, é um projeto que aperfeiçoa a vigência e eficácia jurídica do sistema global e regional de proteção aos direitos humanos na jurisdição brasileira.

Contudo, a grande questão é que as decisões, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ainda vêm sendo cumpridas, na medida do possível, e com o entendimento de inexistência de sua executoriedade, pelo Brasil, sendo a hipótese mais grave e evidente da crise o “Caso Gomes Lund e outros”, referente à guerrilha do Araguaia, em que o Supremo Tribunal Federal se manifestou em um sentido e a Corte Interamericana

de Direitos Humanos em outro, oposto.

O Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 153/DF, veio se posicionar pela constitucionalidade da Lei da Anistia (Lei nº 6.683/1979); por sua vez, a decisão da Corte condenou o Brasil e impôs inúmeras obrigações, declarando, inclusive, a incompatibilidade da Lei da Anistia naquilo que impede a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos admitiu a sua análise e apreciação considerando que não houve resposta do Estado brasileiro quanto ao pedido dos familiares dos desaparecidos na Guerrilha do Araguaia. Em 07 de agosto de 1995, o CEJIL (Centro pela Justiça de Direito Internacional) foi procurado pelos familiares dos desaparecidos no Araguaia, tendo havido uma denúncia do caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Sustentou o Brasil, dentre outras coisas, que, como havia ratificado a Convenção Americana de Direitos Humanos em 10 de dezembro de 1998, os casos de tortura e execução de pessoas só poderiam ser analisados se ocorressem a partir daquela data. Entendeu a Corte, contudo, que os fatos envolvendo o desaparecimento forçado das pessoas constituem-se em espécie de sequestro e, como tal, sua consumação se propala no tempo, sendo um crime permanente, o mesmo entendimento já apresentado para o caso Nicholas Blake.

Manifestando-se pela responsabilidade do Estado brasileiro, assentou a Corte que as disposições da Lei da Anistia que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos seriam incompatíveis com a Convenção Americana, carecendo de efeitos jurídicos. Nesse sentido, foi determinado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao condenar o Estado brasileiro, que cumprisse, em relação aos aspectos penais, com as seguintes determinações: o Estado deve conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos a fim de esclarecê-los; determinar as cor-

respondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja; o Estado deve realizar todos os esforços para determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas e, se for o caso, identificar e entregar os restos mortais a seus familiares; o Estado deve oferecer o tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico que as vítimas requeriram e, se for o caso, pagar o montante estabelecido; o Estado deve realizar as publicações ordenadas, em conformidade com o estabelecido no parágrafo 273 da Sentença; o Estado deve realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional a respeito dos fatos do presente caso; o Estado deve continuar com as ações desenvolvidas em matéria de capacitação e implementar, em um prazo razoável, um programa ou curso permanente e obrigatório sobre direitos humanos, dirigido a todos os níveis hierárquicos da Forças Armadas; o Estado deve adotar, em um prazo razoável, as medidas que sejam necessárias para tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas em conformidade com os parâmetros interamericanos e, enquanto cumpre com essa medida, deve adotar todas aquelas ações que garantem o efetivo julgamento, e se for o caso, a punição em relação aos fatos constitutivos de desaparecimento forçado através dos mecanismos existentes no direito interno; o Estado deve continuar desenvolvendo as iniciativas de busca, sistematização e publicação de toda a informação sobre a Guerrilha do Araguaia, assim como da informação relativa a violações de direitos humanos ocorridas durante o regime militar. Por fim, foi asseverado que a Corte supervisionará o cumprimento integral da Sentença no exercício de suas atribuições e em cumprimento dos seus deveres em conformidade com o estabelecido na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Contudo, como já afirmado, diametralmente oposta foi a posição do Supremo Tribunal Federal, conforme notícia publi-

cada em sua própria página eletrônica, em 29.04.2010¹⁶:

STF é contra revisão da Lei da Anistia por sete votos a dois. “Só o homem perdoa, só uma sociedade superior qualificada pela consciência dos mais elevados sentimentos de humanidade é capaz de perdoar. Porque só uma sociedade que, por ter grandeza, é maior do que os seus inimigos é capaz de sobreviver.” A afirmação é do presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Cezar Peluso, último a votar no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 153) em que a Corte rejeitou o pedido da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) por uma revisão na Lei da Anistia (Lei nº 6683/79). A Ordem pretendia que a Suprema Corte anulasse o perdão dado aos representantes do Estado (policiais e militares) acusados de praticar atos de tortura durante o regime militar. O caso foi julgado improcedente por 7 votos a 2. O voto vencedor foi do ministro Eros Grau, relator do processo. Ontem, ele fez uma minuciosa reconstituição histórica e política das circunstâncias que levaram à edição da Lei da Anistia e ressaltou que não cabe ao Poder Judiciário rever o acordo político que, na transição do regime militar para a democracia, resultou na anistia de todos aqueles que cometeram crimes políticos e conexos a eles no Brasil entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Além do ministro Eros Grau, posicionaram-se dessa maneira as ministras Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie, e os ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso. Defenderam uma revisão da lei, alegando que a anistia não teve “caráter amplo, geral e irrestrito”, os ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto. Para eles, certos crimes são, pela sua natureza, absolutamente incompatíveis com qualquer ideia de criminalidade política pura ou por conexão. O último voto proferido foi o do presidente da Corte, ministro Cezar Peluso. Ele iniciou dizendo que nenhum ministro tem dúvida sobre a “profunda aversão por todos os crimes praticados, desde homicídios, sequestros, tortura e outros abusos – não apenas pelos nossos regimes de exceção, mas pelos regimes de exceção de todos os lugares e de todos os tempos. Contudo, a ADPF não tratava da reprovação ética dessas práticas, de acordo com Peluso. A ação apenas propunha a avali-

¹⁶ Notícias STF - Quinta-feira, 29 de abril de 2010 <site.www.stf.gov.br>

ação do artigo 1º (parágrafos 1º e 2º) da Lei de Anistia e da sua compatibilidade com a Constituição de 1988. Ele avaliou que a anistia aos crimes políticos é, sim, estendida aos crimes “conexos”, como diz a lei, e esses crimes são de qualquer ordem. Para o presidente da Corte, a Lei de Anistia transcende o campo dos crimes políticos ou praticados por motivação política. Peluso destacou seis pontos que justificaram o seu voto pela improcedência da ação. O primeiro deles é que a interpretação da anistia é de sentido amplo e de generosidade, e não restrito. Em segundo lugar, ele avaliou que a norma em xeque não ofende o princípio da igualdade porque abrange crimes do regime contra os opositores tanto quanto os cometidos pelos opositores contra o regime. Em terceiro lugar, Peluso considerou que a ação não trata do chamado “direito à verdade histórica”, porque há como se apurar responsabilidades históricas sem modificar a Lei de Anistia. Ele também, em quarto lugar, frisou que a lei de anistia é fruto de um acordo de quem tinha legitimidade social e política para, naquele momento histórico, celebrá-lo. Em quinto lugar, ele disse que não se trata de caso de autoanistia, como acusava a OAB, porque a lei é fruto de um acordo feito no âmbito do Legislativo. Finalmente, Peluso classificou a demanda da OAB de imprópria e estéril porque, caso a ADPF fosse julgada procedente, ainda assim não haveria repercussão de ordem prática, já que todas as ações criminais e cíveis estariam prescritas 31 anos depois de sancionada a lei. Peluso rechaçou a ideia de que a Lei de Anistia tenha obscuridades, como sugere a OAB na ADPF. “O que no fundo motiva essa ação [da OAB] é exatamente a percepção da clareza da lei.” Ele explicou que a prova disso é que a OAB pede exatamente a declaração do Supremo em sentido contrário ao texto da lei, para anular a anistia aos agentes do Estado. Sobre a OAB, aliás, ele classificou como anacrônica a sua proposição e disse não entender por que a Ordem, 30 anos depois de exercer papel decisivo na aprovação da Lei de Anistia, revê seu próprio juízo e refaz seu pensamento “numa consciência tardia de que essa norma não corresponde à ordem constitucional vigente”. Ao finalizar, Peluso comentou que “se é verdade que cada povo resolve os seus problemas históricos de acordo com a sua cultura, com os seus sentimentos, com a sua índole e também com a sua história, o Brasil fez uma opção pelo caminho da concór-

dia”. O presidente do Supremo declarou, ainda, que “uma sociedade que queira lutar contra os seus inimigos com as mesmas armas, com os mesmos instrumentos, com os mesmos sentimentos está condenada a um fracasso histórico”.

Nesse sentido, a ementa do v. acórdão¹⁷:

EMENTA: LEI N. 6.683/79, A CHAMADA "LEI DE ANISTIA". ARTIGO 5º, CAPUT, III E XXXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL; PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E PRINCÍPIO REPUBLICANO: NÃO VIOLAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS HISTÓRICAS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E TIRANIA DOS VALORES. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E DISTINÇÃO ENTRE TEXTO NORMATIVO E NORMA JURÍDICA. CRIMES CONEXOS DEFINIDOS PELA LEI N. 6.683/79. CARÁTER BILATERAL DA ANISTIA, AMPLA E GERAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SUCESSÃO DAS FREQUENTES ANISTIAS CONCEDIDAS, NO BRASIL, DESDE A REPÚBLICA. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E LEIS-MEDIDA. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES E LEI N. 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997, QUE DEFINE O CRIME DE TORTURA. ARTIGO 5º, XLIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO E REVISÃO DA LEI DA ANISTIA. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1985, PODER CONSTITUINTE E "AUTO-ANISTIA". INTEGRAÇÃO DA ANISTIA DA LEI DE 1979 NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. ACESSO A DOCUMENTOS HISTÓRICOS COMO FORMA DE EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VERDADE. 1. Texto normativo e norma jurídica, dimensão textual e dimensão normativa do fenômeno jurídico. O intérprete produz a norma a partir dos textos e da realidade. A interpretação do direito tem caráter constitutivo e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução ope-

¹⁷ BRASIL. STF. ADPF 153 / DF. Relator(a): Min. EROS GRAU. Julgamento em 29/04/2010. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJe 145. Divulg. 05-08-2010. Public. 06-08-2010. Ement vol 02409-01. PP 00001. RTJ vol 00216, PP 00011.

rada mediante a definição de uma norma de decisão. A interpretação/aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção no mundo da vida. 2. O argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, não prospera. 3. Conceito e definição de "crime político" pela Lei n. 6.683/79. São crimes conexos aos crimes políticos "os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política"; podem ser de "qualquer natureza", mas [i] hão de terem estado relacionados com os crimes políticos ou [ii] hão de terem sido praticados por motivação política; são crimes outros que não políticos; são crimes comuns, porém [i] relacionados com os crimes políticos ou [ii] praticados por motivação política. A expressão crimes conexos a crimes políticos conota sentido a ser sindicado no momento histórico da sanção da lei. A chamada Lei de anistia diz com uma conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia. Ignora, no contexto da Lei n. 6.683/79, o sentido ou os sentidos correntes, na doutrina, da chamada conexão criminal; refere o que "se procurou", segundo a inicial, vale dizer, estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. 4. A lei estendeu a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção; daí o caráter bilateral da anistia, ampla e geral, que somente não foi ir-restrita porque não abrangia os já condenados --- e com sentença transitada em julgado, qual o Supremo assentou --- pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal. 5. O significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. Mas essa afirmação aplica-se exclusivamente à interpretação das leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma. Não àquelas, designadas leis-medida (*Massnahmegesetze*), que disciplinam diretamen-

te determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas, e consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. No caso das leis-medida interpreta-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei n. 6.683. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada. Exatamente aquela na qual, como afirma inicial, "se procurou" [sic] estando aquela anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento --- o momento da transição conciliada de 1979. A Lei n. 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. 6. A Lei n. 6.683/79 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes --- adotada pela Assembléia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 --- e a Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição --- que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes --- não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumadas. A Constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido. 7. No Estado democrático de direito o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a rescrever leis de anistia. 8. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá --- ou não --- de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário. 9. A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a

[re]instaurou em seu ato originário. A Emenda Constitucional n. 26/85 inaugura uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988; consubstancia, nesse sentido, a revolução branca que a esta confere legitimidade. A reafirmação da anistia da lei de 1979 está integrada na nova ordem, compõe-se na origem da nova norma fundamental. De todo modo, se não tivermos o preceito da lei de 1979 como ab-rogado pela nova ordem constitucional, estará a coexistir com o § 1º do artigo 4º da EC 26/85, existirá a par dele [dicção do § 2º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil. O debate a esse respeito seria, todavia, despiendo. A uma por que foi mera lei-medida, dotada de efeitos concretos, já exauridos; é lei apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material. A duas por que o texto de hierarquia constitucional prevalece sobre o infraconstitucional quando ambos coexistam. Afirmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável. A nova ordem compreende não apenas o texto da Constituição nova, mas também a norma-origem. No bojo dessa totalidade --- totalidade que o novo sistema normativo é --- tem-se que "[é] concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos" praticados no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Não se pode divisar antinomia de qualquer grandeza entre o preceito veiculado pelo § 1º do artigo 4º da EC 26/85 e a Constituição de 1988. 10. Impõe-se o desembaraço dos mecanismos que ainda dificultam o conhecimento do quanto ocorreu no Brasil durante as décadas sombrias da ditadura.

Interessante se faz a leitura das declarações dos Ministros do Supremo em jornais de grande circulação, após a publicação da Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São declarações do Ministro Cezar Peluso- *“Ela não revoga, não anula, não caça a decisão do Supremo”*. Também veio declarar o Ministro Marco Aurélio- *“É uma decisão que pode surtir efeito no campo moral, mas não implica cassação à decisão do STF.”* Por sua vez, Carlos Ayres Brito, como voto vencido no

juízo da Lei da Anistia- - *“Isso é uma saída justa.”*¹⁸

Por sua vez, o Parecer da Advocacia-Geral da União, apresentado na ADPF 153, foi no sentido de que houve anistia ampla e irrestrita a todos os opositores do regime militar instalado, bem como aos agentes do regime que tenham praticado crimes contra esses opositores. Entendeu-se que teriam cometido crimes conexos aos crimes políticos cometidos pelos opositores do regime.

Em tendo sido prolatada a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos posteriormente a do STF, contudo não transitada em julgado, apresentou o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil embargos de declaração, por suposta omissão do acórdão do Pleno do STF que reconheceu a constitucionalidade da Lei da Anistia, ainda não julgado, estando com a relatoria do Ministro Luiz Fux.

Já, como exemplo de decisão de cumprimento, temos o Decreto nº 7.307, de 22 de setembro de 2010, em que, na época, o Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva veio autorizar a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República a promover as gestões necessárias ao cumprimento da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, expedida em 23 de setembro de 2009, referente ao caso Sétimo Garibaldi, em especial a indenização pelas violações dos direitos humanos às vítimas ou a quem de direito couber, na forma do Anexo a este Decreto, observadas as dotações orçamentárias. É conferir:

DECRETO Nº 7.307, DE 22 DE SETEMBRO DE 2010.

Autoriza a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República a dar cumprimento à sentença exarada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto no Decreto no 4.463, de 8 de no-

¹⁸ FELIPE RECONDO - Agência Estado, em 15 de dezembro de 2010.

vembro de 2002,

DECRETA:

Art. 1o Fica a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República autorizada a promover as gestões necessárias ao cumprimento da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, expedida em 23 de setembro de 2009, referente ao caso Sétimo Garibaldi, em especial a indenização pelas violações dos direitos humanos às vítimas ou a quem de direito couber, na forma do Anexo a este Decreto, observadas as dotações orçamentárias.

Art. 2o Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 22 de setembro de 2010; 189o da Independência e 122o da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Fato que a União, por intermédio da Secretaria de Direitos Humanos, vem cumprindo as obrigações internacionais naquilo que não colidem com a decisão do STF, tendo a União inclusive, para pagamento de obrigação indenizatória, onde haja pendência de processo de inventário, ou não localização de familiares, ajuizado ação, de jurisdição voluntária, para cumprimento da obrigação internacional. Nesse sentido, teor de notícia divulgada na página eletrônica da Advocacia-Geral da União, em 27/07/2012¹⁹:

AGU viabiliza pagamento de US\$ 1.3 milhão em indenizações fixadas pela Corte Interamericana no caso da "Guerrilha do Araguaia"

Data da publicação: 27/07/2012

A Advocacia-Geral da União (AGU) ajuíza nesta sexta-feira (27/07) seis ações (Jurisdição Voluntária) para viabilizar o pagamento de indenizações fixadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em sentença sobre o caso Guerrilha do Araguaia. O Grupo de Atuação em Assuntos Internacionais da Procuradoria-Geral da União se prepara para protocolar mais 14. O valor das 20 ações alcança US\$ 1.287.000,00. O objetivo é que a Justiça localize e indenize os

¹⁹ Notícia extraída da página eletrônica http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=201169&id_site=3.

herdeiros que têm direito a receber os valores.

As primeiras seis ações são referentes a famílias que possuem ações de inventário abertas para discutir o direito de herança. Nestes casos, a Advocacia-Geral apresentará a soma de valores devidos para que também seja objeto de partilha. Já os 14 processos que ainda serão protocolados, tratam de casos nos quais serão necessário possibilitar a localização dos herdeiros.

De acordo com Boni Soares, Diretor do Departamento Internacional da AGU, o U\$ 1.3 milhão será utilizado para o pagamento aos herdeiros dos beneficiários falecidos. "Essa é mais uma iniciativa que demonstra o comprometimento do Brasil com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o respeito às decisões de sua Corte", ressaltou ao destacar que a atuação é uma parceria com a Secretaria de Direitos Humanos (SDH) da Presidência da República que já procedeu ao pagamento dos valores daqueles que estão vivos. A dotação orçamentária para os pagamentos das ações por via judicial também sairá da SDH.

O Brasil adotou a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir de seu reconhecimento, através do Decreto 89/98. Por esse motivo, as indenizações alcançam os beneficiários que tenham falecido após 10 de dezembro de 1998, por considerar a limitação de competência para apreciação de fatos ocorridos em momento anterior à data.

A AGU explicou que o cumprimento da decisão decorre da obrigatoriedade do Estado signatário de concretizar a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, na medida das atribuições e competências constitucionais deferidas aos órgãos nacionais.

Também como faculdade inerente às funções jurisdicionais da Corte, essa vem exercendo a supervisão do cumprimento de suas decisões, não só sob o fundamento do art. 62 da Convenção Americana, como pelo fato que o art. 68.1. da Convenção Americana estipular que os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes, sendo as suas sentenças dotadas de caráter definitivo e inapelável e, nos termos do art. 67 da Convenção, devem ser prontamente cumpridas pelo Estado de for-

ma integral.

Por sua vez, a obrigação de cumprir o disposto nas decisões do Tribunal corresponderia a um princípio básico do direito da responsabilidade internacional do Estado, respaldado pela jurisprudência internacional, segundo o qual os Estados devem acatar suas obrigações internacionais de boa fé (*pacta sunt servanda*), preceituando o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 que os Estados não podem, por motivo de ordem interna, deixar de assumir responsabilidade internacional já estabelecida.

5. CONCLUSÃO:

Tomando por base a incorporação da Convenção Americana no ordenamento interno brasileiro, com força supralegal, ou mesmo constitucional, a depender da corrente, e o teor do art. 68, parágrafo 2º, da Convenção, que remete a executoriedade da sentença indenizatória proferida pela Corte contra o Estado ao processo interno vigente, seria dispensável a promulgação de lei prevendo a forma de cumprimento de decisão da Corte Interamericana de Justiça, até em razão do bloco de constitucionalidade a que fazem parte os tratados a respeito dos direitos humanos, sendo que a aceitação do Brasil à jurisdição da Corte Interamericana se deu antes da EC/45, quando se passou a prever o rito que os tratados de direitos humanos deveriam observar para serem recebidos com força de norma constitucional.

Não se desconhece que as decisões da Corte são dotadas de um forte caráter político. Contudo, a forma desse controle não pode ser pela discricionariedade em seu cumprimento ou não.

O artigo vem defender ser a executabilidade interna das decisões judiciais proferidas pela Corte Interamericana direito fundamental declarado pelo nosso sistema constitucional pátrio

(art. art. 7º, ADCT, art. 5º, §2º c/c art. 1º, art. 4º, preâmbulo, da Constituição).

Também, como acima já dito, não caberia se falar em procedimento igual ao da homologação de sentença estrangeira, prevista no art. 105, I, i, da Constituição, às sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com controle de violação ou não da ordem pública, sob consequência de reduzirmos o Tribunal internacional a um mero Tribunal estrangeiro.

Na prática, as decisões da Corte Interamericana vêm sendo incorporadas na medida do possível, pela União, por intermédio da Secretaria de Direitos Humanos.

Também é certo que muitos acordos vêm sendo realizados por intermédio da Comissão, com a finalidade de se evitar que cheguem demandas à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Contudo, o que se percebe, que, quanto a sua forma de cumprimento, e até mesmo alçada que o balize, não existe regramento interno.



6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- CANOTILHO, Joaquim Jose Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- FAVOREU, Louis; PHILIP, Loïc. *Les Grandes Décisions Du Conseil Constitutionnel*. 6ª edição. Paris: Sirey, 1991.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- MENDES, Gilmar. *A Justiça Constitucional nos Contextos Supranacionais*. Direito Público nº 8. Abr-Maio-Jun/2005- Doutrina Brasileira, p. 66. Palestra ministrada

no curso de versão da Universidade de Direito de Coimbra, Portugal, em 15 de julho de 2004 e texto básico de conferência no II Congresso Mundial de Direito Processual- O Poder Judiciário diante da Globalização e do Avanço da Tecnologia da Informação- Impactos e Perspectivas, realizada em Recife/PE, em 19 de maio de 2005.

- OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Conjuntura Internacional, Transformações do Estado, Realinhamento e Desubstancialização Constitucional*. Artigo publicado no Mundo Jurídico (www.mundojuridico.adv.br) em 18.01.2004.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ª ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Malheiros, 1999.
- RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. *O Diálogo das Cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Texto sugerido como de literatura base na disciplina Direito Constitucional Internacional, ministrada pelo professor Doutor Márcio P. P. Garcia, no Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público- IDP.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I/513, item n. 13, 2ª Ed., Fabris, 2003.