UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

Campus Jacarezinho

MOACYR MIGUEL DE OLIVEIRA

CONFLITO DE DECISÕES ENTRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: RAZÕES E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

JACAREZINHO – PR.
2016

MOACYR MIGUEL DE OLIVEIRA

CONFLITO DE DECISÕES ENTRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: RAZÕES E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica e Exclusão da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, como requisito final para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Linha de Pesquisa: Estado e Responsabilidade: Questões críticas.

Orientador: Professor Doutor Vladimir Brega Filho

JACAREZINHO – PR.
2016

MOACYR MIGUEL DE OLIVEIRA

CONFLITO DE DECISÕES ENTRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: RAZÕES E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Esta dissertação foi julgada adequada para obtenção do título de Mestre em Direito e aprovado em sua forma final pela Coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná na área de concentração "Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão"; linha de pesquisa "Estado e Responsabilidade: Questões Críticas".

BANCA EXAMINADORA

Aprovado em:

_____

Membro da Banca: Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (Orientador)

_____

Membro da Banca: Prof. Dr. Fernando de Brito Alves

_____

Membro da Banca: Prof. Dr. Rafael Lazzarroto Simioni

_____

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves
Coordenador do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP.

OLIVEIRA, Moacyr Miguel de.

Conflito de decisões entre o Supremo Tribunal Federal brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: razões e consequências jurídicas./Moacyr Miguel de Oliveira. Jacarezinho (PR): UENP/Campus de Jacarezinho, 2016,

Xi, 155f: il: 2cm.

Orientador: Dr. Vladimir Brega Filho

Dissertação (Mestrado) – UENP/Campus de Jacarezinho / Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica. 2016.

Referências Bibliográficas: f. 150/155.

1. Teorias da Justiça. 2. Responsabilidade do Estado. 3. Direito Constitucional e Direito Internacional dos Direitos Humanos. I. Filho, Vladimir Brega. II. Universidade Estadual do Norte do Paraná, Campus de Jacarezinho. Programa de Mestrado em Ciência Jurídica. III. Título

A aprovação da presente dissertação não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Estadual do Norte do Paraná à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus amados pais Moacyr de Oliveira *(in memoriam)* e Silvia M. S. Oliveira.
Inesgotável amor e referência a ser seguida de intenso trabalho, retidão de caráter e bondade. Além de ensinarem com o exemplo, nunca mediram esforços para fazerem de mim uma pessoa a cada dia melhor, através da educação proporcionada.

AGRADECIMENTOS

O sucesso acadêmico é, indubitavelmente, uma conquista coletiva. Somatório de esforços, por essência, árdua é a tarefa de mencionar todos que merecem ser lembrados.

Inicialmente agradeço a Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Instituição que me orgulho de integrar e que será sempre lembrada por mim com profundo carinho e amor acadêmico. Esta honrosa e prestigiada casa ampliou meus horizontes e me proporcionou momentos maravilhosos nestes dois anos de mestrado.

Agradeço aos Professores do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP por todo aprendizado proporcionado. Inegavelmente a somatória do brilhantismo e talento individual de cada professor justifica a altíssima qualidade deste Programa de Mestrado.

Agradeço ao meu Professor Orientador e amigo, Dr. Vladimir Brega Filho, que tão bem me acolheu desde os primeiros dias de aula. Agradeço por todas oportunidades concedidas, principalmente no que se refere ao estágio docência onde tive a gratificante oportunidade de lecionar para o 1º e 2º ano da Graduação em Direito da UENP no ano de 2014. Agradeço a firme orientação, os conselhos sempre fraternos e as tão importantes críticas construtivas.

Agradeço aos colegas de Mestrado que sempre me proporcionaram momentos tão festivos. Pessoas maravilhosas que são se tornaram amigos e registro minha admiração acadêmica por cada um de vocês.

Agradeço a CAPES pelo decisivo apoio econômico que recebi e que tornou possível o sonho de cursar o Mestrado.

Agradeço a querida Maria Natalina, secretária do Mestrado, por todo apoio, gentileza e prestatividade. Em seu nome estendo meu agradecimento a todos os funcionários da UENP.

Agradeço ao Centro Universitário Toledo – UniToledo de Araçatuba, na pessoa da Profª. Drª. Silvia Cristina de Souza, Pró-Reitora de Graduação, por todas as oportunidades concedidas ao longo do Mestrado e, principalmente, pela preciosa orientação que sempre me proporcionou.

Agradeço, em especial, aos Professores Jorge Kuranaka, Daniel Barile da Silveira, João Francisco de Azevedo Barretto, Daniel Baggio Maciel e Benedito

Cerezzo Pereira Filho, por todo incentivo acadêmico e por serem referências a serem seguidas na docência.

Agradeço aos casais Dr. Habib Nadra Ghaname e sua esposa Drª Ana Lúcia de Souza Ghaname e Dr. João Francisco de Azevedo Barretto e Dr.ª Mara A. S. Barretto por todo apoio, incentivo e oportunidades concedidas.

Agradeço, de forma especial, aos meus alunos, de ontem e de hoje, da UENP, do UniToledo e da Legis Cursos que são minha fonte de ânimo para seguir na carreira docente, e por me ensinarem tanto a cada aula.

Em nome do amigo e Professor Caíque Tomaz Leite, que me proporcionou a realização do sonho de estudar na Universidade de Coimbra, agradeço a todos os meus professores, de ontem e de hoje.

Em nome do Dr. Reinaldo Aparecido Chelli agradeço a todos os amigos.

Agradeço minha namorada Amanda Yanaze por ser fonte inesgotável de inspiração, apoio e companheirismo. Você é a razão dos meus melhores sorrisos, e agradeço, especialmente, por enfrentar comigo tantas dificuldades sem nunca perder a alegria. Agradeço por compreender minhas constantes ausências nestes dois anos de curso. Simplesmente te amo!

Por fim, agradeço a minha amada mãe Silvia, por ser o presente mais precioso que Deus me concedeu. Agradeço por absolutamente tudo! Por ser minha base de sustentação e por tanta dedicação, cuidado, amor e incentivo. Espero em Deus poder retribuir tudo que a senhora fez e faz por mim. Agradeço pelas orações diárias e por me proporcionar tanta felicidade. Te amo!

Agraço a Deus por tudo, em especial, pelo presente da vida digna!

Vocês são os personagens principais deste emocionante e belíssimo enredo que formam uma página de minha história. Recebam, de coração, o meu sincero obrigado! Que Deus os abençoe sempre!

OLIVEIRA, Moacyr Miguel de. **Conflito de decisões entre o Supremo Tribunal Federal brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: razões e consequências jurídicas.** Jacarezinho, 2016. Dissertação de mestrado – Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Centro de Ciências Sociais Aplicadas.

RESUMO

A presente dissertação analisa a problemática do conflito de decisões entre o Supremo Tribunal Federal brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, investigando as razões históricas, políticas e jurídicas que possibilitam este conflito, bem como destaca suas consequências jurídicas. Após investigar a formação histórica do Estado e do constitucionalismo brasileiro, faz-se uma ampla análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a internalização de tratados internacionais de direitos humanos. Critica-se a insuficiência da Emenda Constitucional nº 45/2004 que inseriu o §3º ao art. 5º da Constituição, e demonstra que o STF atualmente confere *status* normativos diferentes (equivalente à emenda constitucional ou supralegal) a tratados que versam sobre a mesma matéria (direitos humanos) baseado apenas em aspectos formais – o que também é criticado no estudo. Frisa-se que a atual postura adotada pelo Tribunal de cúpula do Poder Judiciário brasileiro ao negar aplicação aos tratados internacionais ratificados pelo Brasil e/ou às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos é severamente criticada pela corrente internacionalista, bem como destoa do entendimento firmado por alguns países europeus. Demonstra que tal postura do STF também repercute na política externa brasileira resultando no desprestígio do Brasil perante a comunidade internacional. No âmbito doméstico destacam-se como principais consequências jurídicas: a) a insegurança jurídica dos jurisdicionados que estejam sob o território brasileiro; b) a inefetividade dos tratados internacionais de direitos humanos e decisões de tribunais internacionais quando o STF não aceita sua autoridade; c) A indefinição para os operadores do direito, principalmente para os magistrados, sobre qual decisão acompanhar (a do STF ou da Corte Interamericana) tendo em vista que as decisões, embora colidentes e contraditórias, permanecem válidas e vinculam o Estado brasileiro – *principalmente o Poder Judiciário.* d) O STF proporciona proteção menos abrangente aos direitos humanos fundamentais. O trabalho também enaltece a necessidade de revisão, por parte do STF, de sua jurisprudência, sob pena de anular de forma ilegítima compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro. Por fim, analisa-se a jurisprudência da Corte Interamericana sobre a matéria com a finalidade de colaborar com a elucidação do problema ressaltando que o não cumprimento a decisões da Corte Interamericana se converte em nova violação aos Direitos Humanos pelo inadimplemento dos deveres assumidos pelo Estado ao ratificar a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Palavras chave: Conflito de decisões. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Supremo Tribunal Federal brasileiro. Princípio *pro homine*. Direitos Humanos.

OLIVEIRA, Moacyr Miguel de. **Conflicting decisions between the Brazilian Supreme Court and the Inter-American Court of Human Rights: reasons and legal consequences.** Dissertation submitted to the Master's Program in Legal Science - Area of Concentration: "Theories of Justice and Exclusion", line of research: "State and Responsibility: Critical Issues" - the State University of Northern Paraná - UENP: Jacarezinho, 2016.

ABSTRACT

This dissertation analyzes the problem of conflicting decisions between the Brazilian Supreme Court and the Inter-American Court of Human Rights, investigating the historical, political and legal reasons that allow this conflict and highlights its legal consequences. After investigating the historical formation of the State and the Brazilian constitutionalism, it is a comprehensive analysis of the jurisprudence of the Supreme Court on the internalization of international human rights treaties. Criticizes the failure of Constitutional Amendment No. 45/2004 which inserted paragraph 3 to Art. 5 of the Constitution, and demonstrates that the Supreme Court currently provides different regulatory status (equivalent to a constitutional amendment or supralegal) to treaties that deal with the same subject (human rights) based only on formal aspects - which is also criticized in the study. It stresses that the current stance adopted by the Judiciary dome Court Brazilian to deny application to international treaties ratified by Brazil and / or decisions of the Inter-American Court of Human Rights is severely criticized by the internationalist current, as well as clashes of understanding signed by some European countries. It shows that this stance of the STF also reflected in Brazilian foreign policy resulting in the prestige of Brazil before the international community. Domestically stand out as major legal consequences: a) the legal uncertainty of jurisdictional coming under Brazilian territory; b) the ineffectiveness of international human rights treaties and decisions of international courts when the Supreme Court does not accept his authority; c) The uncertainty for operators of the right, particularly for judges, on which decision follow (the Supreme Court or of the Court) with a view to decisions, although conflicting and contradictory, remain valid and binding on the Brazilian government - mainly the Judicial power. d) The Supreme Court provides less comprehensive protection of fundamental human rights. The work also underscores the need for review by the Supreme Court, in its case, under penalty of annular shape illegitimate international commitments assumed by the Brazilian State. Finally, it analyzes the jurisprudence of the Inter-American Court on the matter in order to collaborate with the elucidation of the problem stressing that failure to comply with decisions of the Court becomes a new violation of Human Rights for breach of duties undertaken by the State ratify the American Convention on Human rights.

Keywords: Conflict decisions. Inter-American Court of Human Rights. Brazilian Supreme Court. Principle of pro homine. Human rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 13

1 CONFLITO DE PARADIGMAS – O DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. 16

1.1 Considerações históricas sobre a formação do Estado e do constitucionalismo brasileiro 21

1.1.1 Do Brasil Colônia até 1808; 25

1.1.2 De 1808 até a Constituição Republicana de 1891 33

1.1.3 A Constituição Republicana de 1891 40

1.1.4 Os períodos ditatoriais até a Constituição de 1988. 45

1.1.5. Considerações sobre a análise histórica da formação do Estado e do constitucionalismo brasileiro. 48

1.2 Considerações necessárias sobre a soberania 50

1.3. Considerações necessárias sobre a supremacia da Constituição. 57

1.4 Globalização e Reflexos do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Direito brasileiro 67

2 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE 75

2.1. A Teoria do Controle de Convencionalidade e a necessidade do diálogo de Cortes. 75

2.1.1. O controle das leis; 76

2.1.2 A influência do constitucionalismo 77

2.1.3 Tribunais constitucionais e controle de constitucionalidade; 82

2.1.4. Disposições constitucionais atinentes à matéria 86

2.1.5. Considerações históricas que influenciam o princípio da supremacia constitucional 87

2.2. A Convenção Americana de Direitos Humanos 91

2.3. Controle de convencionalidade na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos 94

2.3.1. Análise de casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos 96

2.4. O controle de convencionalidade no Supremo Tribunal Federal e a necessidade de um "diálogo de cortes". 102
2.4.1 A necessidade da adoção da Teoria do diálogo de cortes 105

3 CONFLITO DE DECISÕES E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS....107
3.1. Análise histórica da jurisprudência do STF sobre a hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro.....107
3.2 A injustificada resistência do Supremo Tribunal Federal em aceitar a autoridade da Convenção Americana de Direitos Humanos e cumprir as decisões da Corte Interamericana 113
3.2.1 Premissas sobre a responsabilidade internacional do Estado ao ratificar um tratado internacional. 113
3.2.2 Incongruências jurídicas provenientes do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal....117
3.3 Crítica à Teoria da Supralegailidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos....122
3.4 Aprofundando a análise sobre o conflito de decisões e suas consequências jurídicas....130

CONSIDERAÇÕES FINAIS 146

REFERÊNCIAS....150

INTRODUÇÃO

A investigação científica que se objetiva realizar no presente estudo tem por objeto um fenômeno jurídico recente. Aliás, deve-se pontuar, desde já, que tal fenômeno apenas se tornou possível há menos de 20 anos quando se inaugurou no Brasil a jurisdição internacional (regional) de proteção aos Direitos Humanos em decorrência da ratificação de tratados internacionais.

Isto porque no ano de 1998 o Estado brasileiro, enquanto sujeito de direito internacional público, se submeteu voluntariamente à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos – *tribunal regional especializado no julgamento da responsabilidade internacional do Estado sobre violações a direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos e demais tratados conexos*.

Significa dizer que num ato de absoluta soberania o próprio Estado brasileiro aceitou ser julgado por um tribunal internacional e, caso provadas as alegações veiculadas nas denúncias sobre violações a Direitos Humanos, ser condenado pela mencionada Corte, como já ocorrera em quatro oportunidades até o momento.

Entretanto, neste novo cenário se insere uma problemática de intrincada resolução para a jurisdição constitucional existente em nosso país: A possibilidade de conflito de decisões entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal brasileiro. Apresenta-se, assim, um legítimo questionamento à hermenêutica constitucional que, por insistir em sustentar o monopólio da última palavra concentrado no STF, tem perpetuado violações aos Direitos Humanos ao desrespeitar a autoridade de eventual sentença internacional prolatada.

Pois bem, devidamente exposta a problemática, necessário se faz firmar uma premissa teórica fundamental: Embora seja uma questão predominantemente jurídica a análise do confronto de decisões entre o Tribunal de cúpula do Poder Judiciário nacional com relação ao Tribunal de Direitos Humanos da América, torna-se indispensável uma análise da formação histórica do Estado brasileiro para a real compreensão do objeto ora investigado.

Pretende-se demonstrar que as especificidades da conturbada trajetória constitucional brasileira justificam o atual entendimento firmado pelo Supremo

Tribunal Federal sobre o *status* normativo do Tratado Internacional que criou a Corte Interamericana, bem como o total descaso com suas sentenças.

Por oportuno, deve-se ponderar também que a atual posição do STF que firmou a prevalência da Constituição sobre a Convenção Americana – *entendimento que por via reflexa mantém a última palavra com o Pretório Excelso em eventual conflito de decisões* – sofrerá robusta crítica nas linhas que seguem. Em um Estado Democrático de Direito que tem por fundamento da República a dignidade da pessoa humana deve-se evitar qualquer entendimento conservador que elimine ou apequene o respeito à autoridade de Tribunais Internacionais de proteção aos direitos humanos.

Por assim ser, embora a existência do fenômeno ora examinado apenas tenha se tornado possível a partir da década passada, será necessária uma retrospectiva histórica de pouco mais de dois séculos para inventariar os elementos políticos e jurídicos que permeiam a história do Estado brasileiro, notadamente com relação a formação e desenvolvimento do constitucionalismo em nosso país.

Cabível a advertência de que a análise histórica desenvolvida não se trata de mera obrigação acadêmica atrelada ao rigor científico esperado de trabalhos desta envergadura, mas de verdadeiro alicerce estruturante das premissas e hipóteses aventadas no decorrer do raciocínio desenvolvido.

Em síntese, a premissa teórica fundamental que norteará a presente dissertação se concentra no entendimento de que razões históricas aclaram à compreensão da problemática ora debatida, bem como sugerem lampejos que auxiliam na resolução da matéria.

O que se apreciará nas linhas que seguem é um verdadeiro confronto de paradigmas (entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos) em que será necessário superar dogmas para se desenvolver uma hermenêutica constitucional apegada aos Direitos Humanos Fundamentais.

Superada a análise histórica, avançar-se-á para o exame da jurisprudência do STF em confronto com decisões da Corte Interamericana pretendendo demonstrar as incongruências existentes na atualidade quando estes Tribunais apreciam a mesma matéria dentro de um caso específico objetivando compreender as consequências jurídicas deste fenômeno.

A metodologia adotada no presente trabalho consiste no método dedutivo onde se apresenta premissas consistentes para se alcançar a conclusão. A presente

pesquisa resulta na análise bibliográfica de doutrinas nacionais e estrangeiras, bem como o exame de decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que são, por excelência, os órgãos judiciais que enfrentam a matéria.

1 CONFLITO DE PARADIGMAS – O DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS.

Thomas Kuhn elaborou memorável obra intitulada “Estrutura das Revoluções Científicas”, resultado de quinze anos de pesquisa a respeito da natureza da ciência e das razões de seu sucesso incomum (1998, p. 07). No mencionado ensaio o físico e filósofo estadunidense vislumbrou explorar conceitos estruturantes do conhecimento científico, merecendo destaque sua investigação sobre a ideia de “paradigma” e de “revolução científica”.

Sobre a definição de “revolução científica“ Thomas Kuhn pondera que:

> A ciência normal frequentemente suprime novidades fundamentais, porque estas subvertem necessariamente seus compromissos básicos. Não obstante, na medida em que esses compromissos retêm um elemento de arbitrariedade, a própria natureza da pesquisa normal assegura que a novidade não será suprimida por muito tempo. Algumas vezes um problema comum, que deveria ser resolvido por meio de regras e procedimentos conhecidos, resiste ao ataque violento e reiterado dos membros mais hábeis do grupo em cuja área de competência ele ocorre. Em outras ocasiões, uma peça de equipamento, projetada e construída para fins de pesquisa normal, não funciona segundo a maneira antecipada, revelando uma anomalia que não pode ser ajustada às expectativas profissionais, não obstante esforços repetidos. Desta e de outra maneiras, a ciência normal desorienta-se seguidamente. E quando isto ocorre – isto é, quando os membros da profissão não podem mais esquivar-se das anomalias que subvertem a tradição existente da prática científica – então começam as investigações extraordinárias que finalmente conduzem a profissão a um novo conjunto de compromissos, a uma nova base para a prática da ciência. Neste ensaio, são denominados de revoluções científicas os episódios extraordinários nos quais ocorre essa alteração de compromissos profissionais. As revoluções científicas são os complementos desintegradores da tradição à qual a atividade da ciência normal está ligada (1998, p. 24-25).

Ao desenvolver sua teoria Thomas Kuhn traz luz ao tema exemplificando:

> Os exemplos mais óbvios de revoluções científicas são aqueles episódios famosos do desenvolvimento científico que, no passado, foram frequentemente rotulados de revoluções. Por isso, nos Caps. 8 e 9, onde é diretamente examinada, nos ocuparemos repetidamente com os momentos decisivos essenciais do desenvolvimento científico associado aos nomes de Copérnico, Newton, Lavoisier e Einstein. Mais claramente que muitos outros, esses episódios exibem aquilo que constitui todas as revoluções científicas, pelo menos no que concerne à história das ciências físicas. Cada um deles forçou a comunidade a rejeitar a teoria científica anteriormente aceita em favor de uma outra incompatível com aquela. Como consequência, cada um desses episódios produziu uma alteração nos problemas à disposição do escrutínio científico e nos padrões pelos quais a profissão determinava o que deveria ser considerado como um problema ou como uma solução de problema legítimo. Precisaremos descrever as maneiras pelas quais cada um desses episódios transformou a

> imaginação científica, apresentando-os como uma transformação do mundo no interior do qual era realizado o trabalho científico. Tais mudanças, juntamente com as controvérsias que quase sempre as acompanham, são características definidoras das revoluções científicas (1998, p.25).

Evidente que Thomas Kuhn não estava analisando especificamente a ciência do Direito – *ou o fenômeno social do Direito, como preferem alguns* – ao desenvolver sua tese, mas suas premissas são perfeitamente aplicáveis à doutrina jurídica. Isto porque, sendo o Direito fenômeno dinâmico por essência, estão sempre surgindo novos problemas que desafiam os paradigmas dominantes.

Aliás, é exatamente neste sentido que se reconhece a importância da doutrina e da academia para o desenvolvimento saudável e progresso da ciência jurídica. Em regra, a crítica doutrinária é fator decisivo para reformas legislativas, a ponto de se encampar teorias desenvolvidas por estudiosos ao arcabouço jurídico vigente. Também merecem destaque as mudanças de entendimento jurisprudencial, em que Tribunais acatam posicionamentos teóricos doutrinários como razão de decidir.

Considerando o paradigma como o conjunto de ideias e valores que sustentam uma determinado ciência (ou objeto) por um período de tempo, toda normatividade existente em qualquer época é normatividade contextualizada, ou seja, sobre a norma jurídica pairam valores, ideologias e teorias que a legitimam. Neste raciocínio, a título de exemplo, pode-se destacar como paradigmas de sustentação da Constituição da República de 1988 o regime político democrático, o ideal republicano e a Teoria da Tripartição de Poderes, o respeito aos direitos fundamentais, o presidencialismo, a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, o repúdio ao racismo, o princípio da isonomia e a aversão aos privilégios odiosos, etc.

Não se pode banalizar a Teoria dos Paradigmas creditando-se a fenômenos de menor relevo a ocorrência da superação de paradigma ou “transição paradigmática”. A pesquisa científica exige cautela e precisão para se tornar respeitável. Por assim ser, deve-se constatar evidências suficientes para o reconhecimento da ruptura de um paradigma pela afirmação de outro. Nesse sentido Boaventura de Sousa Santos leciona que:

> (...) os paradigmas sócio-culturais nascem, desenvolvem-se e morrem. Ao contrário do que se passa com a morte dos indivíduos, a morte de um dado

> paradigma traz dentro de si o paradigma que lhe há-de suceder. Esta passagem da morte para a vida não dispõe de pilares firmes para ser percorrida em segurança. O que nasce é incomensurável com o que morre, não havendo, pois, nem ressureições nem reencarnações. O problema é que não há passagem senão entre pensamentos comensuráveis. Por outro lado, também ao contrário do que sucede com os indivíduos, só muitos anos, senão mesmo séculos, depois da morte de um paradigma sócio-cultural, é possível afirmar com segurança que morreu e determinar a data, sempre aproximada, da sua morte. A passagem entre paradigmas – a transição paradigmática – é, assim, semi-cega e semi-invisível. Só pode ser percorrida por um pensamento construído, ele próprio, com economia de pilares e habituado a transformar silêncios, sussurros e ressaltos insignificantes em preciosos sinais de orientação (p. 15, 2002).

O que se examinará no presente trabalho é genuíno conflito de paradigmas jurídicos – *e por que não dizer políticos também* – uma vez que as premissas clássicas que por séculos sustentaram o Direito Constitucional não respondem mais a nova realidade proveniente do Direito Internacional dos Direitos Humanos. A gramática dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos provocou legítima revolução abalando a estrutura de antigos dogmas jurídicos, a exemplo da soberania estatal absoluta e supremacia da Constituição, que não devem ser abandonados ou afastados, mas merecem releitura para adequação a nova ordem estabelecida.

Inegável que em dados momentos históricos, tais dogmas foram essenciais para a construção e afirmação do Estado moderno e sempre serão lembrados com destaque na história do constitucionalismo. Porém, para a realidade do novo milênio tais valores se mostraram insuficientes para as necessidades pós-modernas, e, por assim ser, a interpretação de tais institutos está sendo questionada por uma nova doutrina que lhe limita a abrangência e lhe confere uma releitura com novas definições.

Em síntese, o tema ora explorado é tormentoso, pois revela antiga e sempre atual tensão existente entre constitucionalistas e internacionalistas sobre qual ordem jurídica deve prevalecer em eventual conflito normativo: o direito doméstico ou o direito internacional? Ocorre que na hipótese ora examinada não se está a tratar do direito internacional clássico em contraposição ao direito interno, mas de ramo jurídico de autonomia recente, qual seja: o direito internacional dos direitos humanos.

A propósito, Para Flávia Piovesan tais ramos do direito não são auto excludentes. Ao contrário, entende a jurista que instrumentos internacionais podem

complementar o arcabouço jurídico interno. Detalhando a matéria sobre eventual conflito normativo leciona a autora que:

> Em síntese, o Direito Internacional dos Direitos Humanos pode reforçar a imperatividade de direitos constitucionalmente garantidos – quando os instrumentos internacionais complementam dispositivos nacionais, ou quando estes reproduzem preceitos enunciados da ordem internacional – ou ainda estender o elenco dos direitos constitucionalmente garantidos – quando os instrumentos internacionais adicionam direitos não previstos na ordem jurídica interna. Contudo, ainda se faz possível uma terceira hipótese no campo jurídico: eventual conflito entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito interno. Essa terceira hipótese é a que encerra maior problemática, suscitando a seguinte indagação: como solucionar eventual conflito entre a Constituição e determinado tratado internacional de proteção dos direitos humanos?
> Poder-se-ia imaginar, como primeira alternativa, a adoção do critério "lei posterior revoga lei anterior com ela incompatível", considerando a natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Contudo, exame mais cauteloso da matéria aponta para um critério de solução diferenciado, absolutamente peculiar ao conflito em tela, que se situa no plano dos direitos fundamentais. E o critério a ser adotado se orienta pela escolha da norma mais favorável à vítima. Vale dizer, prevalece a norma mais benéfica ao indivíduo, titular do direito. O critério ou princípio da aplicação do dispositivo mais favorável à vítima não é apenas consagrado pelos próprios tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, mas também encontra apoio na prática ou jurisprudência dos órgãos de supervisão internacional. Na lição lapidar de Antônio Augusto Cançado Trindade, "desvencilhamo-nos das amarras da velha e ociosa polêmica entre monistas e dualistas; neste campo de proteção, não se trata de primazia do Direito Internacional ou do Direito interno, aqui em constante interação: a primazia é, no presente domínio, da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos consagrados da pessoa humana, seja ela uma norma de Direito Internacional ou ou de Direito Interno". Isto é, no plano de proteção dos direitos humanos interagem o Direito Internacional e o Direito interno movidos pelas mesmas necessidades de protelção, prevalecendo as normas que melhor protejam o ser humano, tendo em vista que a primazia é da pessoa humana. Os direitos internacionais constantes dos tratados de direitos humanos apenas vêm a aprimorar e fortalecer, nunca a restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo constitucional (PIOVESAN, 2013).

Antônio Augusto Cançado Trindade, ao apresentar a obra "Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional" de autoria de Flávia Piovesan, exalta a autonomia deste recente ramo do direito, destacados suas características:

> ao final de cinco décadas de extraordinária evolução, o direito internacional dos direitos humanos afirma-se hoje, com inegável vigor, como um ramo autônomo do direito, dotado de especificidade própria. Trata-se essencialmente de um direito de proteção, marcado por uma lógica própria, e voltado à salvaguarda dos direitos dos seres humanos e não dos Estados. Formam-no, no plano substantivo, um conjunto de normas que requerem uma interpretação de modo a lograr seu objeto e propósito e, no plano operacional, uma série de mecanismos (de petições ou denúncias, relatórios e investigações) de supervisão ou controle que lhe são próprios. A conformação deste novo e vasto *corpus juris* vem atender a uma das

> grandes preocupações de nossos tempos: assegurar a proteção do ser humano, nos planos nacional e internacional em toda e qualquer circunstância (PIOVESAN, 2013).

Necessário pontuar que o presente estudo não objetiva menosprezar a importância ou defender a tese de rebaixamento do *status* jurídico da Constituição frente aos tratados internacionais. Ao revés, o que se almeja é ressaltar a necessidade de inserção subsidiária à jurisdição nacional de mecanismos internacionais "quase-judiciais" e jurisdicionais de proteção e materialização de direitos humanos quando o agir do Estado se demonstrar insuficiente.

Também se pretende discutir o "dogma da última palavra" conferido ao Supremo Tribunal Federal, haja vista que, como se verá, em determinadas circunstâncias até mesmo o próprio Pretório Excelso pode personificar o agente violador de Direitos Humanos.

Tal argumento reforça a necessidade de uma nova mentalidade jurídica que reconheça que não se pode conceber o ordenamento jurídico interno com autonomia e independência absolutas com relação as leis internalizadas provenientes de tratados internacionais. Deve-se incentivar uma cultura jurídica de cooperação e interdependência sempre objetivando a tutela mais eficaz ao ser humano.

O que se busca detalhar é que eventual colisão de decisões entre um Tribunal interno e uma Corte internacional não deve representar um conflito jurídico-político em que se discuta qual jurisdição deva prevalecer. Ou seja, não se pode admitir que Tribunais que estão legitimados por diplomas jurídicos se desafiem. Necessário maturidade democrática para que o Estado brasileiro, cumprindo os compromissos firmados internacionalmente, reconheça a jurisdição e autoridade de um Tribunal de proteção aos direitos humanos quando a solução jurídica prevista no tratado internacional for mais benéfica à vítima – *haja vista ter o Estado manifestado previamente sua anuência ao respectivo tratado*.

O confronto de decisões que se examina no presente trabalho ocorre quando o STF e a Corte Interamericana enfrentam a mesma matéria e produzem respostas jurisdicionais opostas e conflitantes. Não se trata de conflito de competência, litispendência ou ofensa à coisa julgada, haja vista que tais órgãos judiciais se situam em dimensões jurisdicionais autônomas: o STF como órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro no direito interno e a Corte Interamericana como tribunal internacional com *função complementar* à jurisdição doméstica,

especializado em matéria de direitos humanos em último grau, no sistema internacional regional.

Assim, o que se busca preservar é o princípio da segurança jurídica do jurisdicionado, haja vista que não se admite que a mesma questão seja regida por respostas jurisdicionais opostas. Conforme se destacará ao longo do presente ensaio, este fenômeno já ocorreu com a Lei brasileira nº 6.683/1979 (popularmente conhecida como “Lei de Anistia”) em que o STF declarou sua constitucionalidade e manteve sua vigência e aplicação enquanto que a Corte Interamericana declarou que a mesma lei carece de efeitos jurídicos, e, por consequência, deve ser considerada inaplicável.

É exatamente neste conflito de decisões que se revela a colisão de paradigmas: Entendem os constitucionalistas que deve prevalecer a decisão do STF – *em qualquer hipótese* –, enquanto que a corrente internacionalista sustenta a prevalência da decisão internacional. Como toda pessoa que esteja sob a jurisdição do Estado brasileiro está protegida por ambos os tribunais (em decorrência da Constituição brasileira e da Convenção Americana), não se pode admitir que tal fenômeno persista causando insegurança jurídica tanto para o titular dos direitos constitucionalmente e/ou convencionalmente tutelados, quanto para os julgadores e demais profissionais do Direito que devem aplicar as normas contidas no ordenamento jurídico brasileiro.

1.1 Considerações históricas sobre a formação do Estado e do constitucionalismo brasileiro

O termo *constitucionalismo* é de uso relativamente recente[1] no vocabulário político e jurídico do mundo ocidental. Data de pouco mais de duzentos anos, sendo associado aos processos revolucionários francês e americano (BARROSO, 2013, p. 26-27).

Para Canotilho o constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão

[1] Norberto Bobbio também pondera que o constitucionalismo é um termo bastante recente no vocabulário político italiano, advertindo que seu uso não está ainda totalmente consolidado (1998, p. 246).

estruturante da organização político-social de uma comunidade (2003, p. 51). Ademais, importantíssima a ressalva feita pelo jurista português de que não existe *um constitucionalismo*, mas vários constitucionalismos (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês). Por assim ser, opta o renomado jurista em reconhecer a existência de vários *movimentos constitucionais* (2003, p. 51).

Luis Roberto Barroso pondera que constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, *rule of law, Rechtsstaat)* (2013, p. 27). No mesmo sentido Norberto Bobbio pontua que o constitucionalismo consiste na divisão do poder, de modo que se impeça todo o arbítrio; bem como também representa o "Governo das leis" e não dos homens, da racionalidade do direito e não do mero poder, sendo que a ideia de "limitação do poder" abriga um valor implícito que pode ser resumido na defesa dos direitos da pessoa, do indivíduo, do cidadão (1998, p. 248)**.**

Importante destacar as fases históricas do constitucionalismo, em que se pode dividi-lo em antigo *(antiguidade greco-romana)*, medieval *(Idade Média)* e moderno (ou contemporâneo)[2]. A propósito, como não existe constituição sem Estado, sobre o Estado moderno Luis Roberto Barroso leciona que:

> O Estado moderno surge no início do Século XVI, ao final da Idade Média, sobre as ruínas do feudalismo. Nasce absolutista, por circunstância e necessidade, com seus monarcas ungidos por direito divino. O poder secular liberta-se progressivamente do poder religioso, mas sem lhe desprezar o potencial de legitimação. *Soberania* é o conceito da hora, concebida como *absoluta* e *indivisível,* atributo essencial do poder político estatal. Dela derivam as ideias de supremacia interna e independência externa, essenciais à afirmação do Estado nacional, sobre os senhores feudais, no plano doméstico, e sobre a Igreja e o Império (romano-germânico), no plano internacional. Com Jean Bodin e Hobbes, a soberania

[2] A ideia de Constituição, tal como a conhecemos hoje, é produto da Modernidade, sendo tributária do Iluminismo e das revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, ocorridas na Inglaterra, nos Estados Unidos e na França. Ela está profundamente associada ao constitucionalismo moderno, que preconiza a limitação jurídica do poder político, em favor dos direitos dos governados (SARMENTO, SOUZA NETO, 2012).
Para Jorge Miranda o constitucionalismo moderno – produto da rutura histórica ocorrida no século XVIII nas ideias e nos factos, ou apenas nas ideias – tende a disciplinar toda a atividade dos governantes e todas as suas relações com os governados; declara uma vontade autónoma de refundação da ordem jurídica; e declarando-a, pretende abarcar todo o âmbito do Estado, através de normas adequadas aos fins assumidos por governantes e governados em cada época histórica. Como sintetiza Georges Burdeau, a Constituição aparece não já como um resultado, mas como um ponto de partida; já não é descritiva, mas criadora; a sua razão de ser não se encontra na sua vetustez, mas no seu significado jurídico; a sua força obrigatória decorre não do fatalismo histórico, mas da regra de direito que exprime (2013, p. 11-12).

> tem seu centro de gravidade no monarca. Com Locke e a Revolução Inglesa, ela se transfere para o Parlamento. Com Rousseau e as Revoluções Francesa e Americana, o poder soberano passa nominalmente para o povo, uma abstração aristocrático-burguesa que, com o tempo, iria democratizar-se. (2013, p. 31-32)

Destaque-se que a ideia de soberania surge como absoluta e indivisível. Aliás, a soberania qualifica o poder político estatal tanto na jurisdição doméstica, quanto no cenário político internacional, significando supremacia interna e autonomia e independência externa.

Pois bem, o que se observa destas primeiras considerações é que a Constituição simboliza a inauguração de um novo modelo político em substituição à concentração absoluta de poder, geralmente num único líder ou órgão. Exatamente por isso se revela comum na história da humanidade o surgimento de constituições após eventos revolucionários. Assim, a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787 surge após a independência norte-americana e a Constituição da França de 1791 com a queda da monarquia francesa;

No Brasil, contudo, não é isto que se observa.

Inicialmente deve-se ponderar que desde o "descobrimento[3]" em 1500, existem fases bem definidas sobre a história do Brasil que bem demonstram que o movimento constitucionalista desenvolvido em terras tupiniquins se diferencia dos modelos clássicos (EUA, França e Inglaterra), embora tenha sido por eles fortemente influenciado posteriormente.

O que se constata desde a análise do Brasil colônia é que por muito tempo predominou na cultura brasileira o patrimonialismo, a burocracia e a ausência de participação popular efetiva no espaço público.

Isto porque em uma sociedade agrária que por séculos vivera sem a presença de um Estado forte, onde a desigualdade econômica e social "era" imensa[4], movida pela mão de obra escravagista, acostumada a intensa exploração

---

[3] (...) para outros o termo correto seria "invasão" –, na data redonda de 1500. Se muitos são os eventos, contextos políticos e culturais que assinalam esses mais de cinco séculos de existência nacional, alguns traços insistem, teimosamente, em comparecer na agenda local. Um deles é justamente a nossa difícil e tortuosa construção da cidadania. (SCHWARCZ, STARLING, 2015, p. 13-14)

[4] Esta herança histórica foi destacada por Lilia M. Schwaez e Heloisa M. Starling por sua infeliz persistência na atualidade: Apesar de não existirem formas de discriminação no corpo da lei, os pobres e, sobretudo, as populações negras são ainda os mais culpabilizados pela Justiça, os que morrem mais cedo, têm menos acesso à educação superior pública ou a cargos mais qualificados no

pela metrópole e por outros aventureiros, o ano de 1808 marcou a “transplantação” do Estado português para o território brasileiro.

Significa dizer que diferente de outros povos, no Brasil – *que na época sequer era um país independente* – o Estado não é o resultado de uma construção[5] política, ideológica, sociológica e filosófica dos nativos do país. Ao contrário, com a chegada das caravelas portuguesas que traziam a família Real em janeiro de 1808 aportou no território brasileiro toda a estrutura de um Estado pensado e construído no Velho Continente sob as influências e tradições europeias.

Insista-se que tal evento não tem precedentes na história mundial: Pela primeira vez uma casa real cruzava o Atlântico e tentava a sorte longe do continente europeu (SCHWARCZ, STARLING, 2015 p. 163).

A concepção de “Estado” a ser desenvolvida neste trabalho segue a definição de Jorge Miranda que o compreende através de três elementos ou condições de existência: povo, território e poder político. Vale dizer, o Estado nacional soberano que, nascido na Europa, se espalhou sucessivamente por todo o mundo (2015, p. 03).

Aristóteles, Platão, Sócrates, Maquiavel, Hobbes, Montesquieu, Rousseau, Burke, Kant, Hegel, Tocqueville, Stuart Mill, Karl Shmidt, Marx, enfim, são inúmeros os clássicos pensadores, filósofos, teóricos e cientistas políticos que tentaram compreender o Estado, sua estrutura e funcionamento. Isto porque o Estado é um fenômeno abstrato[6]. Trata-se de uma ficção, uma construção intelectual que se desenvolveu e, ainda se desenvolve, na história da humanidade. Evidente, desta forma, a complexidade da análise, seja ela filosófica ou científica, desta Instituição -

---

mercado de trabalho. Marca forte e renitente, a herança da escravidão condiciona até nossa cultura, e a nação se define em tons e meio-tons, e até hoje sabemos que quem enriquece, quase sempre, embranquece, sendo o contrário também verdadeiro (2015, p. 15).

[5] Antônio Cândido, ao prefaciar a clássica obra “Raízes do Brasil” de autoria de Sérgio Buarque de Holanda, pontua que: A tentativa de implantação da cultura europeia em extenso território, dotado de condições naturais, se não adversas, largamente estranhas à sua tradição milenar, é, nas origens da sociedade brasileira, o fato dominante e mais rico em consequências. Trazendo de países distantes nossas formas de convívio, nossas instituições, nossas ideias, e timbrando em manter tudo isso em ambiente muitas vezes desfavorável e hostil, somos ainda hoje uns desterrados em nossa terra. Podemos construir obras excelentes, enriquecer nossa humanidade de aspectos novos e imprevistos, elevar à perfeição o tipo de civilização que representamos: o certo é que todo o fruto de nosso trabalho ou de nossa preguiça parece participar de um sistema de evolução próprio de outro clima e de outra paisagem. (HOLANDA, 1995, p. 31)

[6] Nesse sentido, Valter Foleto Santin sustenta que "O Estado é uma figura artificial, que tem o monopólio da força e usa o poder da soberania e da violência simbólica para a imposição e arrecadação de tributos, como meio para a obtenção de recursos para atendimento de suas finalidades de bem-estar social (2013, p.17).

ou conjunto de instituições – que se tornou unanimidade nas sociedades modernas e civilizações contemporâneas.

Analisar-se-á, doravante, a formação história do Estado brasileiro.

1.1.1 Do Brasil Colônia até 1808;

Oswald de Andrade, com a argúcia pertinente aos poetas, sintetizou num breve poema[7] um fato histórico de imenso impacto na cultura brasileira:

> Quando o português chegou
> Debaixo duma bruta chuva
> Vestiu o índio
> Que pena!
> Fosse uma manhã de sol
> O índio tinha despido
> O português.

De fato a Europa enfrentava uma “bruta chuva” na época do “descobrimento” do Brasil.

Entretanto, esta “tempestade” política, econômica e social era datada de alguns séculos anteriores. Boris Fausto destaca que a partir do ano de 1150 a Europa, nascida das ruínas do Império Romano e da presença dos chamados povos bárbaros, começou pouco a pouco a se modificar, pela expansão da agricultura e do comércio. Que Europa era essa? Indaga o ilustre historiador: uma região esmagadoramente rural, onde as cidades haviam regredido e as trocas econômicas diminuído muito, embora sem desaparecerem completamente. Ao mesmo tempo, o poder político se fragmentara e se descentralizara, não obstante o mito do Império ainda proporcionar certa coerência cultural e mesmo legal a toda a área (2006, p. 20).

Nesse sentido merece destaque este processo de expansão econômica e formação de grandes centros comerciais que contribuíram para o surgimento do Estado moderno no continente europeu:

> A expansão agrícola foi possível graças à abertura de novas regiões cultivadas, com a derrubada de florestas, a secagem de pântanos e o incentivo da expansão comercial. Esta resultou de várias fontes. Dentre eles, a crescente existência de produtos agrícolas não consumidos nos grandes domínios rurais que constituíam excedentes econômicos passíveis

[7] Obras completas, Volumes 6-7. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1972.

> de troca. Outros fatores foram a especialização de funções, demandando a compra de bens não produzidos em cada domínio rural, a busca de produtos destinados ao consumo de luxo da aristocracia. As cidades começaram a crescer e a se transformar em ilhas de relativa liberdade, reunindo artesãos, comerciantes e mesmo antigos servos que tentavam encontrar aí uma alternativa de vida, fugindo dos campos.
> A partir do século XIII, foram-se definindo por uma série de batalhas algumas fronteiras da Europa que, no caso da França, da Inglaterra e da Espanha, permanecem aproximadamente as mesmas até hoje. Dentro das fronteiras foi nascendo o Estado como uma organização política centralizada, cuja figura dominante – o príncipe – e a burocracia em que se apoiava tomaram contornos próprios que não se confundiam com os grupos sociais mesmo os mais privilegiados, como a nobreza. Esse processo durou séculos e alcançou seu ponto decisivo entre 1450 e 1550 (FAUSTO, 2006, p. 19-20).

Oswald de Andrade pontuou com acerto sobre a “bruta chuva” enfrentada pelos portugueses, mas o enfrentamento destas adversidades políticas e econômicas talhou o reino de Portugal como uma unidade política firme centralizada na figura do monarca.

> Portugal não escapou à crise geral do ocidente da Europa. Entretanto, enfrentou-a em condições políticas melhores do que a de outros reinos. Durante todo o século XV, Portugal foi um reino unificado e menos sujeito a convulsões e disputas, contrastando com a França, a Inglaterra, a Espanha e a Itália, todas envolvidas em guerras e complicações dinásticas. A monarquia portuguesa consolidou-se através de uma história que teve um dos seus pontos mais significativos na revolução de 1383-1385. A partir de uma disputa em torno da sucessão ao trono português, a burguesia comercial de Lisboa se revoltou. Seguiu-se uma grande sublevação popular, a “revolta do povo miúdo”, no dizer do cronista Fernão Lopes. A revolução era semelhante a outros acontecimentos que agitaram o ocidente europeu na mesma época, mas teve um desfecho diferente das revoltas camponesas esmagadas em outros países pelos grandes senhores. O problema da sucessão dinástica confundiu-se com uma guerra de independência, quando o rei de Castela, apoiado pela grande nobreza lusa, entrou em Portugal para assumir a regência do trono. No confronto, firmaram-se ao mesmo tempo a independência portuguesa e a ascensão ao poder da figura central da revolução, Dom João, conhecido como Mestre de Avis, filho bastardo do Rei Pedro I (FAUSTO, 2006, p. 22).

Raymundo Faoro observa que a Península Ibérica formou, plasmou e constituiu a sociedade sob o império da guerra (2001). Neste cenário de grandes batalhas desponta a figura do monarca como o líder absoluto de seu povo:

> Os dois caracteres conjugados – o rei senhor da guerra e o rei senhor de terras imensas – imprimiram a feição indelével à história do reino nascente. A crise de 1383-85, de onde nascerá uma nova dinastia, a dinastia de Avis, dará a fisionomia definitiva aos elementos ainda dispersos, vagos, em crescimento. Um fato quantitativo, o rei como o maior proprietário, ditará, em consonância com a chefia da guerra, a índole qualitativa, ainda mal colorida, da transformação do domínio da soberania – do *dominare* ao *regnare*. O

> centro supremo das decisões, das ações temerárias, cujo êxito geraria um reino e cujo malogro lançaria à miséria um conde, impediu que, dispersando-se o poder real em domínios, se constituísse uma camada autônoma, formada de nobres proprietários. Entre o rei e os súditos não há intermediários: um comanda e todos obedecem. A recalcitrância contra a palavra suprema se chamará traição, rebeldia à vontade que toma as deliberações superiores. O chefe da heterogênea hoste combatente não admite aliados e sócios: acima dele, só a Santa Sé, o papa e não o clero; abaixo dele, só há delegados sob suas ordens, súditos e subordinados (2001).

Na precisa expressão de Raymundo Faoro, o Rei, na verdade, era o senhor de tudo (2001). O absolutismo monárquico tem por característica a existência de um "poder absoluto", indelével, e concentrado na coroa, o que influenciará a construção do conceito de "soberania", característica fundamental do Estado moderno.

Importante destacar que esta ideologia de concentração de poder na figura do Rei influenciou a cultura do povo português e que, posteriormente, influenciaria também a cultura do povo brasileiro[8]. O dogma absolutista rechaça qualquer iniciativa democrática, haja vista que, por essência, se estrutura na desigualdade social, no estabelecimento de uma sociedade de castas, na dominação pelo poder econômico e ideologicamente amparado pela religião – *que no caso do Reino de Portugal estava atrelado ao catolicismo apostólico romano.*

Esta análise se faz necessária para verificar o contraste entre o desenvolvimento do continente europeu quando comparado ao continente americano, em especial, a região sul-americana – *região em que está geograficamente localizado o Brasil*. Pouco se sabe da história existente antes de 1500, mas pode-se afirmar que o europeu "encontrou" um território imenso, parcamente habitado por tribos nômades ainda na Idade da Pedra (PRADO JUNIOR, 2012, p. 14).

O progresso tecnológico do continente europeu se intensificava em virtude do comércio e com isso formavam-se centros comerciais, o que impulsionou o surgimento do Estado, haja vista que tais relações econômicas necessitavam de regulamentação. Nota-se que o Reino de Portugal tinha por característica a expansão comercial através das grandes navegações. No século XV, momento de

[8] O poder simbólico da ideologia sustentadora da monarquia é tão forte que nos dias atuais, mais de 1500 anos após a chegada dos portugueses, podem-se verificar resquícios desta influência ao se analisar a cultura popular brasileira: Temos o "Rei do futebol" (Pelé); o "Rei Roberto Carlos", na música; a "Rainha dos baixinhos", no entretenimento televisivo. As palavras "rainha" e "princesa" significando elogios e "bobo da Corte" como insulto, também integram o vocabulário pátrio e a cultura popular.

efervescência política e expansão econômica, o reino lusitano, que já estava habituado às grandes expedições ultramarinas em virtude de seu comércio com à Índia, se depara com um território de dimensões continentais, pouco povoado com nativos de cultura tribal[9] que desconheciam[10], em absoluto, a cultura europeia.

Ademais, Caio Prado Júnior relata que a colonização do Brasil constituiu para Portugal um problema de difícil solução. Com sua população pouco superior a 1 milhão de habitantes e suas demais conquistas ultramarinas da África e Ásia de que cuidar, pouco lhe sobrava, em gente e cabedais, para dedicar ao ocasional achado de Cabral (2012, p. 13). Isto porque faltava estrutura ao pequeno reino lusitano para se tornar uma potência colonizadora.

> O surto marítimo que enche sua história do século XV não resultara do extravasamento de nenhum excesso de população, mas fora apenas provocado por uma burguesia comercial sedenta de lucros, e que não encontrava, no reduzido território pátrio, satisfação à sua desmedida ambição. A ascensão do fundador da Casa de Avis ao trono português trouxe essa burguesia para um primeiro plano. Fora ela quem, para se livrar da ameaça castelhana e do poder da nobreza, representado pela rainha Leonor Teles, cingira o Mestre de Avis com a Coroa lusitana. Era ela, portanto, quem devia merecer do novo rei o melhor das suas atenções (PRADO JÚNIOR, 2012, p. 13).

A primeira impressão sobre o "novo mundo" não agradou os portugueses. Um povo de mercadores em franca ascensão com uma economia predominantemente burguesa não se motivou com uma civilização que sequer conhecia a moeda. Por não identificarem, a princípio, bens que poderiam ser úteis ao mercado – *com exceção ao pau-brasil* –, o que restou para a nova terra descoberta foi o desprezo da metrópole, ao menos nos primeiros trinta anos.

> As notícias a respeito eram pouco animadoras. "Pode-se dizer que nela não encontramos nada de proveito", escreve Vespucci, referindo-se à terra descoberta por Cabral. A solução acertada, portanto, para um povo de comerciantes, era naturalmente o abandono. E assim se procedeu. Afora as concessões para a exploração do pau-brasil, única riqueza aproveitável encontrada, nada mais fez a Coroa portuguesa com relação à nova colônia nos primeiros trinta anos posteriores à descoberta (PRADO JÚNIOR, 2012, p. 14)

---

[9] Quando os europeus chegaram à terra que viria a ser o Brasil, encontraram uma população ameríndia bastante homogênea em termos culturais e linguísticos, distribuída ao longo da costa e na bacia dos Rios Paraná-Paraguai (FAUSTO, 2006, p. 37).

[10] No Brasil não se morre senão de velhice, onde a gente vive *"em une admirable simplicité et ignorance, sans lettres, sans loy, sans relligion quelconque".* (...) Nesse país não há trabalho, nem medo, nem governo, nem submissão (FAORO, 2001).

Entretanto, Portugal não poderia deixar tão vasto território à mercê de outros povos conquistadores, e, por assim ser, instalou-se na colônia as capitanias hereditárias, cultura adotada com sucesso em outras terras conquistadas, a exemplo a colonização dos Açores e da Madeira. Praticamente se entregou à iniciativa privada a regência do "novo mundo". Para Caio Prado Júnior, entregando à iniciativa privada a solução do caso, forrava-se a Coroa portuguesa do ônus, que dificilmente suportaria, da ocupação efetiva da terra por conta própria (2012, p. 15).

Embora inicialmente com características feudais, o regime das capitanias não prevaleceu desta forma por muito tempo. Já em 1549 institui-se o governo-geral, que tem por marca característica o resgate pela Coroa das capitanias doadas.

> O caráter mais profundo da colonização reside na forma pela qual se distribuiu a terra. A superfície do solo e seus recursos naturais constituíam, naturalmente, a única riqueza da colônia. Não éramos, como as Índias, um país de civilização avançada, cujo aproveitamento pelos conquistadores se pudesse fazer pelo comércio ou pelo saque – que na época se confundiam num só e mesmo conceito. Aqui, uma só riqueza: os recursos naturais; daí uma só forma de exploração: a agricultura ou a pecuária, subordinadas ambas à posse fundiária. Assim um povo de comerciantes, que fazia um século se afastara do cultivo do solo para se dedicar de preferência à especulação mercantil, era novamente arrastado para o amanho da terra (PRADO JÚNIOR, 2012, p. 16).

Em seguida foram implantadas as "sesmarias" que conferiam aos proprietários um lapso temporal para seu aproveitamento. Na distribuição destas sesmarias privilegiavam-se os mais abastados, e também influenciava na distribuição de terras questões de ordem pessoal, notadamente a proximidade e prestígio de algumas camadas sociais junto à Coroa. Sobre a economia colonial Caio Prado Júnior pondera que:

> A economia agrária colonial sempre teve por tipo a grande exploração rural. Estão aí as lavouras de cana e os engenhos de açúcar – nossa principal riqueza de então –, os extensos latifúndios dedicados à pecuária; enfim, as demais indústrias agrícolas que, embora em menor escala, sempre se revestem do mesmo caráter das grandes explorações. Basta lembrar que nosso trabalho agrícola sempre se baseou no braço escravo, negro ou índio (2012, p. 19)

Tais características colaboram para entender que em suas raízes o Brasil já nasceu patrimonialista, escravocrata, formando um ambiente completamente hostil às aspirações democráticas. Onde há concentração de poder político, que se confunde com o patrimônio, não há o menor interesse em democracia ou respeito aos direitos fundamentais.

A escravidão é uma profunda marca na cultura brasileira. Inicialmente com o índio, e posteriormente com o negro, a mão de obra na colônia era predominantemente escravocrata. O regime de grandes latifúndios implantado no Brasil fez com que os grandes proprietários alcançassem um número de escravos considerável[11]. Sobre a escravidão enquanto processo de dominação social Fernando Henrique Cardoso pondera que:

> A definição do escravo como um *objeto* e a incapacidade do escravo realizar socialmente desígnios seus, ou de sequer concebê-los, marcam a situação social do escravo. Por outro lado, a forma violenta pela qual os dominadores impunham seus interesses e sua vontade aos escravos, obtendo, dessa maneira, a transformação do negro em *instrumento*, exprime a forma específica que a dominação senhorial assume na sociedade escravocrata. A escravidão é um sistema de dominação no qual transparece de forma pura a relação que existe obscurecida em qualquer outro sistema social baseado na superposição de camadas portadoras de interesses antagônicos: a integração do sistema mantém-se pelo exercício da violência. A imagem do escravo como *objeto* e a heteronomia na ação que os dominadores impõem aos dominados no regime escravocrata desenvolve-se plenamente os escravos, além disso, são socializados apenas para as tarefas da produção escravista. Dessa forma o sistema resguarda-se contra possíveis reações dos cativos, destruindo as possibilidades de ação coordenada contra o sistema servil: o escravo torna-se um ser parcial, capaz apenas de executar as formas mais rudes de trabalho. Por isso, a socialização parcial, inadequada para o desenvolvimento da personalidade humana, e a violência constante constituem os mecanismos básicos de sustentação da ordem escravocrata. (1997, p. 276)

Consultando-se livros históricos, José Eloy Pessoa da Silva, em sua obra *"Memoria sobre a escravatura"* traz um conceito de escravo que colabora com a análise ora desenvolvida:

> Definido geralmente: escracho he o homem que perdeo o direito de propriedade de sua pessoa; vindo este direito a pertencer a outro homem, ou sociedade, que por isso se dizem Senhor, e podem dispor d´aquelle como de qualquer outro bem (1826, p. 07)

No mesmo sentido, Adolfo Bezerra de Menezes, em sua obra *"A escravidão no Brasil e as medidas que convem tomar para extinguil-a sem damno para a nação",* afirma que:

> O escravo, entre nós, e onde quer que existe, é considerado não como pessoa, mas como cousa!
> Para quem o possue, ele não é mais que uma propriedade, bens da fortuna, dos quaes procura tirar todo o proveito, todo o lucro possível.

[11] Não raro deparamos com proprietários de mais de mil escravos (PRADO JÚNIOR, 2012, p. 20).

> A educação desse simulacro de gente, limita-se a algum officio mecânico, que o torne mais productivo, mais rendoso a seu senhor!
> Nem os principios mais geraes, nem as noções as mais simples e comezinhas da moral e da religião, sem os quaes a humanidade se avilta até as condições dos brutos, procura o deshumano senhor plantar nessas almas, a quem o baptismo abre as portas do céo, e os sofrimentos dão direito a bem-aventurança; mas que são condemnados, talvez, a perdição eterna pelos instinctos brutaes que borbulham em todo o espirito, para o qual não existe nem a contensão moral, nem a contensão religiosa.
> (...)
> O escravo embrutecido pela educação que recebe e pela vida que leva, não conhece o que seja honra, nem o que seja dever; não conhece a repressão moral, só obedece a repressão material.
> Resulta dahi que a prostituição, com todo o cortejo de vícios humanos, é a condição da mulher escrava; e que o ódio e desejo ardente, insaciável de vingança, é o sentimento mais forte do coração do negro para com a raça branca em geral, e para com seu senhor em particular (1869, p. 5-6)

Verifica-se, assim, que em uma sociedade predominantemente agrária[12], em que os centros urbanos eram de insignificante importância, constituída, quase em sua totalidade, por escravos *(negros e índios[13]),* índios e mestiços, com um mercado interno de pouca expressão[14], até a chegada da Corte Real Portuguesa em 1808, não havia no tecido social brasileiro um cenário propício às grandes revoluções ou mesmo para a construção do Estado.

Diferente do que ocorreu com os EUA, no Brasil colônia não houve manifestações populares capazes de abalar o vínculo da colonização com a metrópole – *embora se reconheça a existência de eventos regionais de menor expressão*. Também não merecem registro experiências revolucionárias lideradas

[12] Toda a estrutura de nossa sociedade colonial teve sua base fora dos meios urbanos. É preciso considerar esse fato para se compreenderem exatamente as condições que, por via direta ou indireta, nos governaram até muito depois de proclamada nossa independência política e cujos reflexos não se apagaram ainda hoje.
Se, conforme opinião sustentada em capítulo anterior, não foi a rigor uma civilização agrícola o que os portugueses instauraram no Brasil, foi, sem dúvida, uma civilização de raízes rurais. É efetivamente nas propriedades rústicas que toda a vida da colônia se concentra durante os séculos iniciais da ocupação europeia: as cidades são virtualmente, se não de fato, simples dependência delas. Com pouco exagero pode dizer-se que situação não se modificou essencialmente até à Abolição. 1888 representa o marco divisório entre duas épocas; em nossa evolução nacional, essa data assume significado singular e incomparável (HOLANDA, 1995, p. 73).

[13] Embora a servidão índia, sob estas formas, tenha se mantido até meados do século XVIII – *quando então fora totalmente abolida por Pombal* – os índios estavam situados em seu habitat natural, e exatamente por isso, não temiam as fugas, a exemplo dos negros que eram estrangeiros e não conheciam o Brasil. Além do mais, ofereciam também, ao contrário dos negros, pouca resistência física no cativeiro. A sua dizimação pela moléstia e maus-tratos foi espantosa (PRADO JÚNIOR, p. 27).

[14] Quanto à (economia) urbana, ela é no primeiro século e meio da colonização praticamente inexistente. Nem a indústria, nem o comércio, estes elementos constitutivos da economia urbana, tinham então importância suficiente para se caracterizarem como categorias distintas da exploração primária do solo. O comércio estava limitado aos pequenos mercadores ambulantes que percorriam o interior à cata de fregueses. (...) É portanto no campo que se concentra a vida da colônia, e é a economia agrária a sua única base material (PRADO JÚNIOR, 2012, p. 23-24).

pela burguesia, haja vista que esta classe praticamente inexistia na colônia. Ao revés, os grandes latifundiários, que eram praticamente a única elite econômica existente no país, viviam confortavelmente explorando o trabalho escravo e dizimando índios e negros.

Com centros urbanos inexpressivos e uma população avessa à cultura acadêmica – *haja vista que esmagadora maioria da população sequer era alfabetizada* –, com um mercado interno de irrisória proporção, o Brasil colônia cultivava o atraso da vida colonial e aparentava rechaçar reformas políticas, haja vista que não havia interesse na divisão do poder que estava concentrado com os grandes senhores de terras. O "ser senhor de engenho", refere um cronista, "é título a que muitos aspiram porque traz consigo o ser servido, obedecido e respeitado de muitos" (PRADO JÚNIOR, 2012, p. 24).

Nesse sentido Sérgio Buarque de Holanda leciona que:

> Na ausência de uma burguesia urbana independente, os candidatos à funções novamente criadas recrutam-se, por força, entre indivíduos da mesma massa dos antigos senhores rurais, portadores de mentalidade e tendência características dessa classe. Toda a ordem administrativa do país, durante o Império e mesmo depois, já no regime republicano, há de comportar, por isso, elementos estreitamente vinculados ao velho sistema senhorial.
>
> Essas condições representam o prolongamento de um fato muito real e sensível, que prevaleceu durante o regime colonial. Durante largo tempo, de algum modo até à vinda da Corte portuguesa para o Rio de Janeiro, constituímos uma estrutura *sui generis*, mesmo comparados aos outros países americanos, àqueles, em particular, onde a vida econômica se apoiou quase totalmente, como aqui, no trabalho servil.
>
> A regra, em todo o mundo e em todas as épocas, foi sempre o contrários: a prosperidade dos meios urbanos fazendo-se à custa dos centros de produção agrícola. Sem o incremento das cidades e a formação de classes não agrárias, o que tem sucedido constantemente é que a terra entra a concentrar-se, pouco a pouco, nas mãos dos representantes de tais classes, que residem, em geral, nas cidades e consomem a produção dos elementos rurais, sem lhes dar, no entanto, o equivalente econômico do que recebem.
>
> Se não parece muito exato dizer-se que tivemos entre nós justamente o reverso de tal medalha, é por ter sido precário e relativo o incremento das nossas cidades durante todo o período colonial. Deve-se reter, todavia, este fato significativo, de que, naquele período, os centros urbanos brasileiros nunca deixaram de se ressentir fortemente da *ditadura* dos domínios rurais. É importante assinalar-se tal fato, porque ajuda a discriminar o caráter próprios das nossas cidades coloniais. As funções mais elevadas cabiam nelas, em realidade, aos senhores de terras. São comuns em nossa história colonial as queixas dos comerciantes, habitadores das cidades, contra o monopólio das poderosas câmaras municipais pelos lavradores. A pretensão dos mercadores de se ombrearem com os proprietários rurais passava por impertinente, e chegou a ser tachada de absurda pela própria Corte de Lisboa, pois o título de senhor de engenho, segundo refere o cronista, podia ser considerado tão alto como os títulos de nobreza do Reino de Portugal (1995, p. 89)

A título de arremate pondera Caio Prado Jr que:

> Toda essa população que se comprime nos grandes domínios vive, como notamos, na mais completa dependência dos senhores rurais. (...)
> Segue-se daí para estes, na ordem política, um poder de fato que ofusca a própria soberania teórica da Coroa. Até meados do século XVII pode-se afirmar que a autoridade desta somente se exerce efetivamente dentro dos estreitos limites da sede do governo-geral. (2012, p. 30)

A intensa desigualdade social, a escravidão do negro (gênese do racismo[15]) e a perseguição ao índio, o patrimônio confundindo-se com poder político e jurisdicional, são estigmas do Brasil colônia que irradiaram efeitos sobre a formação do Estado brasileiro.

Nota-se que em suas origens o Brasil colônia sustentava a prevalência do patrimônio sobre a dignidade da pessoa humana, sendo que a abismal desigualdade econômica existente na época moldou uma cultura de distanciamento entre classes sociais que beirava a predestinação: pobres nasciam para viver e morrer como pobres, marginalizados politicamente, e de inacessível ascensão social.

Evidente, assim, que em uma sociedade de "donos do poder" a legitimação da autoridade se firmava à revelia da participação popular.

1.1.2 De 1808 até a Constituição Republicana de 1891

A turbulência experimentada pelo continente Europeu em virtude da expansão napoleônica afetou diretamente os interesses da coroa portuguesa. É essencial considerar a conjuntura política europeia da época para compreender que

[15] A título de exemplo registre-se a passagem narrada por Sérgio Buarque de Holanda: Longe de condenar os casamentos mistos de indígenas e brancos, o governo português tratou, em mais de uma ocasião, de estimulá-los, e é conhecido o alvará de 1755, determinando que os cônjuges, nesses casos, "não fiquem com infâmia alguma, antes muito hábeis para os cargos dos lugares onde residirem não menos que seus filhos e descendentes, os quais até terão preferência para qualquer emprego, honra ou dignidade, sem dependência de dispensa alguma, ficando, outrossim proibido, sob pena de procedimento, dar-se-lhes o nome de caboclos, ou, outros semelhantes, que se possam reputar injuriosos". Os pretos e descendentes de pretos, esses continuam relegados, ao menos em certos textos oficiais, a trabalhos de baixa reputação, os *negro Jobs*, que tanto degradam o indivíduo que os exerce, como sua geração. Assim é que, em portaria de 6 de agosto de 1771, o vice-rei do Brasil mandou dar baixa do posto de capitão-mor a um índio, porque "se mostrara de tão baixos sentimentos que casou com uma preta, manchando o seu sangue com esta aliança, e tornando-se assim indigno de exercer o referido posto" (1995, p. 56).

a vinda da corte real ao Brasil não foi um projeto minuciosamente arquitetado pelo príncipe regente Dom João VI. Em verdade, Portugal situava-se na “linha de fogo” entre Inglaterra e França e sem um exército considerável que lhe oferecesse defesa, tampouco interesse em se envolver em conflitos bélicos que não integravam sua política externa, em questão de dias o príncipe regente teve que decidir em permanecer em Lisboa, e ser dominado pelas tropas francesas, ou partir para a colônia de além-mar preservando-se a Coroa.

A decisão de d. João foi firmada na madrugada de 25 de novembro de 1807. Era hora de executar, rapidamente, uma gigantesca tarefa: transladar da terra para o mar tudo e todos que significassem sobrevivência e sustentação do governo monárquico, a ser instalado no Rio de Janeiro (SCHWARCZ, STARLING, 2015, p.163). Conforme leciona Boris Fausto é inegável que a transferência da sede da monarquia portuguesa para o Brasil mudou o quadro das relações internacionais no contexto da América do Sul. A política externa de Portugal passou a ser decidida na colônia (2006, p. 125).

Caio Prado Júnior entende que a transferência da Corte portuguesa para o Brasil em 1808 veio dar à nossa emancipação política um caráter que a singulariza no conjunto do processo histórico da independência das colônias americanas. Todas elas, mais ou menos pela mesma época, romperam os laços de subordinação que as prendiam às nações do Velho Mundo. Mas enquanto nas demais a separação é violenta e se resolve nos campos de batalha, no Brasil é o próprio governo metropolitano, premido pelas circunstâncias, embora ocasionais, que faziam da colônia a sede da monarquia, quem vai paradoxalmente lançar as bases da autonomia brasileira (2012, p. 44).

Este acontecimento histórico é tão extraordinário que as historiadoras Lilia M. Scharcz e Heloisa M. Starling a definiram como “história de enredo único, um império seria agora dirigido a partir de sua colônia: as coisas andavam mesmo de ponta-cabeças e do avesso” (2015, p. 171). Ademais, pontuam as mencionadas autoras, não eram indivíduos isolados que fugiam às pressas, e sim a sede do Estado português que mudava de endereço, com seu aparelho administrativo e burocrático, seu tesouro, suas repartições, secretarias, tribunais, arquivos e funcionários. Acompanhava a rainha e o príncipe regente tudo aquilo que representasse a monarquia: os personagens, os paramentos, os costumeiros rituais de corte e cerimoniais religiosos, as instituições, o erário, os emblemas... Enfim, todo

o arsenal necessário para sustentar a dinastia e os negócios do governo de Portugal e a eles dar continuidade (SCHARCZ, STARLING, 2015, p. 163).

O que se constata é que uma colônia americana que vivia praticamente acéfala em termos governamentais, da noite para o dia recebeu o próprio Estado. O poder político que antes se concentrava localmente com os senhores de terras agora é avocado pela coroa e o príncipe regente instala na cidade do Rio de Janeiro a sede do Estado português.

O que se quer destacar é que o que existiu de fato foi a transplantação de um Estado pronto e acabado da metrópole para a colônia. A população nativa não ofereceu resistência a este evento, e nem poderia, haja vista que, conforme ensina Caio Prado Júnior as camadas populares não se encontravam politicamente maduras para fazerem prevalecer suas reinvindicações (2012, p. 49). Não existiu um processo gradual de implantação[16] do Estado, tampouco houve efetiva participação popular na elaboração teórica e construção das instituições.

Com a implantação da Corte na cidade do Rio de Janeiro a vida colonial mudou drasticamente. Boris Fausto leciona que a presença da Corte no Rio de Janeiro contribuiu para dar à Independência o caráter de uma transição sem grandes saltos (2006, p. 127). Entretanto, conforme pontua José Afonso da Silva o processo constitucional brasileiro inicia-se com uma singularidade: *começa antes mesmo da independência quando o Brasil ainda era Reino Unido a Portugal* (2011, P. 45). Nesse sentido:

> O normal é que um povo conquiste sua independência, para depois ou concomitantemente ter início seu processo formal de constitucionalização. No Brasil não foi assim. Teve até uma Constituição, por algumas horas, bem antes de se tornar independente: foi a Constituição espanhola de 1812, dita “de Cádiz”, que Dom João VI, na noite de 21.4.1821, ordenou fosse observada no Brasil até que estivesse estabelecida a Constituição de Portugal, que estava sendo adotada pelas Cortes de Lisboa. Na manhã do dia seguinte foi revogado o ato de adoção dessa Constituição. Mas o Brasil já vivia o momento histórico de fundação de um novo Estado, que teria que desencadear-se na proclamação da Independência com a adoção de sua própria Constituição. D. João VI retorna a Portugal e deixa aqui D. Pedro de Alcântara, seu filho mais velho. (2011, p. 45)

[16] Todo um aparelho burocrático vinha para a Colônia: ministros, conselheiros, juízes da Corte Suprema, funcionários do Tesouro, patentes do exército e da marinha, membros do alto clero (FAUSTO, 2006, p. 121).

Verifica-se que a partir de 1808 a Coroa passa a exercer a regência da colônia no território da própria colônia – *que passa a ser a sede do governo* –, sendo que o que se nota de mais significativo neste período é a importação da cultura europeia para a cidade do Rio de Janeiro. Pois bem, em 16 de dezembro de 1815, na véspera da comemoração do 81º aniversário de d. Maria I, d. João elevou o Brasil à condição de Reino Unido a Portugal e Algarves, e transformou a colônia em sede do Império português (SCHARCZ, STARLING, 2015, p. 189).

Ocorre que o desenvolvimento institucional trazido pela Coroa portuguesa tornava a cultura colonial incompatível com o progresso político experimentado pelo país. Nesse sentido Caio Prado Júnior pondera que:

> Já vimos como a emancipação política do Brasil resultou do desenvolvimento econômico do país, incompatível com o regime de colônia que o peava, e que por conseguinte, sob sua pressão, tinha de ceder. Em outras palavras, é a superestrutura política do Brasil Colônia que, já não correspondendo ao estado das forças produtivas e à infraestrutura econômica do país, se rompe, para dar lugar a outras formas mais adequadas às novas condições econômicas e capazes de conter a sua evolução. A repercussão desse fato no terreno político – a revolução da Independência – não é mais que o termo final do processo de diferenciação de interesses nacionais, ligados ao desenvolvimento econômico do país, e por isso mesmo distintos dos da metrópole e contrários a eles.
> A intervenção de fatores por assim dizer estranhos ao Brasil, e que fazem dele momentaneamente sede da monarquia portuguesa, emprestam à Independência brasileira um caráter em que faltam a violência e os conflitos armados que observamos nas demais colônias americanas. Tivemos um período de transição em que, sem sermos ainda uma nação de todo autônoma, não éramos tampouco propriamente uma colônia. Mas, no fundo, o fenômeno é o mesmo. Realizada por esta ou aquela forma, a emancipação de uma colônia resulta sempre de sua evolução econômica incompatível com o estatuto colonial. E se nos foi poupada uma luta de proporções talvez consideráveis, a exemplo da América espanhola ou inglesa, tivemos doutro lado, para o estabelecimento definitivo da nossa autonomia, de arcar com dificuldades não menos sérias, ainda que de outra natureza (2012, p. 50)

A guerra se encerrou na Europa com a derrota de Napoleão em 1814. Sob esta ótica não havia razões para a permanência da Corte Real Portuguesa no Brasil. Contudo, Dom João VI decidiu permanecer na colônia e, como visto linhas acima, após elevar o Brasil à condição de Reino Unido a Portugal e Algarves, recebeu a Coroa com o falecimento da rainha.

Entretanto, Portugal não poderia ficar desprovido de um monarca e após a ausência da ameaça francesa não havia motivos para que o rei não retornasse ao

trono português que o esperava no Velho Continente. Este fator é fundamental para compreender que, conforme ensina Boris Fausto, a Independência se explica por um conjunto de fatores, tanto internos como externos, mas foram os ventos trazidos de fora que imprimiram aos acontecimentos um rumo imprevisto pela maioria dos atores envolvidos, em uma escalada que passou da defesa da autonomia brasileira à ideia de independência (2006, p. 129).

Com a revolução liberal que eclodiu em Portugal em agosto de 1820, uma profunda crise se instalou pela ausência do monarca e da estrutura do Estado no território português. Crise econômica somada a ausência de governo estabelecido[17] pressionavam Dom João a regressar para a Europa.

Interessante notar que, conforme leciona Boris Fausto, a revolução portuguesa de 1820 tinha aspectos contraditórios para os brasileiros. Podia ser definida como liberal, por considerar a monarquia absoluta um regime ultrapassado e opressivo e por tratar de dar vida a órgãos de representação da sociedade, como é o caso das Cortes. Ao mesmo tempo, ao promover os interesses da burguesia lusa e tentar limitar a influência inglesa, pretendia fazer com que o Brasil voltasse a se subordinar inteiramente a Portugal (FAUSTO, 2006, p. 130).

Com a exigência por parte dos revolucionários portugueses do retorno imediato do rei, tornou-se insustentável para o monarca sua permanência na América. Este cenário reforçou na sociedade brasileira o ideal da Independência.

A independência do Brasil ficou marcada como um arranjo político da própria família Real Portuguesa em que o Rei Dom João VI não oferece resistência aos movimentos de Independência liderados por seu filho, Dom Pedro I. Para Boris Fausto, a emancipação do Brasil não resultou em maiores alterações da ordem social e econômica, ou da forma de governo. Exemplo único na história da América Latina, o Brasil ficou sendo uma monarquia entre repúblicas (2006, p. 146).

Ademais, a elite econômica da época se beneficiou com a monarquia, razão pela qual não havia interesse desta classe dominante em grandes reformas políticas. Ao revés, o que se objetivou com a Independência foi, antes de qualquer outro fator, a preservação da estabilidade política e econômica vivenciadas no período colonial:

[17] Basta lembrar que, na ausência de Dom João, Portugal foi governado por um conselho de regência presidido pelo marechal inglês Beresford. Depois da guerra, Beresford se tornou o comandante do Exército português (FAUSTO, 2006, P. 130).

> Uma das principais razões dessa continuidade se encontra na vinda da família real para o Brasil e na forma como se deu o processo de independência. A abertura dos portos por parte de Dom João VI estabeleceu, como vimos, uma ponte entre a Coroa portuguesa e os setores dominantes da Colônia, especialmente os que se concentravam no Rio de Janeiro, São Paulo e Minas Gerais. Os benefícios trazidos para a região fluminense, com a presença do rei no Brasil, vinham incentivar a expansão econômica daquela área, ligada aos negócios do açúcar, do café e do tráfico de escravos. Por certo, muitos descontentamentos com a Corte permaneceram, mas nada que lembrasse a insatisfação de algumas regiões do nordeste, onde despontaram as idéias de república. A elite política promotora da Independência não tinha interesse em favorecer rupturas que pudessem pôr em risco a estabilidade da antiga Colônia. É significativo que os esforços pela autonomia, que desembocaram na Independência, concentraram-se na figura do rei e depois na do príncipe regente. Nos primeiros anos após a Independência, a monarquia se transformou em um símbolo de autoridade, mesmo quando Dom Pedro I era contestado (FAUSTO, 2006, 146-147)

Observa-se, assim, que a independência também não resultou de ampla participação popular. De forma completamente atípica foi o próprio herdeiro do trono português quem promoveu e conduziu o processo de independência se auto coroando como imperador do Brasil. Ressalte-se, uma vez mais, que neste momento histórico também não há ambiente propício para a consolidação da democracia.

Ante este novo cenário tornou-se indispensável a elaboração de uma Constituição que desse forma ao Estado brasileiro. Contudo, Boris Fausto assinala que a primeira Constituição brasileira nascia de cima para baixo, imposta pelo rei ao "povo", embora devamos entender por "povo" a minoria de brancos e mestiços que votava e que de algum modo tinha participação na vida política (2006, p. 149).

Importante pontuar que existem dois fatores que merecem atenção: 1. Parcela considerável da população brasileira não receberia a tutela constitucional pelo texto que fora elaborado; 2. O caráter utópico[18] ou muito distante entre o texto do documento e a realidade – *fator este que comprometia a formação de um sentimento constitucional*.

> Um contingente ponderável da população – os escravos – estava excluído de seus dispositivos. Deles não se cogita, a não ser obliquamente, quando

[18] As boas intenções de d. Pedro ficaram contudo nas promessas. A Constituição, regularmente aceita pelas câmaras municipais do país, e por ele jurada, ficou inteiramente letra morta. Não se convocou o Parlamento senão dois anos depois, e continuou tal qual o governo absoluto do imperador. No seu íntimo, afagava d. Pedro o firme propósito de a revogar sumariamente, logo que isso lhe parecesse oportuno. (PRADO JÚNIOR, 2012, p. 59).

> se fala dos libertos. O outro ponto se refere à distância entre os princípios e a prática. A Constituição representava um avanço, ao organizar os poderes, definir atribuições, garantir direitos individuais. O problema é que, sobretudo no campo dos direitos, sua aplicação seria muito relativa. Aos direitos se sobrepunha a realidade de um país onde mesmo a massa da população livre dependia dos grandes proprietários rurais, onde só um pequeno grupo tinha instrução e onde existia uma tradição autoritária (FAUSTO, 2006, p. 149).

Além de regido por uma monarquia constitucional[19] o Brasil nascia como um Estado confessional tendo por denominação religiosa oficial a religião católica apostólica romana, embora fossem permitidos cultos particulares de outras denominações.

Deve-se destacar também que o documento seguia o modelo liberal francês, prevendo um sistema representativo baseado na teoria da soberania nacional (SCHWARCZ, STARLING, 2015, p. 234).

Portanto, merece destaque o fato de que o primeiro Texto constitucional produzido já se estruturava na teoria da soberania nacional.

Sobre a Constituição de 1824, José Afonso da Silva leciona que a chave de toda a organização política estava efetivamente no Poder Moderador, concentrado na pessoa do Imperador. Este instituto criado ao lado dos três poderes tradicionais, trouxe reflexos culturais importantes, uma vez que, conforme a lição de José Afonso da Silva citando Itaboraí, no Brasil, o *Rei reinava, governava e administrava,* ao contrário do sistema inglês, onde vigia e vige o princípio de que o *Rei reina, mas não governa* (2005, p. 76).

Esta centralização de poder na figura do monarca enfraquecia os demais poderes, e retirava-lhes a autoridade. Assim, todo e qualquer ato tanto do Legislativo, quanto do Executivo, bem como do Judiciário, poderia ser revisado pelo Imperador[20], e, caso necessário, nulificado ou modificado, em regra, via decreto, conforme determinava o Art. 101, III da Constituição de 1824.

---

[19]A solução monárquica mais parecia uma contradição em seus próprios termos, dado que na conjuntura era difícil imaginar um processo de emancipação nas Américas sem prever, como decorrência, a instalação de um regime republicano. Contradições à parte, a decisão de realizar a independência com a forma de uma monarquia constitucional representativa significou uma opção política entre outras disponíveis, nessa agenda dos possíveis. Ela visava, em primeiro lugar, evitar o desmembramento da ex-colônia, a exemplo do que ocorrera na América espanhola, quando quatro vice-reinados se converteram em catorze países distintos. Além do mais, a opção por colocar o rei no poder referendava o perfil das elites políticas brasileiras, majoritariamente educadas em Coimbra e nos moldes da realeza (SCHWARCZ, STARLING, 2015 p .223).

[20]Sobre o poder moderador José Reinaldo de Lima Lopes leciona que o imperador é, pois, ao mesmo tempo Chefe Supremo e Primeiro Representante da Nação, não dos grupos particulares, das vilas,

Ademais, elucidativa a dicção dos artigos 98 e 99 daquela Carta Constitucional, vez que determinava, respectivamente, que *"o Poder Moderador é a chave de toda a organisação Politica, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos"* (art. 98), e também que "*a Pessoa do Imperador é inviolavel, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma*" (art. 99).

Demonstra-se, assim, a concentração de poder político e jurídico personificado no Imperador, tendo a Constituição mera função declaratória, reconhecendo esta supremacia imperial. Observa-se que a primeira Constituição brasileira já se sustentava na ideia de um poder incontestável, uma autoridade absoluta[21] que detinha a faculdade de intervir sempre que julgasse necessário. Portanto, verifica-se que desde a primeira Constituição brasileira já se inaugurou uma cultura de respeito à soberania.

1.1.3 A Constituição Republicana de 1891

A proclamação da República também não pode ser considerada um ato político e histórico de maciça participação popular. Em verdade, após o desgaste de dois períodos de monarquia constitucional com Dom Pedro I e Dom Pedro II, – *considerando ainda o período de regência em virtude da menoridade de Dom Pedro II pela abdicação do trono feita por seu pai* – não se pode compreender a instauração do novo regime como um triunfo democrático legítimo.

---

das câmaras, das províncias, dos interesses facciosos, como se dizia. Ao contrário da doutrina federalista norte-americana, em que o melhor remédio para o facciosismo seria ampliar a competição e deixar ao Judiciário o arbitramento de certas disputas, o sistema brasileiro delegara ao imperador uma representação não eleitoral dos interesses ferais e permanentes do todo (a não) e não das partes (os partidos). Este poder incluía interferências no funcionamento do legislativo, seja nomeando os senadores vitalícios, seja sancionando (e vetando, claro) as leis aprovadas ou dissolvendo a Câmara dos Deputados e no Judiciário, nomeando os juízes ou suspendendo os magistrados (2012, p. 269).

[21] Em sentido contrário, parcela da doutrina entende que o Poder Moderador não era defendido como um poder absoluto, mas como um remédio aos impasses do partidarismo, que se imaginavam inevitáveis na representação parlamentar. Era um remédio para a paralisia decisória ou para o predomínio de interesses particulares, mesmo que majoritários (LOPES, 2012, p. 269)

José Murilo de Carvalho ressalta a apatia do povo brasileiro neste momento tão importante da história do país[22]. Ressalta o autor que tornou-se clássica a definição de Aristides Lobo de que “o povo assistiu bestializado à proclamação da República”, chegando a destacar que, segundo observadores estrangeiros, “não havia povo no Brasil” (2015, p. 140).

De fato, tornou-se um complexo paradoxo compreender como o surgimento da República, que pressupõe ativo exercício de cidadania, se deu no Brasil à revelia de movimentos populares de grande proporção.

Isto porque a principal liderança que emergiu neste contexto político foi o setor militar. E por assim ser, considerando a própria ideologia que norteia as forças armadas – *notadamente o positivismo*[23] – a efetiva participação popular proveniente da democracia não era bem quista pelos militares[24]. Conforme leciona Boris Fausto para eles, a República deveria ser dotada de um Poder Executivo forte, ou passar por uma fase mais ou menos prolongada de ditadura (2006, p. 246).

> É preciso destacar, também, o papel fundamental que desempenhou o Exército durante o novo regime. A República foi produto da ação de um grupo de oficiais social e intelectualmente antagônico à elite civil do Império, insatisfeito com a situação do país e com seu próprio status político. Mas esses oficiais estavam divididos internamente, e não conseguiram chegar a um acordo sobre o significado do republicanismo ou quanto aos objetivos institucionais do novo regime (SCHWARCZ, STARLING, 2015, p. 320).

Contudo, José Afonso da Silva pontua que as bases materiais da República começam a despontar com a decadência da economia açucareira e a expansão da cafeeira, que gerou forte burguesia, aristocrática, rica, poderosa, dinâmica, agressiva, que não se continha nos quadros estreitos da estrutura institucional do

---

[22] O momento de transição do Império pra a República é particularmente adequado para o estudo desta questão. Tratava-se da primeira grande mudança de regime político após a independência. Mais ainda: tratava-se da implantação de um sistema de governo que se propunha, exatamente, trazer o povo para o proscênio da atividade política. (CARVALHO, 2015, p. 11).

[23] A influência do Positivismo de Augusto Comte foi notável nesses tempos (SILVA, 2011, p. 54)

[24] A título de exemplo da inexpressiva participação popular na movimentação política que conduziu à proclamação da República basta analisar o sistema eleitoral instituído: O debate em torno da restrição do direito de voto seguiu o entendimento já praticado durante o Império: só seriam considerados eleitores os brasileiros adultos, do sexo masculino, que soubessem ler e escrever. Além do voto das mulheres, estava proibido o voto dos mendigos, dos soldados, praças e sargentos, e o dos integrantes de ordens religiosas que impunham renúncia à liberdade individual. (SCHWARCZ, STARLING, 2015, p. 320).

No mesmo sentido José Murilo de Carvalho pondera que embora proclamado sem a iniciativa popular, o novo regime despertaria entre os excluídos do sistema anterior certo entusiasmo às novas possibilidades de participação (2015, . 12)

Império. Essa aristocracia rural postulava participação intensa no poder, que o sistema centralizador do Império não propiciava (2011, p. 52).

Destaque-se, assim, que apenas com o final do Império é que se pode considerar a existência de um novo segmento social – *a burguesia* – que por ter poder econômico passou a reivindicar poder político.

Conforme assinala Laurentino Gomes, a proclamação da República não foi um ato de protagonismo do povo brasileiro. A República brasileira nasceu descolada das ruas. “O povo assistiu àquilo bestializado”, segundo uma famosa frase do jornalista Aristides Lobo, testemunha dos acontecimentos (2013).

> O Quinze de Novembro é uma data sem prestígio no calendário cívico brasileiro. Ao contrário do Sete de Setembro, Dia da Independência, comemorado em todo o país com desfiles escolares e militares, o feriado da Proclamação da República é uma festa tímida, geralmente ignorada pela maioria das pessoas. Sua popularidade nem de longe se compara à de algumas celebrações regionais, como o Dois de Julho na Bahia, o Treze de Março no Piauí, o Vinte de Setembro no Rio Grande do Sul ou o Nove de Julho em São Paulo. Essas efemérides exaltam vitórias, confrontos ou revoltas locais, respectivamente a expulsão dos portugueses de Salvador; a Batalha do Jenipapo no sertão piauiense ao final da Guerra da Independência; o início da Revolução Farroupilha; e a Revolução Constitucionalista liderada pelos paulistas em 1932. São eventos históricos que nem todos os brasileiros conhecem, porém com os quais a população local fortemente se identifica. Isso não ocorre com a data da criação da República brasileira.
> (...)
> A história republicana é menos conhecida, menos estudada e ainda menos celebrada do que os heróis e eventos do Brasil monárquico e imperial, que cobrem um período relativamente curto, de apenas 67 anos.
> A julgar pela memória cívica nacional, o Brasil tem uma República mal-amada.
> Esse estranho fenômeno de indiferença coletiva encontra explicações na forma como se processou a troca de regime. O dia 15 de novembro de 1889 amanheceu repleto de promessas cujo significado na época as massas pobres, analfabetas e recém-saídas da escravidão desconheciam. Nas proclamações e discursos dos propagandistas republicanos, anunciava-se o fim da tirania representada pelo “poder pessoal” do imperador Pedro II. Dizia-se que um carcomido sistema de castas e privilégios, herdado ainda da época da colonização portuguesa, acabava de ser posto por terra. Na nova era de prosperidade geral, inaugurada pela República, a construção de um futuro glorioso estava ao alcance das mãos. Haveria menos injustiça e mais oportunidades gerais. Chamados a participar da condução dos destinos nacionais, todos os brasileiros teriam, finalmente, vez, voz e voto (GOMES, 2013).

Outro fato que deve ser considerado é o caráter utópico da primeira Constituição republicana. O Texto Constitucional expressava uma realidade inexistente. Por isso não teve eficácia social. Não regeu o meio social para o qual fora feita (SILVA, 2011, P. 57).

> Havia, porém, uma contradição entre as promessas e a realidade daquele momento. Diferentemente do que faziam supor os discursos e anúncios oficiais, a República brasileira não resultou de uma campanha com intensa participação popular. Em vez disso, foi estabelecida por um golpe militar com escassa e tardia participação das lideranças civis. Apesar da intensa propaganda republicana por meio da imprensa, panfletos, reuniões e comícios, a ideia da mudança de regime político não deslanchava na população. (GOMES, 2013)

Contudo, não se pode ignorar que a nova Constituição desenhava um futuro promissor com relação ao fortalecimento das instituições democráticas:

> A Constituição de 1891 definiu as bases institucionais do novo regime – presidencialismo, federalismo e sistema bicameral – e implementou uma série de mudanças, para bem marcar a ruptura. A Igreja separou-se do Estado, e introduziu-se o registro civil de nascimentos, casamentos e mortes. A proposta federalista, por sua vez, organiza o novo regime em bases descentralizadas, dando às antigas províncias, agora transformadas em estados, maior autonomia e controle fiscal, e jogava por terra a crença no centralismo monárquico como agente de coesão nacional (SCHWARCZ, STARLING, 2015, p. 319-320).

Conforme se abstrai das breves considerações expostas, a Constituição republicana de 1891 representa a ruptura com a monarquia, mas ainda não oportuniza ao povo o protagonismo no cenário político. Também não se inaugurou no Brasil com a nova Constituição uma cultura de respeito aos direitos fundamentais e limitação efetiva ao poder estatal.

Por ser a conquista de um grupo, e não do povo, o Estado brasileiro começa a ser projetado sobre a influência positivista dos militares.

Inegável também que a Constituição, neste momento, tem por função principal a definição da estrutura do Estado, da organização do poder e da atribuição de funções aos órgãos institucionalizados, delegando-se ao ordenamento jurídico infraconstitucional a regulamentação da vida em sociedade.

Assim, deve-se considerar o impacto e influência do Código Civil brasileiro de 1916 que perdurou até 2002. Na esteira das codificações[25] de influência romano-germânica e com forte inspiração no Código napoleônico de 1804[26], o que se

---

[25] A sociedade do século XVIII era definida como "o mundo da segurança", uma *segurança objetiva* que nascia da estrutura da sociedade, na qual os Códigos captando e fixando os valores dominantes, forneciam um quadro de referência certo e seguro, com base no qual cada indivíduo sabia o que deveria esperar dos outros indivíduos e dos poderes públicos (CAMBI, 2011, p. 57)

[26] Dalmo de Abreu Dallari analisa que o Código Civil francês, que se consagrou como Código Napoleão, foi aprovado pela Assembleia Nacional em 1804 e, ao contrário da Constituição, passou incólume por todas as perturbações políticas e não sofreu qualquer abalo pelo advento de novas

constata é que no Brasil preferiu-se valorizar a codificação civilista, de notável teor patrimonialista e permeada pela moral religiosa cristã[27] estabelecida pela Igreja Católica, ao invés de acompanhar a estabilidade do constitucionalismo norte-americano - *que permanece com uma única Constituição em sua história por mais de 200 anos* - que preservou a democracia como regime político.

A propósito, no que se refere a valorização da codificação civil como a principal norma de regulamentação do corpo social em matérias "não penais", Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto afirmam que em passado não tão distante, nos países do sistema jurídico romano-germânico se concebia o Código Civil como a principal norma jurídica de uma comunidade. Nesses códigos estariam contidos os mais importantes princípios jurídicos, que corresponderiam a um "direito natural racional", alicerçado em valores do liberalismo burguês, como a proteção praticamente absoluta da propriedade privada e da autonomia da vontade na celebração de negócios jurídicos. Ao longo do século XX, com a intensificação da intervenção do Estado sobre as relações sociais, assistiu-se a um fenômeno de inflação legislativa, que levou à crise daquele paradigma de ordenamento jurídico,

---

Constituições, por não estar subordinado a elas sob nenhum ponto de vista. O Código Civil tinha a autoridade de sua origem, pois foi aprovado por uma assembleia legislativa integrada por representantes dos cidadãos ativos, sendo, portanto, expressão da vontade geral. A par disso, era do interesse de todos que ele durasse e que fosse respeitado, para garantia da liberdade e da propriedade. Somados esses aspectos e mais a sua abrangência, uma vez que continha regras, praticamente, sobre todos os direitos individuais e sobre todas as relações privadas, o Código Civil, passou a ser referido como "a lei", ganhando logo uma autoridade e uma eficácia jurídica que a Constituição só começou a obter na segunda metade do século XX (2010, p. 224)

[27]Embora a Constituição de 1891 tenha almejado separar a Igreja do Estado, não se pode menosprezar a influência que a ordem religiosa havia enraizado na população brasileira. Um exemplo desta forte relação entre Igreja e Direito pode ser verificada no Código Civil de 1916 ao disciplinar o casamento civil:

Art. 315. A sociedade conjugal termina:
I. Pela morte de um dos cônjuges.
II. Pela nulidade ou anulação do casamento.
III. Pelo *desquite*, amigável ou judicial.
Parágrafo único. O casamento valido só se dissolve *pela morte de um dos conjugues*, não se lhe aplicando a preempção estabelecida neste Código, art. 10, Segunda parte.

Nesse sentido, Evangelho de Marcos, 10, 9-10: 9. "Portanto, *o que Deus uniu, o homem não separe*! 10. Em casa, os discípulos fizeram, novamente, perguntas sobre o mesmo assunto. 11 Jesus respondeu: "Quem se divorciar de sua mulher e casar com outra, cometerá adultério contra a primeira. 12. E se a mulher se divorciar de seu marido e casar com outro, cometerá adultério".

Outro exemplo se refere aos filhos ilegítimos ou espúrios, assim entendidos aqueles filhos incestuosos ou adulterinos, que recebiam tratamento diferenciado, em evidente desvantagem com relação aos filhos legítimos ou legitimados.

que tinha em seu centro o Código Civil. Foi a chamada "Era da Descodificação[28]" (2012).

Verifica-se, assim, que os princípios da supremacia e força normativa da Constituição ainda não eram concebidos como na hermenêutica constitucional contemporânea. A Constituição surge como uma Carta meramente política sem a pretensão de transformar o tecido social a partir da proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana. A desigualdade persiste em uma sociedade estratificada e regida pelo patrimonialismo. Por assim ser, não teve a proclamação da República o caráter revolucionário das experiências francesa e estadunidense e a Constituição de 1891, embora tenha trazido elementos essenciais à formação do Estado brasileiro, não se destaca pela proteção ao ser humano.

1.1.4 Os períodos ditatoriais até a Constituição de 1988.

Outro fator histórico que revela a fragilidade da democracia brasileira é a existência de dois períodos ditatoriais que perduraram no século passado por mais de trinta anos: A ditadura de Getúlio Vargas de 1930 a 1945; e a Ditadura Militar na de 1964 a 1985.

Em tais períodos, embora tenham sido elaboradas Constituições (1934, 1937, 1967, 1969[29]) tais documentos não limitavam o poder dos governantes, ao revés, eram a documentação de projetos totalitários.

A título de exemplo, José Afonso da Silva ao comentar a Constituição de 1937 afirma que nesta época houve Ditadura pura e simples, com os Poderes Executivo e Legislativo concentrados nas mãos do Presidente da República (2011, p. 71).

O século passado foi marcado por lideranças ditatoriais por todo o mundo e o Brasil acompanhou esta tendência. As ditaduras populistas latino-americanas se

[28] A complexidade pós-moderna está ligada ao fenômeno que Natalino Irti denomina de *a Era da Descodificação*. São tempos de progressiva importância atribuída aos princípios jurídicos. Época de proliferação de microssistemas normativos logicamente autônomos. Inflação legislativa agravada pela multiplicação de outras espécies normativas (provimentos, circulares, resoluções etc.), raramente coordenadas entre si. Este fenômeno é somado à utilização de técnicas legislativas com o emprego de formulações vagas, equívocas e ambíguas (CAMBI, 2011, p. 59).

[29] Sobre a Constituição de 1969 parcela da doutrina afirma que formalmente se trata de emenda constitucional, e não Constituição.

espelhavam nas ideologias nazifascistas da Europa. Na vigência dos governos ditatoriais as Constituições eram meras alegorias no sistema jurídico brasileiro. Isto porque seguindo a ideologia positivista o país era regido juridicamente por Códigos, não tendo a carta constitucional força normativa significativa.

Com o final da Segunda Guerra Mundial o Governo Vargas – *alinhado a ideologia ditatorial* – perdeu sua legitimidade, pois o término da guerra conduzia os países a retornar ou adotar sistemas de governo democráticos:

> Falar em "redemocratização" pressupõe que tenha havido antes a Democracia. A rigor, no entanto, até o regime da Constituição de 1946, pelo que se está vendo desta exposição, o Brasil não teve regime democrático. Teve algumas instituições formais de democracia representativa. Mas a realidade é que o País viveu regimes elitistas de natureza oligárquica. Então, "redemocratização" corresponde, em verdade, a "reconstitucionalização", de vez que no período ditatorial não se pode dizer que houve um regime constitucional. Havia uma semântica constitucional, um instrumento formalmente idêntico a uma Constituição, mas em verdade era um instrumento do arbítrio, da força, do autoritarismo (SILVA, 2011, P. 71).

Da mesma forma a partir do ano de 1964 é implantada no Brasil uma ditatura militar. Com fortíssimo teor anticomunista e com o mote da segurança nacional o governo instaurado no período de 1964 à 1985 é marcado pela supressão de direitos e garantias fundamentais, notadamente a supressão das liberdades públicas.

A instabilidade constitucional é tão patente neste período que se chegou ao absurdo de produzir uma Constituição em 1967 e praticamente outra apenas dois anos depois. Aliás, sobre a Emenda Constitucional nº 01/1969 - *considerada Constituição por parcela significativa da doutrina* – José Afonso da Silva pontua que ela é pior que a Constituição de 1967. Malfeita, autoritária, centralizadora, praticamente entregou todos os poderes ao Executivo. Esvaziou o Poder Legislativo. Retirou-lhe as prerrogativas de independência. (2011, p. 80).

O que se objetiva demonstrar é que a construção de um ambiente democrático no Brasil foi precedida por tempos sombrios e nefastos de supressão de direitos fundamentais por governos totalitários. Assim sendo, após estas rupturas históricas por longos períodos de tempo as constantes crises experimentadas pelo Estado brasileiro fez da democracia uma necessidade para a revitalização do país.

> As discussões em torno da normalização democrática e da conquista do Estado Democrático de Direito já em 1984 tinham deixado de ser digressões das elites. Tomaram as ruas. As multidões que acorreram aos comícios em prol da eleição direta do Presidente da República no primeiro semestre de 1984 interpretavam os sentimentos da Nação, em busca do reequilíbrio da vida nacional, que só poderia consubstanciar-se numa nova ordem constitucional, que refizesse o pacto social e realizasse as tendências populares (SILVA, 2011, p. 82).

Constata-se, assim, que além de uma democracia recente o constitucionalismo no Brasil passa a ter efetividade plena a partir da Constituição de 1988. Embora precedida por outras seis (ou sete) Constituições, apenas em 1988 inicia-se uma verdadeira e legítima jurisdição constitucional no Estado brasileiro.

Necessário ressaltar, também, que apenas a partir de 1988 é que o STF assume o protagonismo de julgar ações que definem os destinos do país, notadamente em matéria de direitos fundamentais.

Por assim ser, antes de firmar uma Constituição forte e efetiva na proteção de direitos fundamentais, a ratificação de tratados internacionais de direitos humanos era mero ato de política externa sem reflexão jurídica sobre as reais consequências dessa internalização de compromissos internacionais. Aliás, antes da Constituição de 1988, em respeito à soberania nacional, não se admitia a possibilidade de se submeter à jurisdição de tribunais internacionais que julgassem a responsabilidade do Estado por eventual violação à direitos humanos.

Por serem fenômenos recentíssimos se tornam compreensíveis – *embora passíveis de críticas* – as razões que motivam a postura do Supremo Tribunal de proteção absoluta à supremacia constitucional.

Aliás, inegável que a Constituição de 1988 inaugurou uma nova era para o Estado brasileiro. Entretanto, embora vocacionada à proteção dos direitos fundamentais, a Carta de 1988 não excluiu a ordem jurídica internacional. Com efeito é expressa a autorização contida no Art. 5º, §2º - *que integra o texto original da Constituição de 1988* – no sentido de autorizar a relação de complementariedade entre norma constitucional e tratados ratificados pelo Brasil.

Por assim ser ainda que compreensível, por fatores históricos, esta superproteção do STF com relação a supremacia da Constituição, não se pode admitir uma postura da Corte Constitucional brasileira que desrespeite o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

1.1.5. Considerações sobre a análise histórica da formação do Estado e do constitucionalismo brasileiro.

Conforme se expôs a análise histórica fornece elementos essenciais para a compreensão sobre a formação do Estado brasileiro.

O que se observa é que antes da chegada da família real portuguesa ao Brasil os indicadores econômicos, sociais e políticos não apresentavam um diagnóstico favorável à construção do Estado. Aliás, o espaço público era insignificante e a participação popular inexistente[30]. O que se nota é um ambiente completamente hostil para as aspirações democráticas.

Tendo por característica o patrimonialismo, a concentração de poder econômico, político e, por consequência, jurisdicional, numa diminuta parcela da sociedade – *os senhores de terras, os grandes latifundiários* – a ausência de uma economia de mercado forte com uma classe burguesa que pudesse afrontar os interesses do capital agrário fez com que o Brasil colonial se entregasse a um profundo sono político, em sentido contrário as grandes revoluções ocorridas na Europa e parte da América.

Não se pode desconsiderar que povoado em sua esmagadora maioria por escravos e índios, a desigualdade social, o patrimonialismo e a ausência de uma cultura de respeito a lei são características deste país que nasceu marcado pelo descaso de sua metrópole. Posteriormente, por circunstâncias históricas, o Reino Português desenvolve uma exploração econômica agressiva que dizimou a população nativa e importou mão de obra escrava para a manutenção da economia.

Com a transplantação do Estado Português ao território brasileiro também se nota que não houve, como em outros povos, um processo construtivo de deliberações e consenso acerca dos elementos estruturantes do Estado. Ao contrário, importou-se toda a burocracia estatal portuguesa, fato que não sofreu resistência significativa por parte dos nativos. Não se vislumbram eventos revolucionários significativos em oposição à coroa. O que se constata é a imposição

[30] Importante destacar que mesmo após a chegada da Coroa portuguesa no território brasileiro este cenário não se modificou: Na Monarquia eram ainda os fazendeiros escravocratas e eram filhos de fazendeiros, educados nas profissões liberais, quem monopolizava a política, elegendo-se ou fazendo eleger seus candidatos, dominando os parlamentos, os ministérios, em geral todas as posições de mando, e fundando a estabilidade das instituições nesse incontestado domínio (HOLANDA, 1995, p. 73).

de um Estado “pronto” com suas virtudes e defeitos, o que se tornou marca indelével na cultura brasileira.

A monarquia impôs seu modelo de sociedade, o que se observa principalmente com a doutrinação religiosa dos índios pelos catequistas. Por ser um Estado em que predominava o catolicismo, a cultura brasileira foi moldada com fortíssima influência religiosa. De fato o português “vestiu o índio”. Este fator é decisivo para a real compreensão sobre o desenvolvimento da sociedade brasileira, haja vista que, conforme nos ensina Max Weber em seu clássico “A ética protestante e o espírito do capitalismo”, o desenvolvimento econômico dos países está interligado à doutrina religiosa predominante.

Ademais, em evento único na história contemporânea, de forma completamente inversa ao que ocorreu em outros povos, no Brasil foi o próprio monarca quem declarou a independência e projetou a primeira Constituição. Resultado de um arranjo arquitetado pela família real a feitura da primeira Constituição nacional teve por fato inédito a criação doutrinária de um “quarto poder”, o “Poder Moderador”, mantendo a soberania do rei, o que contraria a essência do constitucionalismo.

Após a queda da monarquia e a implantação da República se observa que a democracia é elemento frágil na cultura brasileira e o respeito a autoridade da Constituição não passa de mero detalhe teórico doutrinário de inaplicabilidade na prática cotidiana. A construção da República não resulta da participação política de parcela significativa da sociedade. Ao revés, a transição do Império para o novo regime foi orquestrada pelos militares, mantendo-se a desigualdade social que predominava com a Monarquia.

Com o advento da Era Vargas e posteriormente com a instauração da ditadura militar o país vivencia dois períodos de totalitarismo que somados ultrapassam 30 anos. Significa dizer que ao menos um terço de século esteve o Brasil sob o comando de governos totalitários, ditatoriais.

Mesmo com os horrores provenientes de ideologias fascistas e nazistas que eclodiram em duas guerras mundiais, se experimenta na segunda metade do século passado os chamados “anos de chumbo” em que o país foi governado “à mão de ferro” pelos militares. Tanto com Vargas, quanto com os Comandantes das Forças Armadas que assumiram o poder em 1964, troca-se de constituição como se troca de farda. O constitucionalismo brasileiro até 1988 é marcado pelo completo

desrespeito à Constituição e pelo império das codificações, herança da cultura jurídica proveniente do Código Napoleônico de 1804, bem como da ideologia positivista.

1.2 Considerações necessárias sobre a soberania

A expressão "Estado", proveniente do latim *"status"*, que significa, neste contexto, "estar firme" pressupõe a ideia de vida humana em sociedade, ou seja, do agrupamento dos seres humanos para não apenas sobreviverem, mas conviverem pacificamente e se relacionarem socialmente. Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari leciona que esta denominação *(Estado)* apareceu pela primeira vez na obra "O Príncipe" de Maquiavel, escrita em 1513, sendo sempre utilizada pelos italianos para designar o nome de uma cidade independente, como por exemplo *stato di Firenze*. Entretanto, prossegue Dallari, apenas no Século XVI é que o nome *Estado*, indicará uma sociedade política dotada de certas características bem definidas.

Embora o próprio teórico admita que a maioria dos autores entendem que a sociedade, ora denominada Estado, é, na sua essência, igual a que existiu anteriormente ao Século XVI, ainda que com nomes diversos, é certo que esta denominação se enquadra a *todas as sociedades políticas que, com autoridade superior, fixaram as regras de convivência de seus membros* (DALLARI, 2009, p. 51).

Ainda que não seja objeto de estudo deste trabalho a análise sobre as teorias do Estado, importante esclarecer que existem elementos constitutivos do aparelho estatal que são essenciais para compreender a reflexão ora proposta, especialmente as ideias de soberania e da autoridade da Constituição. A propósito, quando se examina o Estado, se verifica uma organização social dotada de poder e com autoridade para determinar o comportamento de todo o grupo (DALLARI, 2009, p.52), sendo exatamente o confronto desta ideia de poder absoluto e supremo do Estado severamente criticada pela corrente internacionalista, que conduzirá o debate proposto neste trabalho.

Conforme leciona Valter Foleto Santin, o Estado foi constituído para atender as necessidades comunitárias na incessante busca da paz social e do bem comum (2013, p. 17). Entre os elementos de formação e estruturação do Estado moderno,

como se viu, está a *soberania*. A propósito, este conceito firmado desde o Século XVI, no direito contemporâneo está sendo amplamente revisto e examinado por filósofos do Direito, cientistas políticos, historiadores e principalmente juristas internacionalistas, que propõem uma *releitura* deste elemento estruturante do Estado, haja vista as transformações ocasionadas pela globalização, bem como pela consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, fatores estes que incidem intensamente na forma de compreender o Direito atual.

Ademais, destacou-se nos últimos anos o movimento pelo reconhecimento e consolidação de uma corrente doutrinária que almeja firmar um Direito Constitucional Internacional *(também denominado Direito Constitucional Cooperativo)*, que induz a renovação do Estado Democrático e *Humanista* de Direito, e, por consequência, que reivindica modificações na ideia de soberania e na concepção sobre a autoridade da Constituição.

Mas antes da apreciação sobre este novo fenômeno paradigmático, necessário se faz relembrar a doutrina clássica sobre estes dois princípios fundamentais: 1. A soberania; 2. A supremacia da Constituição.

Sobre a importância da soberania para a formação e estruturação do Estado, Dallari afirma que:

> O que se verifica, apesar disso tudo, é que o conceito de soberania é uma das bases da ideia de Estado Moderno, tendo sido de excepcional importância para que este se definisse, exercendo grande influência prática nos últimos séculos, sendo assim uma característica fundamental do Estado. (2009, p. 74-75)

No mesmo sentido Antonio Riccitelli explica que a soberania é considerada o fundamento do Estado. Conhecido como elemento institucional, o poder soberano é o fator que efetivamente caracteriza o Estado, representando o povo e o território, respectivamente, os elementos social e territorial (2007, p.24).

Vislumbra-se, assim, que não se pode tratar da relativização da soberania como um fenômeno corriqueiro, simplista. Ao revés, por ser a soberania uma qualidade essencial do Estado, seu próprio conceito já justifica a complexidade da elaboração de teorias que se sustentem exclusivamente em sua relativização. Isto porque, conforme nos ensina Gilberto Bercovici, todas as concepções modernas de soberania concordam que esta representa o poder supremo, a *summa potestas* na ordem interna e o poder independente na ordem internacional. (DIMOULIS, 2012).

Importante ponderar que esta ideia sobre soberania foi elaborada por Jean Bodin em sua clássica obra "Os seis livros da República", de 1576. Nesse sentido, Gilberto Bercovici esclarece que a soberania é comumente evocada de duas maneiras diferentes: enquanto sinônimo de independência política (principalmente no campo das relações internacionais) ou como poder jurídico superior, sendo, dentro dos limites do Estado, a última instância decisória. (DIMOULIS, 2012). Dallari, ao fazer uma síntese de todas as principais teorias formuladas, demonstra que a noção de soberania está sempre ligada a uma *concepção de poder*, pois mesmo quando concebida como o centro unificador de uma ordem está implícita a ideia de poder de unificação. (2009, p. 79).

Para a compreensão do raciocínio que se está a desenvolver é fundamental a análise da concepção jurídica da soberania, sintetizada por Dallari como *o poder de decidir em última instância sobre a atributividade das normas,* vale dizer, sobre a eficácia do direito (2009, p. 80). Prossegue o jurista ao detalhar o tema:

> Como fica evidente, embora continuando a ser uma expressão de poder, a soberania é poder jurídico utilizado para fins jurídicos. Partindo do pressuposto de que todos os atos dos Estados são passíveis de enquadramento jurídico*, tem-se como soberano o poder que decide qual a regra jurídica aplicável em cada caso,* podendo, inclusive, negar juridicidade da norma. Segundo essa concepção não há Estados mais fortes ou mais fracos, uma vez que para todos a noção de direito é a mesma. (DALLARI, 2009, p. 80) *(grifo nosso)*

Entretanto, o modelo idealizado por Bodin foi consideravelmente modificado por Georg Jellinek[31], que substituiu a essência política do conceito, conferindo-lhe contornos essencialmente jurídicos. Por assim ser, para Jellinek, a soberania, em suas origens, tinha um caráter negativo, rejeitando toda subordinação ou limitação do Estado por qualquer outro poder, *não reconhecendo qualquer outro poder superior*, conforme nos ensina Gilberto Bercovici. Prossegue Bercovici enfatizando que isto se reflete principalmente nas relações internacionais, onde é dada grande ênfase ao Estado enquanto poder soberano e independente (DIMOULIS, 2012).

Nesse sentido, conforme a lição de Norberto Bobbio, com a *Doutrina Geral do Estado* [1910], de Georg Jellinek, entrou por muito tempo em uso nas teorias do

[31] Edinilson Donisete Machado pondera que a posição adotada por Jellinek (1981) merece, sem qualquer dúvida, ser respeitada, porque o conceito de soberania persiste até nossos dias. Mas, efetivamente, a soberania não designa o poder e, sim, uma qualidade do poder estatal, o grau supremo desse poder. Soberano, afirma o autor, é o Estado como um todo, como entidade titular do grau máximo do poder político. Salienta-se que essa concepção não é acolhida na República Federativa do Brasil, na qual o grau máximo do poder político é atribuído ao povo. (2013, p. 81)

Estado a distinção entre doutrina sociológica e doutrina jurídica do Estado. Prossegue neste raciocínio afirmando que:

> Esta distinção tornara-se necessária em seguida à tecnicização do direito público e à consideração do Estado como pessoa jurídica, que dela derivara. Por sua vez, a tecnicização do direito público era a consequência natural da concepção do Estado como Estado de direito, *como Estado concebido principalmente como órgão de produção jurídica e, no seu conjunto, como ordenamento jurídico.* Por outro lado, tal reconstrução do Estado como ordenamento jurídico não tinha feito com que se esquecesse que o Estado era também, através do direito, uma forma de organização social e que, como tal, não podia ser dissociado da sociedade e das relações sociais subjacentes. Daí a necessidade de uma distinção entre ponto de vista jurídico - a ser deixado aos juristas que, de resto, tinham sido por séculos os principais artífices dos tratados sobre o Estado - e ponto de vista sociológico, que deveria valer-se das contribuições dos sociólogos, dos etnólogos, dos estudiosos das várias formas de organização social: uma distinção que não podia ser percebida antes do advento da sociologia como ciência geral que englobava a teoria do Estado.
> A distinção de Jellinek foi reconhecida como relevante e acreditada por Max Weber, que usando como pretexto exatamente a *Doutrina geral do Estado*, sustenta a necessidade de distinguir o ponto de vista jurídico do ponto de vista sociológico. (BOBBIO, 2007, p. 56-57) *(grifo nosso)*

Norberto Bobbio já bem demonstrava que apenas com Hans Kelsen surgiu a crítica sobre o dúplice ponto de vista de Jellinek, uma vez que para Kelsen não há esta dicotomia entre o caráter sociológico e o caráter jurídico do Estado. Bobbio nos ensina que para o jurista austríaco o Estado é resolvido totalmente no ordenamento jurídico e portanto desaparece como entidade diversa do direito, que dele regula a atividade dedicada à produção e à execução de normas jurídicas (2007, p. 57).

Aliás, Hans Kelsen desenvolveu profunda reflexão e debate jurídico em sua obra "Teoria Geral do Direito e do Estado", sustentando a tese sobre a soberania como qualidade de uma ordem normativa, onde examinava a problemática central entre constitucionalistas e internacionalistas que envolve este trabalho, qual seja: Direito Nacional *(ou interno)* ou Direito Internacional, qual deverá prevalecer em eventual conflito normativo? O que o jurista austríaco denomina de "Primazia do Direito Nacional ou Primazia do Direito Internacional"[32].

O conflito existente, embora antigo, permanece sempre atual, haja vista que o que se discute é a hierarquia e autoridade *(ou seja, em caso de conflito qual deve prevalecer)* entre a norma do Direito interno ou a norma do Direito internacional. Isto porque, na visão kelseniana, ambos são elementos de um sistema universal, em que

[32] Sobre o tema indica-se a leitura da obra "Teoria Geral do Direito e do Estado" de Hans Kelsen, em especial o capítulo VI da segunda parte da obra.

o ordenamento jurídico doméstico não exclui as normas vigentes no cenário internacional, tampouco o inverso. Ao revés, sustenta o autor da Teoria Pura do Direito que há uma convivência harmônica e necessária entre o Direito interno e o internacional, uma vez que não existem dois fenômenos distintos, intocáveis e excludentes, mas um complexo sistema jurídico que, embora comumente apresente conflitos e tensões, não foram pensados para existirem paralelamente.

Nesse sentido, valiosa é a lição de Kelsen sobre o tema:

> Habitualmente, não se nega que o Estado seja um sujeito do Direito internacional, além de suporte de uma ordem jurídica nacional. Então, se não existisse nenhuma relação unificadora entre o Direito internacional e o Direito nacional, o Estado, nessa sua primeira capacidade, teria de ser uma entidade totalmente separada do Estado na sua segunda capacidade. Do ponto de vista jurídico, existiriam, então, sob o mesmo nome, dois diferentes Estados, duas Franças, dois Estados Unidos, e assim por diante, uma França de Direito nacional, e uma França de Direito Internacional, etc.
> Essa consequência absurda não é aceita pelos pluralistas.
> Às vezes, é verdade, os pluralistas afirmam que a personalidade internacional e a personalidade nacional do Estado são distintas. Mas o que eles querem dizer é apenas que o mesmo Estado tem uma personalidade internacional e uma personalidade nacional, exatamente como um ser humano tem uma personalidade moral e uma jurídica. *Nunca se contesta que é o mesmo México que firma um tratado com outro Estado na esfera do Direito Internacional e que executa esse tratado na esfera do Direito nacional* (2000, P. 535) *(grifo nosso)*

Entretanto, o que se tem visto nos livros de Direito Constitucional é que a teoria adotada no Brasil tem sido a primazia do Direito nacional, que se apresenta como reafirmadora da noção de soberania:

> A consequência mais importante da teoria que se origina da primazia do Direito nacional é a de que o Estado cuja ordem jurídica é o ponto de partida da elaboração inteira pode ser considerado soberano. Porque se pressupõe a ordem jurídica desse Estado como sendo a ordem suprema, acima da qual não existe nenhuma outra ordem jurídica. Essa é, também, uma consequência da teoria pluralista. Da mesma forma, essa teoria recusa-se a considerar o Direito Internacional como uma ordem jurídica superior acima dos Estados e das suas ordens jurídicas. Contudo, a teoria pluralista incorpora regularmente a teoria do reconhecimento. Ao fazê-lo ela abandona o dualismo do Direito nacional e Direito internacional e, portanto, o pluralismo jurídico. Podemos, por conseguinte, conjecturar que o seu real propósito é, não tanto afirmar a independência do Direito nacional e do Direito Internacional, mas antes sustentar a ideia da soberania do Estado. (KELSEN, 2000, p. 544)

Kelsen ensina que a afirmação de que a soberania é uma qualidade essencial do Estado significa que o Estado é uma autoridade suprema (2000, p. 544). Nesse sentido, necessária a reflexão sobre seu ensinamento de que:

> A "autoridade" costuma ser definida como o direito ou poder de emitir comandos obrigatórios. O poder efetivo de forçar os outros a certa conduta, não basta para constituir uma autoridade. O indivíduo que é, ou que tem, autoridade deve ter recebido o direito de emitir comandos obrigatórios, de modo que os outros sejam obrigados a obedecer. Tal direito ou poder pode ser conferido a um indivíduo apenas por uma ordem normativa. Desse modo, a autoridade, originalmente, é a característica de uma ordem normativa. Apenas uma ordem normativa pode ser "soberana", ou seja, uma autoridade suprema, o fundamento último de validade das normas que um indivíduo está autorizado a emitir como "comandos" e que os outros são obrigados a obedecer. (2000, p. 545).

O que se pretende com esta breve análise doutrinária é destacar uma característica do Estado que deriva do princípio da soberania, qual seja: *a produção normativa.*

Isto porque, por séculos era pacífico o entendimento de que o titular exclusivo para a elaboração das leis era o próprio Estado. Significa dizer que apenas as leis produzidas pelo aparelho estatal seriam dotadas de exigibilidade dentro do território daquele Estado, sendo que os Tratados Internacionais ou se limitavam a cartas principiológicas trazendo valores éticos e morais a serem perseguidos pelas sociedades civilizadas universalmente; ou disciplinariam temas específicos, sejam comerciais ou de cooperação *(cultural, educacional, etc...)*, assemelhando-se a contratos ante ao seu teor econômico ou cooperativo.

Assim, não se cogitava discutir a autoridade da Constituição dos Estados nacionais, haja vista que o Texto Constitucional era resultado histórico da vontade de um determinado povo que se alocava em um delimitado território. Ou seja, as Constituições, notadamente as democráticas, eram consideradas a expressão da vontade de um povo e basicamente abarcavam duas finalidades essenciais: Estruturar e definir as competências, órgãos, poderes e limites do Estado, bem como a proteção aos direitos fundamentais, como se observará melhor no próximo tópico.

Nesse contexto, a produção legislativa, ou o poder legiferante do Estado, representava a competência e os limites formais e materiais previstos na Constituição para a criação das demais leis, bem como alterações no próprio Texto Constitucional. Sendo a Constituição a norma fundamental este diploma se diferenciava de todas as outras normas por ser o parâmetro de validade do sistema jurídico, ou seja, a Carta que legitimava a existência das demais normas infraconstitucionais.

Por assim ser não se imagina na clássica doutrina constitucionalista a modificação do Texto Constitucional por determinação de um Tratado Internacional firmado pelo Estado, tampouco por determinação de uma sentença internacional.

Isto porque, qualquer intervenção externa seria considerada ilegítima, e por consequência inválida, pois uma condição de existência da Lei Fundamental é exatamente a supremacia da constituição que está diretamente ligada ao conceito de soberania, vale dizer, é da própria essência do constitucionalismo este caráter supremo, em que as demais normas devem respeito a uma lei maior, sob pena de invalidade e, por consequência, não aplicação.

Sobre as características ou os elementos constitutivos do conceito de soberania, observa-se consenso doutrinário ao classificá-la como una, indivisível, inalienável e imprescritível. Dallari detalha este entendimento ao esclarecer que a soberania é *una* porque não se admite num mesmo Estado a convivência de duas soberanias. Seja ela poder incontrastável, ou poder de decisão em última instância sobre a atributividade das normas, é sempre poder superior a todos os demais que existem no Estado, não sendo concebível a convivência de mais de um poder superior no mesmo âmbito. É *indivisível* porque, além das razões que impõem sua unidade, ela se aplica à universalidade dos fatos ocorridos no Estado, sendo inadmissível, por isso mesmo, a existência de várias partes separadas da mesma soberania (2009, p. 81).

A propósito, Dallari alerta que não se deve confundir a teoria da divisão do poder, com uma forma de divisão da soberania, pois a chamada divisão do poder é, na verdade, uma distribuição de funções. Prossegue o jurista na análise das características da soberania ao dissertar que esta é *inalienável*, pois aquele que a detém desaparece quando ficar sem ela, seja o povo, a nação, ou o próprio Estado. Afirma também que a soberania é *imprescritível*, porque jamais seria verdadeiramente superior se tivesse prazo certo de duração. E arremata ao afirmar que todo poder soberano aspira a existir permanentemente e só desaparece quando forçado por uma vontade superior (2009, p. 81).

O que se objetiva com esta breve revisão conceitual sobre a soberania é a demonstração da importância deste elemento estruturante do Estado moderno que será contundentemente atacado pela doutrina internacional ao se afirmar que os países que aderem voluntariamente aos tratados internacionais de direitos humanos, estão cedendo parcela significativa de sua soberania.

1.3. Considerações necessárias sobre a supremacia da Constituição.

O presente ensaio aborda conteúdos constitucionais[33], ou seja, a discussão que se almeja trazer nestas breves linhas se refere a um conflito aparente, ou, ao menos uma tensão existente entre a possibilidade de convivência harmônica dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a Constituição do Estado brasileiro.

Isto porque, este convívio entre a Lei Fundamental e diplomas internacionais sobre direitos essenciais ao ser humano é extremamente recente, não sendo pensado antes do último século com a tônica que ora se apresenta. Aliás, embora durante a história da humanidade tenham sido firmados diversos documentos internacionais que versavam sobre direitos humanos, estes apenas possuíam caráter meramente declaratório, como uma carta de intenções ou um norte a ser seguido, ausente, portanto, a força normativa, vale dizer, a coercibilidade.

Atualmente, não se nega autoridade aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos que, uma vez ratificados pelo Estado, se tornam executáveis e podem ser opostos em face do próprio Estado signatário, ou seja, representam direitos que podem ser invocados na jurisdição interna, e até mesmo na jurisdição internacional, em casos excepcionais.

Deve-se aclarar, como feito linhas acima, que esta é uma discussão de constitucionalistas e internacionalistas, embora o objeto central do debate seja tema comum e afeto as duas áreas com igual importância, qual seja, os direitos humanos fundamentais, que constituem matéria de abrangência tanto constitucional quanto internacional. O viés que se busca examinar é exatamente o conflito existente entre a autoridade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos contraposta a

[33] Importante ponderar sobre a abrangência dos conteúdos constitucionais, haja vista os diversos prismas sobre a concepção da Constituição presentes na doutrina, cabendo destacar a visão sociológica de Ferdinand Lassale; a concepção política de Carl Shimitt; a concepção jurídica de Hans Kelsen; a visão normativa de Konrad Hesse; e a concepção cultural Peter Haberle como as mais clássicas correntes doutrinárias. Deve-se lembrar, também, a importância da filosofia do direito na conjuntura constitucional, vez que as normas constitucionais possuem uma característica paradoxal: Embora rígidas, possuem uma plasticidade para se amoldar a evolução social. Esta dinamicidade do Texto Constitucional necessita de consistente atuação de seu intérprete, o Supremo Tribunal Federal, para que se identifique as mutações ou novas interpretações acerca do mesmo conteúdo. Didática é a consideração de Fernando de Brito Alves: O Direito Constitucional revela um inesperado parentesco com a poesia, de modo que as normas constitucionais podem apresentar potencialidades imprevistas. Elas podem assumir um significado que escapa do "concedente", como poemas, que uma vez concluído já não pertence ao ser autor, mas aos seus leitores, na medida em que despertam imagens e ecos infinitos (2013, p. 27).

autoridade da Constituição de um Estado soberano signatário, considerando a possibilidade de existência de conflito, o que não é tese unânime na doutrina.

Especialmente no caso brasileiro, esta problemática, embora tenha sido mais examinada nas últimas décadas, é tema árido e, principalmente, controverso. O que se está a afirmar é que não existe posicionamento pacífico na doutrina, tampouco na jurisprudência sobre hipóteses em que um Tratado Internacional de Direitos Humanos ratificado pelo Brasil desafie[34] a autoridade da Constituição da República com base em premissas do Direito Internacional.

Os tribunais pátrios não possuem discurso uníssono sobre a matéria, e mesmo o Supremo Tribunal Federal não conseguiu pacificar o entendimento nas poucas vezes que enfrentou a temática. Sequer o legislador constituinte *(originário ou derivado),* embora tenha tentado *(especialmente com a Emenda Constitucional nº 45/2004 que incluiu o §3º ao artigo 5º da Constituição)*, conseguiu colocar um ponto final nesta discussão, e pela nova hermenêutica constitucional emergente, este tema necessita ser urgentemente estudado pelos profissionais do Direito, tendo em vista que já causa incongruências em casos famosos colocados em julgamento em nosso país.

O exemplo atual, mas que já se torna clássico, é a discussão do respeito ao princípio do duplo grau de jurisdição na esfera penal, em julgamentos de competência originária do STF, vale dizer, o caso da Ação Penal nº 470/MG. No famigerado caso do "Mensalão", a discussão trazida pela defesa dos réus com o trânsito em julgado da decisão condenatória é no sentido de que uma garantia processual penal prevista em Tratados Internacionais de Direitos Humanos *(neste caso a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966)* ratificados pelo Brasil, estaria sendo suprimida pelo Poder Judiciário nacional, notadamente o STF. Isto porque a Constituição Brasileira prevê a possibilidade excepcional em que este princípio *(duplo grau de*

---

[34] Esta afirmação de *"desafiar"* a autoridade da Constituição deve ser vista com cautela, uma vez que é a própria Constituição que determina qual o procedimento de aprovação do Tratado Internacional, exigindo-se, em regra, participação do Chefe do Poder Executivo *(no caso brasileiro o Presidente da República),* e a necessidade de ser o tratado referendado pelo parlamento *(no caso brasileiro, o Congresso Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e Senado Federal).* Opera-se, neste contexto, o controle de constitucionalidade preventivo, inclusive com a possibilidade do Congresso rejeitar o tratado, ou exigir reservas para que não se afronte a Constituição. Esta atuação do Chefe do Poder Executivo e dos membros do Poder Legislativo em conjunto sustenta a tese da corrente internacionalista na afirmação da legitimidade democrática dos tratados internacionais, ainda que a posteriori - *haja vista que o tratado é feito em momento anterior e somente em momento posterior é enviado para apreciação do Parlamento dos Estados.*

jurisdição) pode ser afastado: Hipóteses previstas taxativamente na Constituição em que o STF tem competência originária, onde nenhum outro órgão jurisdicional superior revisará o julgamento, por uma questão de lógica jurídica, vez que por ser supremo, não há Tribunal acima deste órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro.

Apenas para que não se indique um único exemplo, outro caso que o passar dos anos não cala este intenso debate foi a decisão pelo STF na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153 que considerou a constitucionalidade da Lei de Anistia brasileira, sendo que o tema fora apreciado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) x Brasil[35], em que o Tribunal de Direitos Humanos das Américas condenou o Estado brasileiro e ordenou o reconhecimento da inconvencionalidade ou revogação imediata da mencionada Lei de Anistia.

Tem-se aqui um legítimo conflito de decisões entre o Tribunal Constitucional do país, e um Tribunal Internacional de Direitos Humanos que o próprio Estado manifestou anuência em se submeter a jurisdição internacional. A discussão sobre qual decisão deve prevalecer não se encerra com a última palavra dada pelo STF, vez que se questiona *a falta de amadurecimento do pensamento constitucional brasileiro*[36] que insiste em ignorar a corrente internacionalista.

---

[35] CASO GOMES LUND E OUTROS ("GUERRILHA DO ARAGUAIA") VS. BRASIL Sentença de 24 de novembro de 2010 disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf acessado em 29 de junho de 2014.

[36] Sobre esta *falta de amadurecimento do pensamento constitucional* no Brasil, a crítica que se faz neste trabalho é que por termos uma Teoria Constitucional extremamente recente, uma vez que a Constituição brasileira apenas ocupou seu verdadeiro espaço a partir de 1988, ainda não se firmaram as bases teóricas sobre a jurisdição constitucional brasileira. Isto porque, por cultuarmos por séculos o "império da lei", ou seja o direito dos códigos, não se cultivava nas academias e nos Tribunais a constitucionalização do direito. Ombreado a este fator, não se pode ignorar o período ditatorial que há menos de um século sufocou a democracia por décadas em nosso país, bem como a intensa desigualdade social vigente e os altíssimos índices de analfabetismo (inclusive funcional), que são alguns dos indicadores que contribuem para o *déficit* na cultura constitucional brasileira, e, por consequência, pela ausência do *sentimento constitucional*.
Sobre o tema, importante estudo foi desenvolvido por Renato Bernardi e Rafael José Nadim de Lazari na obra "Ensaios Escolhidos de Direito Constitucional", em que os autores estudam *A importância da concepção cultural de Lei Fundamental para o desenvolvimento do saber jurídico constitucional.* Neste trabalho se examina a metodologia dos cursos de Direito no ensino do Direito Constitucional, identificando os principais obstáculos e consequências. Após demonstrarem os principais problemas do ensino jurídico da disciplina de Direito Constitucional, os autores afirmam que "a consequência deste fenômeno imperfeito é um estudo "manco" do direito constitucional, hipertrofiado quanto às matérias propriamente constitucionais, porém raquítico quanto a outros assuntos. O contexto fica ainda pior se observado que, com isso, o desenvolvimento da consciência constitucional não se procede da maneira que deveria".(...) Também, impensável seria, há alguns anos, exigir-se do operador do direito que começasse fundamentado sua petição/recurso com a Constituição Federal, e não com a lei. A ideia de 'império da lei' decorria do entendimento de que as Cartas Magnas de um

Neste sentido, necessário trazer algumas considerações sobre o princípio da supremacia da constituição, já que ao lado do princípio da soberania, também é considerado princípio basilar que estrutura e sustenta o Texto Constitucional. Aliás, considerado alvo de contundentes críticas pela corrente internacionalista, que sustenta a tese de que nenhum princípio é absoluto, e que por vezes, em face da conjuntura moderna de nosso ordenamento jurídico a Constituição poderia ser afastada caso norma mais benéfica ao ser humano estivesse presente em Tratados Internacionais ratificados pelo Estado brasileiro, não há dúvida sobre a existência de conflito doutrinário, normativo e, até mesmo jurisprudencial, que precisa ser minuciosamente estudado e solucionado.

Por outro lado, defendem-se os constitucionalistas, há posicionamento doutrinário que sustenta que é a própria Constituição que autoriza avocar disposições em diplomas internacionais de direitos humanos, principalmente em respeito ao §2º do artigo 5º da CRFB. Necessário mencionar que existem casos na jurisprudência internacional em que Tribunais Internacionais de Direitos Humanos ordenam a *alteração* da Constituição para que o ordenamento jurídico interno fosse compatibilizado com o tratado *(ex: Caso La última tentación de Cristo vs. Chile*[37] *julgado pela Corte Interamericana)*, o que fragiliza, ou extermina esta tese, pois a própria Constituição não poderia permitir ser reformada por elementos externos e estranhos ao Texto Constitucional, neste exemplo, uma sentença internacional.

Importante esta consideração porque nas últimas décadas, principalmente após a II Guerra Mundial, a atuação de Tribunais Internacionais de Direitos

---

país tinham mera força política. Já a Constituição atual, de força jurídica, passou de mera "carta de intenções" para vinculadora das iniciativas pública e privada. Pior ainda seria admitir que um juiz um dia pudesse decidir com base em um princípio não-legislado (à época, sequer norma era um princípio). Nesta frequência, é nítido o paradoxo: o direito constitucional como ciência autônoma se desenvolveu, mas não sua grade de ensino. (BERNARDI, LAZARI, 2013, p. 228-229).
Em relação ao modelo de ensino vigente no Brasil, concluem os autores que "o resultado é o pouco de conhecimento prático do que represente uma jurisdição constitucional, ou o controle preventivo de constitucionalidade das leis e atos normativos, ou de como um bom entendimento de princípios podem servir para vencer uma demanda que, numa análise fria e estrita da lei, é dada como perdida. (BERNARDI, LAZARI, 2013, p. 229). Os autores do mencionado estudo se debruçam sobre a *"concepção cultural da Constituição"* desenvolvida por Peter Haberle, detalhando sua respectiva importância para a difusão do saber constitucional. Nesse sentido, ponderam os autores que mais que entender a Constituição como uma conjuntura de fatores normativos, sociológicos, políticos e jurídicos, na visão de Haberle, o que se defende é o desenvolvimento de uma consciência constitucional coletiva, que abranja tanto os operadores como os não-operadores do direito, como passo fundamental à formação de uma "sociedade aberta" de intérpretes. (BERNARDI, LAZARI, 2013, p. 230)

[37] Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Sentencia de 5 de fevereiro de 2001. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_73_esp.pdf Acessado em 29 de junho de 2014.

Humanos se torna incisiva, e com a ratificação de tratados internacionais de direitos humanos que além de elencar direitos, criam órgãos jurisdicionais supraestatais capazes de impor condenações aos países que aderem aos mencionados tratados, criou-se na jurisprudência internacional e na doutrina um novo fenômeno denominado de controle de convencionalidade, que estará em permanente convívio e por vezes, conflito, com o já consagrado controle de constitucionalidade, seja o controle difuso ou o concentrado.

Expostas estas considerações prévias, antes de analisar a teoria do controle de convencionalidade, examinar-se-á doravante o princípio da supremacia constitucional.

O princípio da supremacia da Constituição pressupõe a premissa de que em todo ordenamento jurídico é indispensável a existência de uma norma legitimadora, ou seja, superior a todas as outras e que seja o fundamento de existência e validade das demais leis. Então, o que se visualiza é uma relação de hierarquia *(que Hans Kelsen tão bem representou em uma pirâmide)* onde a Constituição possui a qualidade de superioridade em relação as normas que não integram diretamente seu Texto, e seu atributo principal seria a autoridade. Significa dizer que as demais leis devem obediência a Lei Fundamental, e não podem confrontá-la, sob pena de incidir no vício insanável da inconstitucionalidade, e por consequência, não aplicação. Nesse contexto, Dirley da Cunha Júnior leciona que em decorrência dessa irrecusável posição de norma jurídica suprema, exige a Constituição que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e regras que ela adota (2010, p. 33).

O que se objetiva demonstrar é que a Constituição reúne um grupo seleto de matérias que são fundamentais para o Estado, bem como para os jurisdicionados, e por assim ser, estes conteúdos não se confrontam com leis que não sejam elaboradas pelo legislador constituinte originário ou reformador. Demonstra-se, assim, que não há embate, choque ou conflito entre normas constitucionais e demais leis infraconstitucionais, haja vista que estão em planos hierarquicamente distintos. Por isso, impensável uma Lei Federal que revogue um artigo da Constituição. Absurdo supor uma Lei Complementar que anule um comando constitucional. Sequer se pense em uma reforma na Constituição por medida provisória ou decreto executivo.

Isto porque o que confere validade para as demais leis é a própria Constituição, que, exatamente por isso, deve ser respeitada, vez que é a norma que proporciona sustentação ao sistema jurídico, é o alicerce do arcabouço normativo nacional. Neste contexto, esclarece Ingo Wolfgang Sarlet, o princípio da supremacia da Constituição se traduz no fato de que as normas constitucionais, dada a sua origem e em virtude da distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, ocupam posição hierárquica superior em relação a toda e qualquer norma ou ato oriundo dos assim chamados poderes constituídos, portanto, em relação às demais normas do sistema jurídico. Prossegue o jurista ao lecionar que o princípio da supremacia da Constituição significa que a Constituição, e, em especial, os direitos fundamentais nela consagrados, situam-se no topo da hierarquia do sistema normativo, de tal sorte que todos os demais atos normativos, assim como os atos do Poder Executivo e do Poder Judiciário (mas também e de certo modo todo e qualquer ato jurídico), devem ter como critério de medida a Constituição e os direitos fundamentais (2012, p. 215).

Como a Lei Fundamental tem o dever de regulamentar relações de poder, Luis Roberto Barroso explicita valores intocáveis em nossa Constituição, veja-se:

> Em um Estado constitucional existem três ordens de limitação do poder. Em primeiro lugar, as limitações *materiais:* há valores básicos e direitos fundamentais que hão de ser sempre preservados, como a dignidade da pessoa humana, a justiça, a solidariedade e os direitos à liberdade de religião, de expressão, de associação. Em segundo lugar, há uma específica estrutura *orgânica* exigível: as funções de legislar, administrar e julgar devem ser atribuídas a órgãos distintos e independentes, mas que, ao mesmo tempo, se controlem reciprocamente *(checks and balances)*. Por fim, há as limitações *processuais:* os órgãos do poder devem agir não apenas com fundamento na lei, mas também observando o devido processo legal, que congrega regras tanto de caráter procedimental (contraditório, ampla defesa, inviolabilidade do domicílio, vedação das provas obtidas por meios ilícitos) como de natureza substantiva (racionalidade, razoabilidade-proporcionalidade, inteligibilidade). Na maior parte dos Estados ocidentais instituíram-se, ainda, mecanismos de controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público (BARROSO, 2013, p. 27-28).

Marcelo Novelino traz luz ao tema ao afirmar que a ideia da supremacia constitucional surgiu com as *revoluções liberais* que trouxeram à tona a noção de Constituição escrita, formal e rígida. A rigidez de uma Constituição tem como principal consequência o *princípio da supremacia*, do qual decorre o *princípio da compatibilidade vertical* das normas do ordenamento jurídico, segundo o qual uma norma só será válida se produzida de acordo com o seu fundamento de validade. A

propósito, esclarece o autor que a supremacia constitucional pode decorrer de seu conteúdo ou do processo de elaboração de suas normas (2012, p. 237).

Cabe destacar também a divisão doutrinária em *supremacia formal ou material da Constituição*[38].

Necessário se faz a observação precisa de Ingo Wolfgang Sarlet de que é preciso se ter em mente que a supremacia da Constituição não se esgota na hierarquia das normas jurídicas, mas também diz respeito a arquitetura institucional, ou seja, a relação entre órgãos constitucionais, pois a supremacia da constituição implica o caráter secundário (dependente e subordinado) da legislação e do legislador. Por isso, prossegue o jurista, guardam relação - mas não se confundem - com o princípio da supremacia da constituição (do qual decorre o princípio da constitucionalidade e a partir do qual se estrutura todo um sistema de hierarquia das fontes normativas), pelo menos três importantes princípios da interpretação constitucional: o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas constitucionais, o princípio da força normativa da constituição e o princípio da interpretação conforme a constituição (2012, p. 215).

Evidente que o tema até aqui estudado é extenso e merece leituras aprofundadas na doutrina e jurisprudência, principalmente sobre as teorias do *constitucionalismo* e da *democracia*. O constitucionalismo que, em essência, significa limitação do poder do Estado e supremacia da lei (BARROSO, 2013, p. 27) é conceito que se aproxima da democracia, mas com ela não se confunde. Sobre o tema, Luis Roberto Barroso pondera que:

---

[38] Sobre a matéria, pondera Dirley da Conha Júnior: "Essa indeclinável e necessária compatibilidade vertical entre as leis e atos normativos com a Constituição satisfaz, por sua vez, o princípio da constitucionalidade: *todos os atos normativos dos poderes públicos só são válidos e, consequentemente, constitucionais, na medida em que se compatibilizem, formal e materialmente, com o texto supremo.* Essa compatibilização deve ser *formal*, no sentido de que devem estar de acordo com o modo de produção legislativo tracejado na carta maior; e *material*, de modo que o conteúdo desses atos guarde harmonia com o conteúdo da lei magna. Assim, a superioridade jurídica da Constituição implica, na prática brasileira, a *revogação* de todas as normas anteriores com ela materialmente contrastantes e a *nulidade* de todas as normas editadas posteriormente à sua vigência (2010, p. 33).
A *supremacia formal* decorre do princípio da rigidez constitucional e se refere ao processo de elaboração legislativa, ou seja, aos procedimentos definidos pela própria Constituição para a produção normativa. Manifesta-se, assim, pelo atributo da superioridade da Constituição que deve ser respeitada por todas as demais leis infraconstitucionais existentes no ordenamento jurídico.
Por sua vez, a *supremacia material* se refere ao conteúdo, ou seja, as matérias essencialmente constitucionais, que disciplinam a formação e os fundamentos do Estado de Direito.

> A ideia de Estado democrático de direito, consagrada no artigo 1º da Constituição brasileira, é a síntese histórica de dois conceitos que são próximos, mas não se confundem: os de constitucionalismo e democracia. *Constitucionalismo* significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, *rule of law*, *Rechtsstaat)*. *Democracia*, por sua vez, em aproximação sumária, traduz-se em soberania popular e governo da maioria. Entre constitucionalismo e democracia podem surgir, eventualmente, pontos de tensão: a vontade da maioria pode ter de estancar diante de determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais da Constituição. Em princípio, cabe à jurisdição constitucional efetuar esse controle e garantir que a deliberação majoritária observe o procedimento prescrito e não vulnere os consensos mínimos estabelecidos na Constituição.
> Não por acaso, portanto, é recorrente na doutrina o debate acerca do fundamento democrático da jurisdição constitucional, das origens até os dias de hoje. A subsistência da polêmica e a busca constante de legitimação nas relações entre o constituinte e o legislador revelam um imperativo dos tempos modernos: o de harmonizar a existência de uma Constituição - e dos limites que ela impõe aos poderes ordinários - com a liberdade necessária as deliberações majoritárias, próprias do regime democrático (2013, p.110-111).

Por tratar das relações de poder, a Constituição tem o dever e a competência de determinar a titularidade e as formas de exercício deste poder, sendo que nas constituições democráticas identifica-se o povo como o titular, exercendo-o diretamente ou através de representantes eleitos pelo voto direto, secreto e periódico. Assim, atualmente, é impossível discutir democracia e sua relação com os direitos fundamentais sem abordar, ainda que de forma incidental, o tema da soberania popular (ALVES, 2013, p. 26).

Neste contexto, Fernando de Brito Alves pondera que se a Constituição é revolução democrática perene, o fundamento da Constituição é a democracia. Não se trata de mera biimplicação lógica, é antes de tudo, um círculo virtuoso que se estabelece entre legitimidade e substância (ALVES, 2013, p. 280). Este raciocínio é importante para o debate da presente temática, pois o que se discutirá na análise dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos é exatamente a legitimidade democrática de tais documentos, haja vista que o Poder Constituinte[39] que produz a

[39] Sobre este enfoque sobre o Poder Constituinte, Fernando de Brito Alves leciona que: Não obstante, conhecer o poder constituinte não se reduz à qualificação ou ao reconhecimento das normas constitucionais e a organização dos poderes constituídos. É algo além, que implica uma compreensão integrada de que o poder constituinte é ao mesmo tempo fonte onipotente de normas constitucionais e sujeito dessa produção.
Como consequência disso, dada sua natureza híbrida, o poder constituinte resiste a constitucionalização, e por isso permanece sempre estranho ao direito.
Do ponto de vista do direito, o conceito de poder constituinte, geralmente aceito pela *communis opinio doctorum*, é o de fonte de produção das normas constitucionais, é aquele poder que possui a capacidade de instituir uma Constituição, estabelecendo um rol de direitos fundamentais e organizando o Estado, entre outras coisas. Ele é um ato imperativo da nação, que *ex nihilo* organiza todo o direito (ALVES, 2013, p. 269-270).

Constituição é extremamente diferente da sistemática adotada para a feitura de um Tratado Internacional, em regra, envolvendo Chefes de Estado e posteriormente o parlamento.

Do arrazoado que até aqui se fez, identifica-se uma sequência lógica de fatores:

É necessário que haja soberania para a formação do Estado Nacional;

Existindo soberania, constitui-se o Estado através de um documento jurídico denominado de "Constituição" *(considerada a certidão de nascimento do Estado)*, que reafirmará a soberania e a supremacia constitucional como princípios intrínsecos do Texto Constitucional;

Para a elaboração da Constituição é necessário adotar um sistema político de governo, e, no caso brasileiro, sendo a democracia[40], a titularidade de todo o poder está concentrada no povo;

Torna-se nítida, assim, a ideia do *Estado Democrático de Direito*.

Dirley da Cunha Júnior pondera que todas as normas constitucionais das Constituições rígidas *(como é o caso brasileiro)*, independente de seu conteúdo, têm estrutura e natureza de *normas jurídicas*, ou seja, são normas providas de juridicidade, que encerram um *imperativo*, vale dizer, *uma obrigatoriedade de um comportamento.* São, pois, verdadeiras normas jurídicas. Prossegue o jurista ao afirmar que é certo, porém, que a Constituição brasileira, como a maioria das Constituições contemporâneas, contém normas de diversos tipos, função e natureza, de modo que algumas são dotadas de maior eficácia que outras. Mas isso não significa, no entanto, que haja em seu texto normas não-jurídicas. Todas as normas constitucionais, sem exceção, mesmo as permissivas, são dotadas de

---

Neste contexto se insere o questionamento sobre a legitimidade democrática na elaboração de tratados internacionais, haja vista que o processo de elaboração de uma Constituição é consideravelmente mais complexo do que a elaboração de um pacto entre nações.

[40]Ainda que elementar, importante frisar que democracia NÃO é sinônimo de vontade da maioria. Nesse sentido, Eduardo Cambi disserta que: O princípio da maioria não equivale à *prepotência* nem pode traduzir-se na *imunidade* do Poder Legislativo ou do Executivo perante as violações da Lei fundamental. É preciso aprender com a história, a qual está repleta de exemplos de *maiorias totalitárias* (v.g. o nazismo e o fascismo), a exigir a observância de direito fundamentais de todos, façam eles ou não parte da maioria. O princípio da maioria não está assentado no *absolutismo* da maioria ou na *opressão* das minorias. O conceito de democracia não pode ser reduzido ao *governo da maioria.* O direito da maioria deve respeitar o das minorias, pois, em uma democracia, uma minoria pode, ocasionalmente, tornar-se maioria. As Constituições modernas preveem valores e opções políticas fundamentais com o escopo de se formar um *consenso mínimo* a ser observado pelas maiorias, pois a *democracia exige mais do que apenas a observância da regra majoritária.* Isto retira a *discricionariedade da política ordinária,* vinculando o grupo político que detém o poder a fim de garantir a realização do direito de todos. (CAMBI, 2011, p. 24)

imperatividade, por determinarem uma conduta positiva ou uma omissão, de cuja realização são obrigadas todas as pessoas e órgãos às quais elas se dirigem. Não existe norma constitucional destituída de eficácia: Todas elas irradiam efeitos jurídicos (2010, p.30).

Não se pode esquecer, conforme ressalta Dirley da Cunha Júnior, que a superioridade hierárquico-normativa da Constituição só se coaduna com as chamadas Constituições rígidas. Vale dizer, a supremacia constitucional somente se verifica onde exista uma Constituição rígida. Isso porque, como de entendimento convencional, a Constituição rígida se caracteriza por demandar um processo especial para sua alteração[41] [42], que se apresenta distinto, mais solene e excessivamente mais complexo e mais difícil do que aquele previsto para a elaboração das leis comuns, distinguindo-se das chamadas Constituições flexíveis, por se contentarem estas com o idêntico processo de reforma e elaboração das leis ordinárias, ou seja, por se submeterem a um processo de reforma coincidente com o modo de produção da legislação comum, inexistindo, pois, relativamente às Constituições flexíveis, qualquer diferença formal entre norma constitucional e norma infraconstitucional. Assim, pode-se afirmar que, em face da supremacia das Constituições rígidas, que pressupõe um escalonamento entre as entidades normativas, existem normas constitucionais (superiores) e normas infraconstitucionais (inferiores) (2010, p.33-34).

Após ressaltar a importância dos princípios da soberania e da supremacia da Constituição se faz necessário investigar como estes conceitos clássicos foram influenciados por um fenômeno social proveniente dos últimos séculos, qual seja, a globalização.

---

[41]Na lição de Fernando Brito Alves: Resta evidenciado que o fato de a Constituição exigir forma especial para que seja reformada, normalmente depende de uma maioria qualificada indica que como já observou Kelsen, as questões constitucionais dependem de uma minoria para serem solucionadas; dito de outro modo, as maiorias simples, dissociadas das minorias não são suficientes para aprovação de reformas constitucionais, e dessa forma não possuem o *"direito de impor sua vontade à minoria"*. (ALVES, 2013, p.304)

[42] Eduardo Cambi pondera que a Constituição não é apenas a norma de maior estrutura hierárquica do ordenamento jurídico (*lex superior*). É, sobretudo, o conjunto de normas que regula o *processo formal* de criação das demais normas jurídicas, e, mais importante, prevê os valores, os princípios e as limitações para o *conteúdo* da legislação infraconstitucional. (2011, p.205)

1.4 Globalização e Reflexos do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Direito brasileiro

A evolução tecnológica experimentada no último século surpreende pela velocidade das mudanças provocadas no corpo social. O progresso científico e a revolução das comunicações criaram um mundo “em rede” em que as fronteiras geográficas não representam mais uma adversidade para as relações sociais.

É notório que o desenvolvimento científico proporcionou verdadeira revolução na qualidade de vida das pessoas em boa parte do planeta. Entretanto, tal “progresso” também desencadeou um agravamento da desigualdade social e da marginalização, com o diferencial de que atualmente existe um volume populacional jamais visto na história da humanidade.

Assim, não se pode desconsiderar as duas faces do capitalismo. Se por um lado a economia de mercado impôs um ritmo de acelerado desenvolvimento e produção tecnológica trazendo bens de consumo e uma qualidade de vida altíssima para os detentores de capital; por outro, nunca se observou uma quantidade tão expressiva de pessoas “sobrevivendo” as margens da sociedade. A título de exemplo enquanto *mega* hospitais e *super* medicamentos prolongam a vida humana desafiando a vontade da natureza em grandes metrópoles, no mesmo instante milhares de pessoas morrem em países subdesenvolvidos por doenças primárias, provenientes, em determinados casos, da falta de água potável ou saneamento básico minimamente razoável.

Não se se podem ignorar os avanços sociais provenientes do capitalismo, mas por outro lado, tal fenômeno não está imune a críticas, a exemplo de Zygmunt Bauman que entende que o capitalismo se destaca por criar problemas, e não por solucioná-los (2010, p. 07).

Michael Sandel destaca que a chegada do mercado e do pensamento centrado nele a aspectos da vida tradicionalmente governados por outras normas é um dos acontecimentos mais significativos da nossa época (2012, p. 13).

Neste raciocínio deve-se ponderar que o Direito também foi e continua sendo afetado pela globalização.

Conforme leciona Luiz Alberto G. S. Rocha explicar a globalização não é tarefa fácil (2008, p. 79), mas necessário se faz demonstrar o quanto este fenômeno social irradia efeitos para o universo jurídico.

Bauman salienta a onipresença e onipotência da globalização:

> A “globalização está na ordem do dia; uma palavra da moda que se transforma rapidamente em um lema, uma encantação mágica, uma senha capaz de abrir as portas de todos os mistérios presentes e futuros. Para alguns, “globalização” é o que devemos fazer se quisermos ser felizes; para outros, é a causa da nossa infelicidade. Para todos, porém, “globalização” é o destino irremediável do mundo, um processo irreversível; é também um processo que nos afeta a todos na mesma medida e da mesma maneira. Estamos todos sendo “globalizados” – e isso significa basicamente o mesmo para todos.
> (...)
> A expressão “compressão tempo/espaço” encerra a multifacetada transformação em curso dos parâmetros da condição humana. Assim que examinarmos as causas e consequências sociais dessa compressão, ficará evidente que os processos globalizadores não têm a unidade de efeitos que supõe comumente. Os usos do tempo e do espaço são acentuadamente diferenciados e diferenciadores. A globalização tanto divide como une; divide enquanto une – e as causas da divisão são idênticas às que promovem a uniformidade do globo. Junto com as dimensões planetárias dos negócios, das finanças do comércio e do fluxo de informação, é colocado em movimento um processo “localizador” de fixação no espaço. Conjuntamente, os dois processos intimamente relacionados diferenciam nitidamente as condições existências de populações inteiras e de vários segmentos de cada população. O que para alguns parece globalização, para outros significa localização; o que para alguns é sinalização de liberdade, para muitos outros é um destino indesejado e cruel. (1999, p. 07).

Esta economia de mercado tem ditado as regras até mesmo a campos que não são predominantemente econômicos, a exemplo do Direito Público, principalmente no que se refere às teorias clássicas do Estado e da Constituição. Isto porque, conforme pontua Luiz Alberto G. S. Rocha, excluindo-se o viés econômico tem-se ao menos mais duas facetas importantíssimas da globalização que devem ser consideradas:

> A face política, apresentando a história do desenvolvimento da União Europeia, hoje o exemplo mais bem acabado do que parece ser tendência crescente dentro da globalização de evolução política da regionalização das relações entre os povos; e a face sócio-cultural, a partir da referência à facilitação do intercâmbio cultural e sua aparente homogeneização até a percepção da diversidade cultural presente e resistente das diversas civilizações do globo. (ROCHA, 2008, p. 80)

A globalização se intensifica como fenômeno do Pós-Guerra[43] e, assim como a soberania nacional absoluta passa a ser contestada, economicamente as

[43]Assim como a globalização o moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é fenômeno do pós-guerra e seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte dessas violações poderia ser prevenida se um efetivo sistema

fronteiras deixam de existir perante o mercado global que passa a se infiltrar em todos os continentes.

> Todo esse processo, portanto, mobilizou-se a partir das importantes mudanças estruturais (políticas, organizacionais, tecnológicas e, principalmente, financeiras), ocorridas ao longo da década de 1970 até nossos dias, que permitiram o desenrolar do fenômeno à escala global. Foram as mudanças cambiais do padrão-ouro para o sistema de câmbio flutuante e a desregulamentação e liberalização dos mercados internos aos investimentos financeiros, somados às consequências dos choques do petróleo do início da década de 1970 com o aumento dos preços relativos de bens e serviços, à estagnação do ritmo de crescimento das economias nacionais, à diminuição generalizada das margens de lucro capitalistas, ao crescimento dos déficits públicos e da inflação que proporcionaram essa revolução sistêmica que o capitalismo global veio apresentar (ROCHA, 2008, p. 82).

Bauman também entende existir atualmente um ambiente novo e sem precedentes na história da humanidade:

> Pelo menos na parte "desenvolvida" do planeta, têm acontecido, ou pelo menos estão ocorrendo atualmente, algumas mudanças de curso seminais e intimamente interconectadas, as quais criam um ambiente novo e de fato sem precedentes para as atividades da vida individual, levantando uma série de desafios inéditos.
> Em primeiro lugar, a passagem da fase "sólida" da modernidade para a "líquida" – ou seja, para uma condição em que as organizações sociais (estruturas que limitam as escolhas individuais, instituições que asseguram a repetição de rotinas, padrões de comportamento aceitável) não podem mais manter sua forma por muito tempo (nem se espera que o façam), pois se decompõem e se dissolvem mais rápido que o tempo que leva para moldá-las e, uma vez reorganizadas, para que se estabeleçam. É pouco provável que essas formas, quer já presentes ou apenas vislumbradas, tenham tempo suficiente para se estabelecer, e elas não podem servir como arcabouços de referência para as ações humanas, assim como para as estratégias existenciais a longo prazo, em razão de sua expectativa de vida curta: com efeito, uma expectativa mais curta que o tempo que leva para desenvolver uma estratégia coesa e consistente, e ainda mais curta que o necessário para a realização de um "projeto de vida" individual.
> Em segundo lugar, a separação e o iminente divórcio entre o poder e a política, a dupla da qual se esperava, desde o surgimento do Estado moderno e até muito recentemente, que compartilhasse as fundações do Estado-nação "até que a morte os separasse". Grande parte do poder de agir efetivamente, ates disponível ao Estado moderno, agora se afasta na direção de um espaço global (e, em muitos casos, extraterritorial) politicamente descontrolado, enquanto a política – a capacidade de decidir a direção e o objetivo de uma ação – é incapaz de operar efetivamente na dimensão planetária, já que permanece local. A ausência de controle político transforma os poderes recém-emancipados numa fonte de profunda e, em princípio, incontrolável incerteza, enquanto a falta de poder torna as instituições políticas existentes, assim como suas iniciativas e seus empreendimentos, cada vez menos relevantes para os problemas

---

de proteção internacional dos direitos humanos já existisse, o que motivou o surgimento das Nações Unidas, em 1945 (GUERRA, 2015, p. 85).

> existenciais dos cidadãos dos Estados-nações e, por essa razão, atraem cada vez menos a atenção destes. Entre ambos, os dois resultados inter-relacionados desse divórcio ogrigam ou encorajam os órgãos do Estado a abandonar, transferir ou (para usar os termos que entraram recentemente na moda no jargão político) “subsidiar” e “terceirizar” um volume crescente de funções que desempenhavam anteriormente. Abandonadas pelo Estado, essas funções se tornam um *playground* para as forças do mercado, notoriamente volúveis e inerentemente imprevisíveis, e/ou são deixadas para a iniciativa privada e aos cuidados dos indivíduos (2007, p. 07-08)

O que se observa é que a globalização representa um enigmático desafio ao Estado. Isto porque não é apenas o mercado e a economia que são regidos por este fenômeno. Padrões de comportamento, signos culturais, a criação de um idioma universal, uma moeda global, etc. São inúmeros os indicadores de que a globalização tem expandido seu domínio perante o mundo pós-moderno.

Sobre esta economia de mercado dominante Michael Sandel adverte que o mundo contemporâneo tem por característica mercadejar[44] praticamente tudo que existe. Desde bens de consumo até órgãos humanos, ideias e sentimentos:

> Vivemos numa época em que quase tudo pode ser comprado e vendido. Nas três últimas décadas, os mercados – e os valores de mercado – passaram a governar nossa vida como nunca. Não chegamos a essa situação por escolha deliberada. É quase como se a coisa tivesse se abatido sobre nós.
> Quando a guerra fria acabou, os mercados e o pensamento pautado pelo mercado passaram a desfrutar de um prestígio sem igual, e muito compreensivelmente. Nenhum outro mecanismo de organização da produção e distribuição de bens tinha se revelado tão bem-sucedido na geração de afluência e prosperidade. Mas, enquanto um número cada vez maior de países em todo o mundo adotava mecanismos de mercado na gestão da economia, algo mais também acontecia. Os valores de mercado passavam a desempenhar um papel cada vez maior na vida social. A economia tornava-se um domínio imperial. Hoje, a lógica da compra e

[44] Por que ficar preocupado com o fato de estarmos caminhando para uma sociedade em que tudo está à venda?
Por dois motivos: um tem a ver com desigualdade; o outro, com corrupção. Veja-se a questão da desigualdade. Numa sociedade em que tudo está à venda, a vida fica mais difícil para os que dispõem de recursos modestos. Quanto mais o dinheiro pode comprar, mais importante é a afluência (ou a sua falta).
Se a única vantagem da afluência fosse a capacidade de comprar iates, carros esportivos e férias no exterior, as desigualdades de renda e riqueza não teriam grande importância. Mas, a medida que o dinheiro passa a comprar cada vez mais – influência política, bom atendimento médico, uma casa num bairro seguro, e não numa zona de alto índice de criminalidade, acesso a escolas de elite, e não às que apresentam maus resultados –, a questão da distribuição da renda e da riqueza adquire importância muito maior. Quando todas as coisas boas podem ser compradas e vendidas, ter dinheiro passa a fazer toda a diferença do mundo.
Por isso é que as últimas décadas se têm revelado particularmente mais difíceis para as famílias pobres e de classe média. Não só se agravou a defasagem entre ricos e pobres como a mercantilização de tudo aguçou a desigualdade e aumentou a importância do dinheiro. (SANDEL, 2012, p. 14).

> venda não se aplica mais apenas a bens materiais: governa crescentemente a vida como um todo. Está na hora de perguntarmos se queremos viver assim. (SANDEL, 2012, p. 11).

O Direito, enquanto fenômeno vocacionado à regulamentação da vida em sociedade tendo por meta a pacificação dos agrupamentos humanos, não consegue mais responder a novas questões com antigos conceitos. Por assim ser, a internacionalização do capital trouxe uma problemática inédita que ideologias dos séculos XV ou XVI não conseguem solucionar.

> Pois bem, se a herança do pós-guerra foi da construção do sonho de manutenção da paz, o desvio é evidente a partir da década de 80, pois a preocupação principal paulatinamente modificou-se: partindo-se da iminência de conflitos armados em escala mundial ao desenvolvimento de mercados financeiros. A própria internacionalização do capital como consequência mais retumbante do processo de globalização demonstra extraordinariamente essa mudança de enfoque (ROCHA, 2008, p. 106).

No mesmo sentido Michael Sandel destaca o fenômeno da extensão dos mercados e de valores de mercado se apropriando de matérias que eram exclusivas do Estado:

> A mudança mais decisiva ocorrida nas três últimas décadas não foi o aumento da ganância, mas a extensão dos mercados, e de valores de mercado, a esferas da vida com as quais nada têm a ver.
> Para enfrentar essa situação, não basta invectivar a ganância; devemos repensar o papel a ser desempenhado pelos mercados em nossa sociedade. Precisamos de um debate público sobre o que significa manter os mercados no seu devido lugar. Para que ocorra esse debate, precisamos analisar os limites morais do mercado. Precisamos perguntar se não existem certas coisas que o dinheiro não pode comprar (SANDEL, 2012, p. 12-13)

Ocorre que determinados bens da vida são considerados direitos humanos fundamentais, e por assim ser, não podem ser “coisificados”, tampouco “terceirizados” à iniciativa privada. O Estado, por ser dotado do monopólio da função jurisdicional no âmbito interno, não pode permitir que o mercado dite as regras para a sociedade criando sua própria “ética” e impondo padrões de conduta globalmente esperados. Tal postura etnocêntrica acaba por eliminar o multiculturalismo, característica marcante da Teoria dos Direitos Humanos.

> Quando decidimos que determinados bens podem ser comprados e vendidos, estamos decidindo, pelo menos implicitamente, que podem ser tratados como mercadorias, como instrumentos de lucro e uso. Mas nem

> todos os bens podem ser avaliados dessa maneira. O exemplo mais óbvio são os seres humanos. A escravidão era ultrajante por tratar seres humanos como mercadorias, postas à venda em leilão. Esse tratamento não leva em conta os seres humanos de forma adequada – como pessoas que merecem respeito e tratamento condigno, e não como instrumentos de lucro e objetos de uso.
> (...)
> A diferença é esta: uma economia de mercado é uma ferramenta – valiosa e eficaz – de organização de uma atividade produtiva. Uma sociedade de mercado é um modo de vida em que os valores de mercado permeiam cada aspecto da atividade humana. É um lugar em que as relações sociais são reformatadas à imagem do mercado.
> O grande debate que está faltando na política contemporânea diz respeito ao papel e ao alcance dos mercados. Queremos uma economia de mercado ou uma sociedade de mercado? Que papel os mercados devem desempenhar na vida pública e nas relações pessoais? Como decidir que bens podem ser postos à venda e quais deles devem ser governados por outros valores que não os de mercado? Onde não pode prevalecer a lei do dinheiro? (SANDEL, 2012 p. 15-16).

Ademais, não se pode ignorar que os benefícios do capital atingem uma diminuta parcela da sociedade, o que faz com que determinados grupos *(minorias em termos jurídicos, mas maiorias em termos populacionais)* sejam projetados às margens da sociedade globalizada, tendo por inacessíveis direitos mínimos para a concretização de uma vida digna que deveriam ser garantidos pelo próprio Estado.

Boaventura de Sousa Santos, em sua obra “O Direito dos oprimidos” bem demonstra esta triste realidade:

> Devido à inacessibilidade estrutural do sistema jurídico estatal e, sobretudo, ao caráter ilegal das favelas como bairros urbanos, as classes populares que aí vivem concebem estratégias adaptativas com o objetivo de garantir o ordenamento social mínimo das relações comunitárias. Uma dessas estratégias envolve a criação de uma ordem jurídica interna, paralela (e, por vezes, oposta) à ordem jurídica oficial do Estado. (2014, p. 90)

Esta ideia de “aldeia global”, que abrandou conceitos clássicos do Estado – *a exemplo da soberania* – também influenciou o surgimento de um ramo autônomo e específico do Direito, o *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Isto porque o consenso mundialmente alcançado é no sentido de que apenas a tutela jurisdicional oferecida pelo Estado pode ser insuficiente para a proteção dos direitos humanos.

Assim, inaugurou-se a partir da consolidação da ONU e da criação de organizações internacionais regionais – *a exemplo da OEA e do Conselho Europeu* – uma jurisdição internacional de proteção aos Direitos Humanos.

Nesta linha de raciocínio a partir do momento que o Estado ratifica tratados se submetendo a jurisdição de um tribunal internacional surge para o jurisdicionado

(independente se nacional ou não) a possibilidade de proteger seus direitos tanto nos tribunais internos, quanto no tribunal internacional. Mazzuoli pondera que tais direitos têm dupla proteção atualmente: uma proteção *interna* (afeta ao Direito Constitucional) e uma proteção *internacional* (objeto de estudo do Direito Internacional Público). A base normativa que disciplina e rege tal proteção internacional de direitos dá-se o nome de *Direito Internacional Público* (2015, p. 895).

> É imensa a parte das normas internacionais contemporâneas que dizem respeito à proteção e promoção dos direitos da pessoa humana, sendo inúmeros os tratados de proteção dos direitos humanos conhecidos atualmente. Todos eles têm uma característica fundamental: a proteção dos direitos da pessoa humana independentemente de qualquer condição. Em outros termos, basta a condição de ser *pessoa humana* para que todos possam vindicar seus direitos violados, tanto no plano interno como no contexto internacional (MAZZUOLI, 2015, p. 895).

No mesmo sentido André de Carvalho Ramos pontua que a criação do Direito Internacional dos Direitos Humanos está relacionada à nova organização da sociedade internacional no Pós-Segunda Guerra Mundial (2015). Também entende o jurista que o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos gerou uma positivação *internacionalista*, com normas e tribunais internacionais aceitos pelos Estados e com impacto direto na vida das sociedades locais (RAMOS, 2015).

Por assim ser Valerio Mazzuoli pondera que:

> As relações pós-modernas entre o direito internacional e o direito interno devem afastar a *excludência* de uma norma pela outra e ceder à *coexistência* entre elas, além de também rechaçar todo tipo de *intransigência* quando o sujeito de direitos for um ser humano, dando então lugar ao “diálogo” entre tais fontes heterogêneas, para que melhor se proteja esse sujeito de direitos (MAZZUOLI, 2010, p. 149)

Ocorre que o Direito Internacional dos Direitos Humanos produziu uma extensa proteção internacional através de diversos tratados. Tais tratados, para que possam vincular os Estados signatários, devem ser internalizados de acordo com o procedimento estabelecido pelo direito interno de cada país.

É exatamente neste ponto que a problemática ganha relevo no Brasil. A Constituição brasileira não foi clara sobre a internalização dos tratados

internacionais sobre Direitos Humanos. Mesmo com a reforma constitucional proveniente da Emenda 45/2004 não se pacificou a questão.

A globalização afeta o Direito com a criação de Tribunais supranacionais em que a compatibilização do direito interno com a normatividade internacional se tornou, ao menos no Brasil, uma matéria tormentosa. Do mesmo modo, a expansão da proteção jurisdicional em matéria de Direitos Humanos, por não se ter uma interpretação firme sobre a autoridade dos tratados e das sentenças internacionais possibilitou a colisão entre decisões da Corte Constitucional pátria com um Tribunal Internacional especializado em Direitos Humanos que o Brasil integra.

Este desgaste, além de produzir insegurança jurídica, tem levado o Estado Brasileiro ao desprestígio no cenário internacional, uma vez que, por assumir compromissos deveria o Estado cumpri-los, sem ressalvas. Como não é esta a realidade que está posta, a colisão de decisões entre o Supremo Tribunal Federal brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos é, sem dúvida, um dos problemas mais urgentes a serem solucionados pela hermenêutica constitucional brasileira.

2 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

2.1. A Teoria do Controle de Convencionalidade e a necessidade do diálogo de Cortes.

A dignidade da pessoa humana é o conceito que está em pauta desde o último século. Isto porque não há outro tema que tenha conseguido permear a ciência do Direito, a história, a sociologia, a antropologia, as religiões ocidentais e a filosofia com maior abrangência e intensidade[45].

Desde o término da Segunda Guerra Mundial em 1945, tanto na esfera internacional, quanto no âmbito do Direito interno, a comunidade jurídica tem somado esforços para uma construção intelectual que consiga redirecionar os direitos essenciais a pessoa humana como fundamento axiológico do Direito contemporâneo. Noutras palavras, esta gama de direitos e garantias[46] que objetivam proporcionar concretude a uma vida digna tem se tornado a razão de existir dos ordenamentos jurídicos modernos, convocando o Estado não apenas a elencar direitos em suas Constituições, mas também a engendrar políticas públicas para concretizá-los.

Insista-se, diante deste inédito panorama não se espera do Estado apenas abstenções, ou seja, a não violação dos direitos humanos fundamentais – *características dos direitos de 1ª dimensão*. Ao revés, também se exige a atuação do aparelho estatal para que a Constituição seja efetiva[47], ao invés de ser considerada apenas um pedaço de papel. Nesse sentido Norberto Bobbio assevera que o

[45] Boaventura de Sousa Santos pondera que os direitos humanos são uma das promessas principais do projecto da modernidade e, na aparência pelo menos, uma das que obteve um maior grau de realização. Sinal disso mesmo será porventura o consenso, tanto prático, como ideológico, em torno dos direitos humanos, um consenso que é virtualmente total nos países centrais. Como diz Manuel Atienza (1985: 165), a ideologia dos direitos humanos "marca os limites dentro dos quais pode mover-se a reflexão ética e política ", um papel semelhante ao desempenhado pelo cristianismo na Europa medieval. E já antes Elias Diaz anotava que "apesar da fundamental diversidade entre as diferentes ideologias e concepções do mundo, é hoje extraordinariamente difícil encontrar alguém (indivíduo ou Estado) que aberta ou explicitamente se reconheça contrário aos direitos humanos assim genericamente considerados"(Diaz, 1977: 126). (SANTOS, 1989).

[46] Didática a diferenciação terminológica de Norberto Bobbio: Esclareço dizendo que chamo de "liberdades" os direitos que são garantidos quando o Estado não intervém; e de "poderes" os direitos que exigem uma intervenção do Estado para sua efetivação (2004, p. 24).

[47] Finalmente, descendo do plano ideal ao plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva (BOBBIO, 2004, p. 32).

problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político (2004, p.16).

Evidente que o consenso que se tem alcançado sobre a relevância dos direitos humanos fundamentais é resultado de um longo e conturbado processo histórico[48] em que a humanidade enfrentou atrocidades de governantes despóticos, de épocas de terror, da predominância de ambiciosos e doentios projetos pessoais de conquista de poder político e econômico, coisificando-se o ser humano e encharcando de sangue as páginas da história.

O presente trabalho examina a existência de um novo fenômeno denominado de "controle de convencionalidade", proveniente do Direito Internacional dos Direitos Humanos e seus tratados e tribunais. Investigar-se-á como a doutrina e jurisprudência nacional tem enfrentado esta nova matéria tão importante para a máxima efetividade dos direitos humanos fundamentais.

2.1.1. O controle das leis;

O que se observa na análise da história da humanidade é que em qualquer tempo e em qualquer lugar o homem formou comunidades. Significa dizer que a espécie humana, mais do que qualquer outra espécie, necessita viver em grupos para garantir sua sobrevivência.

Entretanto, esta convivência nos primórdios da história da humanidade não se revelou pacífica, e com o surgimento de interesses divergentes e, por consequência a existência de conflito entre os homens, conclui-se, após milhares de anos, que era indispensável um novo elemento no tecido social para que não se perpetuasse o estado de guerra de "todos contra todos". Assim, surge o direito como fenômeno social de função ordenadora, ou seja, para se estabelecer a ordem entre os agrupamentos humanos que se dispunham a não apenas sobreviverem, mas *conviverem* harmonicamente, sendo necessário para isso o estabelecimento de regras e sanções, posteriormente, entendidas como "leis" e "penas".

[48] Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas (BOBBIO, 2004, p.09)

Ademais, necessário ponderar que com o fracasso da autotutela ou autodefesa, onde se almejava "fazer justiça com as próprias mãos" valendo-se da força ou violência, as comunidades humanas constataram a necessidade de construir um elemento de pacificação social, e então, conforme leciona Cintra, Grinover e Dinamarco, quando, pouco a pouco, os indivíduos foram-se apercebendo dos males desse sistema - *autotutela* -, eles começaram a preferir, ao invés da solução *parcial* dos seus conflitos (*parcial* = por ato das próprias partes), uma solução amigável e imparcial através de *árbitros*, pessoas de sua confiança mútua em quem as partes se louvam para que resolvam os conflitos[49]. Concluem os juristas que a decisão do árbitro pauta-se pelos padrões acolhidos pela convicção coletiva, inclusive pelos costumes. Sendo assim, historicamente, pois, surge o juiz antes do legislador (2010, p. 27-28).

Estas considerações iniciais são necessárias, pois os fenômenos que serão examinados neste ensaio repercutem exatamente na atividade jurisdicional, sendo importante, assim, demonstrar a relevância da função do julgador para a pacificação social na história da humanidade.

Objetiva-se demonstrar a importância do controle das leis no direito contemporâneo através da atividade dos juízes nacionais e internacionais, considerando a dignidade da pessoa humana como fundamento axiológico do ordenamento jurídico, avançando para a ideia do controle de constitucionalidade, para finalmente enfrentar o tema do controle de convencionalidade. Estas linhas iniciais reforçam a ideia sobre a importância da atividade jurisdicional desde a existência de vida humana no planeta terra, bem como sua inegável função de proporcionar segurança jurídica e, por consequência, a pacificação social.

2.1.2 A influência do constitucionalismo

A Constituição como documento jurídico-normativo estruturante do Estado Moderno é uma construção intelectual que passa a ser compreendida a partir do

[49]Essa interferência, em geral, era confiada aos sacerdotes, cujas ligações com as divindades garantiam soluções acertadas, de acordo com a vontade dos deuses; ou aos anciãos, que conheciam os costumes do grupo social integrado pelos interessados (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2010, p. 27).

final do século XVIII[50]. Isto porque, embora o Estado, na concepção moderna que entendemos atualmente, surja no início do século XVI, não havia nesta época a *ideia de Constituição*[51] *como estatuto do poder* (expressão adotada por Georges Burdeau), vez que instaurou-se nos povos do ocidente com o final da Idade Média e sob as ruínas do feudalismo os Estados Absolutistas[52], em que todo o poder político concentrava-se no monarca e na Igreja.

Para o propósito deste trabalho, desenvolver-se-á a qualificação da Constituição como Norma Fundamental, na visão kelseniana em que esta Lei Maior é aquela norma que, numa determinada comunidade política, *unifica* e confere *validade* às suas normas jurídicas, as quais, em razão e a partir dela, se organizam e/ou se estruturam em *sistema* (MENDES, COELHO, BRANCO, 2010, p. 45).

Este raciocínio se ampara na lição de Peter Haberle relembrada por Inocêncio Mártires Coelho, de que "a Constituição não é apenas um conjunto de textos jurídicos ou um mero compêndio de regras normativas, mas também a expressão de um certo grau de desenvolvimento cultural, um veículo de autorrepresentação própria de todo um povo, espelho de seu legado cultural e fundamento de suas esperanças e desejos[53]" (2010, p. 63).

No que concerne a afirmação histórica da Constituição como norma jurídica detentora de força normativa, Luis Roberto Barroso esclarece que uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional o *status* de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo adotado na

---

[50] Gilmar Mendes sustenta que as Constituições escritas são apanágio do Estado Moderno. A concepção de um documento escrito destinado a institucionalizar um sistema preconcebido é inovação que se consolida na segunda metade do século XVIII, com a Revolução Francesa e a independência americana (2010, p. 1153)

[51] Konrad Hesse leciona que a Constituição é a "ordem jurídica fundamental de uma comunidade ou o plano estrutural para a conformação jurídica de uma comunidade, segundo certos princípios fundamentais" (2009)

[52] Tarso Genro leciona que o Estado absolutista, baseado na soberania que reside no monarca, avançou com a soberania popular para o Estado de Direito. Este evoluiu para o Estado Democrático de Direito, cujas superações abrem uma nova síntese inspirada pela experiência do Estado Social, gestado no interior do próprio Estado Democrático de Direito. É a configuração futura do *Estado Democrático e Social de Direito*, como superação capaz de responder à crise da democracia e à própria regressão neoliberal, que dilui ainda mais a força normativa dos direitos fundamentais. (MARTINS, MENDES, NASCIMENTO, 2012)

[53] Considera-se norma fundamental aquela que se constitui a *unidade* de uma pluralidade de normas, enquanto representa o fundamento de *validade* de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa; aquela norma que, pelo fato mesmo de situar-se na base do ordenamento jurídico, há de ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por nenhuma autoridade, a qual, se existisse e tivesse competência para editá-la, só disporia dessa prerrogativa em razão de uma outra norma de hierarquia ainda mais elevada, e assim sucessivamente; aquela norma, enfim, cuja validade não pode ser derivada de outra e cujo fundamento não pode ser posto em questão. (KELSEN, 1962, p. 4)

Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. Prossegue o jurista ao afirmar que vigorava até então a centralidade da lei e a supremacia do Parlamento, cujos atos eram insuscetíveis de controle judicial. Somente após a Segunda Guerra Mundial é que veio a se difundir - e, eventualmente, a prevalecer - o modelo americano de constitucionalismo, fundado na força normativa da Constituição[54], documento dotado de supremacia e protegido por mecanismos de controle de constitucionalidade (2013, p. 220).

Ratifique-se que, conforme se verificou na análise histórica, a experiência constitucional brasileira é marcada por turbulências e percalços:

> A acidentada experiência constitucional brasileira produziu, desde a independência em 1822, oito cartas políticas. Além da evidente instabilidade, o projeto institucional brasileiro, até a Constituição de 1988, foi marcado pela frustração de propósitos dos sucessivos textos que procuravam repercutir sobre a realidade política e social do país. Vivemos intensamente todos os ciclos do atraso: a escravidão, o coronelismo, o golpismo, a manipulação eleitoral, a hegemonia astuciosa de alguns Estados membros da Federação, o populismo, o anticomunismo legitimador de barbaridades diversas, uma ditadura civil e outra militar. Até a sorte nos faltou em dois momentos cruciais de retomada democrática: a morte de Tancredo Neves, em 1985, e o *impeachment* de Collor de Mello, em 1992 (BARROSO, 2013, p. 240)

Importante destacar a ponderação de Ingo Wolfgang Sarlet, de que embora as Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789) tenham demarcado o momento inicial do constitucionalismo moderno, cuja história, por sua vez, está intrinsecamente ligada à limitação normativa do poder político e à garantia de direitos individuais e indisponíveis, livres de intervenção estatal, o fato é que as vertentes do constitucionalismo (inclusive da noção de constituição jurídica) são

---

[54]Conforme a lição de Luis Roberto Barroso, desse reconhecimento de caráter jurídico às normas constitucionais resultam consequências especialmente relevantes, dentre as quais se podem destacar:
a) a Constituição tem aplicabilidade direta e imediata às situações que contempla, inclusive e notadamente as referentes à proteção e promoção dos direitos fundamentais. Isso significa que as normas constitucionais passam a ter um papel decisivo na postulação de direitos e na fundamentação de decisões judiciais;
b) a Constituição funciona como parâmetro de validade de todas as demais normas jurídicas do sistema, que não deverão ser aplicadas quando forem com ela incompatíveis. A maior parte das democracias ocidentais possui supremas cortes ou tribunais constitucionais que exercem o poder de declarar leis e atos normativos inconstitucionais.
c) os valores e fins previstos na Constituição devem orientar o intérprete e o aplicador do Direito no momento de determinar o sentido e o alcance de todas as normas jurídicas infraconstitucionais, pautando a argumentação jurídica a ser desenvolvida (BARROSO, 2013, p. 220).

mais remotas, podendo ser encontradas já no período medieval, embora com amplo destaque para o constitucionalismo histórico e pensamento político e filosófico inglês (2012, p. 37).

Desta forma, pode-se concluir que *constitucionalismo* significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, *rule of the law*, *Rechtsstaat*) (BARROSO, 2013, p.27). Ingo Wolfgang Sarlet complementa a ideia de que a constituição e o constitucionalismo se caracterizam como um processo evolutivo, havendo quem diga que *a constituição pode ser compreendida como uma espécie de "aquisição evolutiva"* (2012, p. 36).

Pois bem, necessárias são estas ponderações sobre o constitucionalismo, pois a ideia de supremacia da Constituição e de soberania nacional serão contundentemente atacadas pela doutrina do direito internacional. Este intrincado debate entre constitucionalistas e internacionalistas não tem sido solucionado em virtude da ausência de consenso tanto na doutrina, quanto na jurisprudência.

Ocorre que a partir do momento em que se inaugurou no Brasil a jurisdição internacional de proteção aos direitos humanos surgiu, por motivos que serão expostos em momento oportuno, a possibilidade de colisão entre decisões de jurisdição interna com relação à sentenças internacionais. Agora, quando a Corte Constitucional brasileira prolata uma decisão que contraria uma decisão da Corte Interamericana sobre a mesma matéria instaura-se a problemática ora estudada.

Luis Roberto Barroso leciona que a *supremacia constitucional* é o postulado sobre o qual se assenta todo o constitucionalismo contemporâneo. Dele decorre que nenhuma lei, nenhum ato normativo, a rigor, nenhum ato jurídico, pode subsistir validamente se for incompatível com a Constituição (2013, p. 221). Marcelo Novelino sustenta que a ideia da supremacia constitucional surgiu com as *revoluções liberais* que trouxeram à tona a noção de Constituição escrita, formal e rígida. A rigidez de uma Constituição tem como principal consequência o *princípio da supremacia*, do qual decorre o *princípio da compatibilidade vertical* das normas do ordenamento jurídico, segundo o qual uma norma só será válida se produzida de acordo com o seu fundamento de validade (2012, p. 237).

Entretanto, nesta discussão teórica ainda não se vislumbrava o surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, ramo autônomo do Direito que exige um releitura sobre os conceitos de soberania e supremacia constitucional. Isto porque, conforme se nota na lição de Inocêncio Mártires Coelho, a doutrina clássica

discutia a hierarquia normativa entre a Constituição e a Lei, concluindo que como a Constituição é hierarquicamente superior, pela sua posição, natureza e função no âmbito do ordenamento jurídico, não existindo outra alternativa: afasta-se a lei e aplica-se a Constituição. Nisto consiste a *supremacia constitucional* (2010, p. 61). Verifica-se assim que não se pensava, até o século XX, sobre a relação existente entre tratados internacionais que versem sobre direitos humanos e a Constituição - *ou demais leis infraconstitucionais* - , exigindo-se dos estudiosos do Direito a elaboração de um novo marco teórico que abarque esta nova realidade.

Por sua vez, conforme nos ensina André de Carvalho Ramos, o princípio da soberania[55] dos Estados sofre cada vez mais com a internacionalização dos direitos humanos, uma vez que os compromissos internacionais são genéricos e vagos, como normas de direitos humanos que são. As centenas de condenações de vários Estados tidos como democráticos e respeitadores de Direitos Humanos, por exemplo, por certo não foram previstas por seus líderes (2013, p. 29).

No mesmo sentido, Flávia Piovesan defende que o reconhecimento de que os seres humanos têm direitos sob o plano internacional implica a noção de que a negação desses mesmos direitos impõe, como resposta, a responsabilização internacional do Estado violador. Isto é, emerge a necessidade de delinear limites à noção tradicional de soberania estatal, introduzindo formas de responsabilização do Estado, na arena internacional, quando as instituições nacionais se mostram omissas ou falhas na tarefa de proteger os direitos humanos internacionalmente assegurados (2010, p. 08)

---

[55] Na lição de Paulo Henrique Gonçalves Portela, a soberania nacional era vista, no passado, como absoluta. Em decorrência dessa percepção entendia-se que o poder soberano tinha uma esfera de competências privativas, que excluíam a influência de qualquer outro poder externo ao Estado, estatal ou não. Nesse sentido, nenhum outro Estado, organização internacional, pessoa ou entidade teria autorização para manifestar-se acerca de situações ocorridas dentro do território do ente estatal, que eram consideradas "assuntos internos" dos Estados. (...) Na atualidade a soberania nacional continua a ser um dos pilares da ordem internacional. Entretanto, limita-se pela obrigação de os Estados garantirem aos indivíduos que estão sob sua jurisdição o gozo de um catálogo de direitos consagrados em tratados. A soberania restringe-se também pelo dever estatal de aceitar a fiscalização dos órgãos internacionais competentes quanto à conformidade de sua atuação com os atos internacionais dos quais faça parte. Caso a soberania nacional mantivesse seu caráter absoluto, as normas internacionais não poderiam ser aplicadas internamente e não contariam com meios externos eficazes de acompanhamento de sua aplicação, visto que esbarrariam na antiga argumentação da "intervenção em assuntos internos". Em todo caso, isso não significa que a soberania nacional não tenha deixado de impor obstáculos à aplicação dos tratados de direitos humanos. A respeito, lembramos que os atos internacionais ainda são incorporados ao ordenamento interno dos Estados de acordo com as regras que estes estabelecem, e que boa parte dos órgãos internacionais só podem examinar casos contra os entes estatais que aceitem sua competência para tal, como é o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos. (PORTELA,2013, p. 830-831)

O que se defenderá nas próximas linhas é que o parâmetro de validade das leis não é mais *exclusivamente* a Constituição. Em casos excepcionais, em que se encontre norma mais benéfica ao ser humano, a Convenção Americana de Direitos Humanos será o paradigma a ser respeitado e influenciará a produção normativa interna. Significa dizer que atualmente existem princípios próprios do Direito Internacional dos Direitos Humanos que influenciarão a interpretação e aplicação das leis pelo Poder Judiciário nacional, a exemplo do princípio *pro homine*, o princípio da não-limitabilidade dos direitos humanos fundamentais, o princípio da proibição ao retrocesso, entre outros.

Analisar-se-á este novo panorama nos próximos tópicos.

2.1.3 Tribunais constitucionais e controle de constitucionalidade;

É de extrema importância o estudo sobre os Tribunais Constitucionais[56] como guardiões da Constituição[57], bem como o exercício do controle de constitucionalidade *(tanto o preventivo, quanto o controle repressivo, seja ele difuso e/ou concentrado,)*, pois este instituto do Direito Constitucional é que irá influenciar a formação e desenvolvimento do controle de convencionalidade com relação aos tratados internacionais de direitos humanos.

Inicialmente, importante destacar que conforme leciona André Ramos Tavares, a premissa amplamente reconhecida - seria talvez desnecessário dizê-lo -,

---

[56] Os tribunais e cortes constitucionais são essenciais na concretização dos ideais do constitucionalismo democrático, na medida em que a eles é atribuída a função de zelar pela aplicação das regras e limites estabelecidos pela Constituição aos sistemas democráticos. As suas atribuições constituem, desta maneira, o próprio reflexo das relações entre democracia e constitucionalismo adotadas por cada sistema político. Quanto mais prevalecer a regra da maioria como forma de expressão da vontade política, menores serão as atribuições de um tribunal de caráter constitucional. Em sentido inverso, quanto maior for o rol de princípios e direitos colocados pela Constituição a salvo das decisões majoritárias, mais amplas serão as atribuições de um tribunal constitucional; postando-se, neste caso, como uma instituição precipuamente antimajoritária (VIEIRA, 1994, p. 27)

[57] Com a publicação da obra "O guardião da Constituição" *(Der Huter der Verfassung)*, de autoria do teórico alemão Carl Schmitt, em 1929, como artigo, e em 1931, com versão ampliada, Hans Kelsen publicou em 1931 um ensaio intitulado "Quem deve ser o guardião da Constituição?" *(Qer sol der Huter der Verfassung sein?)* a título de resposta. Schimmit não aceitava ser o Poder Judiciário o guardião da Constituição, conferindo exclusivamente ao Presidente do *Reich* tal função. Kelsen manteve seu entendimento de que em democracias modernas cabe unicamente ao Tribunal Constitucional a defesa do Texto Constitucional. *Sobre esta temática indica-se a leitura da apresentação elaborada por Gilmar Mendes à obra "O guardião da Constituição" de autoria de Carl Schmitt, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.*

na teoria contemporânea da "separação" dos "poderes" (tomando a expressão neste estudo, na vertente orgânico-funcional), está assentada na premissa de não convir que um poder se sobreponha a outro; em outras palavras, os poderes (órgãos) devem trabalhar no mesmo nível, primando por uma atuação harmônica e autônoma e não conflituosa e separatista. Prossegue o jurista ao dizer que nada obstante esse pressuposto teorético, houve - aqui a observação é de ordem prática - uma nítida e constante supremacia do Legislativo e Executivo, ao longo da história mundial das instituições. Legislativo e Executivo ocuparam a posição central da tragédia política[58], que culminou em governos autoritários, despóticos, arbitrários, desumanos etc. Ao Judiciário restou um papel secundário e, em muitas circunstâncias, subserviente ou omisso (TAVARES, 2012).

Esta crítica se legitima pela existência de duas guerras de dimensões mundiais que dizimaram milhões de vidas em nome de projetos pessoais de doentia ambição política e econômica, notadamente o nazismo e o fascismo. Importante destacar que tais regimes tinham suas leis e juízes, concentrados em um positivismo dogmático impermeável por princípios jurídicos que em respeito a irrestrita legalidade apartou o Direito da justiça. A propósito, este fator contribuiu para a inércia do Poder Judiciário frente as maiores desumanidades cometidas, que resultaram nos inapagáveis eventos catastróficos que nos assombraram há menos de cem anos[59].

Seguindo este raciocínio, Eduardo Cambi pondera que o direito deve ser entendido dentro das respectivas *relações de poder*, sendo intolerável que em nome da "vontade do legislador", tudo que o Estado faça seja considerado legítimo. Estreitam-se, pois, os vínculos entre Direito e Política, na medida em que conceitos como os de razoabilidade, senso comum, interesse público etc. são informados por relações de poder (2011, p. 37).

Pois bem, existem duas vertentes sobre as principais teorias sobre o controle de constitucionalidade, sendo a teoria norte-americana *(controle difuso)*

---

[58] Eduardo Cambi reforça este entendimento ao afirmar que a derrota dos regimes totalitários também evidenciou a necessidade de mecanismos efetivos de *controle da Constituição*, por intermédio do aperfeiçoamento, especialmente pelos institutos de Direito Processual, da jurisdição constitucional (2011, p. 37).

[59] Deve-se pontuar a existência de governos ditatoriais e conflitos armados nos dias atuais. O que se verifica em tais eventos, a exemplo do que ocorre na Síria, é o total desrespeito à vida humana produzindo uma proliferação de refugiados por todo o mundo, haja vista as insustentáveis condições de permanência no território sírio. Os Direitos Humanos não são um problema do passado, mas um gravíssimo problema contemporâneo.

capitaneada pelo Chefe de Justiça da Suprema Corte Estadunidense John Marshall no emblemático caso Marbury vs. Madison em 1803; e o sistema austríaco *(controle concentrado)* sendo idealizado por Hans Kelsen e materializado na Constituição Austríaca de 1920, onde surge a previsão de existência de um Tribunal Constitucional como guardião da Norma Fundamental.

Entretanto, as mencionadas teorias surgiram em momento anterior a consolidação dos tratados internacionais de direitos humanos, e por assim ser, não consideraram este fenômeno. Neste contexto, exige-se dos operadores e operários do Direito uma nova construção doutrinária e jurisprudencial sobre o controle de constitucionalidade e sua relação com os mencionados instrumentos internacionais.

Isto porque, estes tratados internacionais possuem em sua essência um elemento material que os diferencia de todos os demais tratados, qual seja, o conteúdo[60] do objeto juridicamente tutelado. Exatamente por proteger direitos humanos, não merecem tais instrumentos o mesmo regramento dos demais pactos firmados na esfera internacional.

Além dos tratados, deve-se destacar a importância das sentenças prolatadas por Tribunais internacionais, conforme o alerta do jurista André de Carvalho Ramos, de que as normas internacionais são oriundas de diversas fontes, como bem estabelece o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Não é possível, então, reduzir a visão do Direito Constitucional sobre o Direito Internacional às normas previstas em tratados tão somente (RAMOS, 2013, p. 255).

Exatamente por isso, necessário se faz necessário considerar este novo panorama da necessidade de convivência harmônica entre a norma constitucional e os tratados internacionais de direitos humanos ratificados, bem como a harmonia entre a jurisprudência interna e a jurisprudência internacional.

Pois bem, embora não se trate de objeto de estudo deste trabalho o controle de constitucionalidade, examine-se, contudo, elementos que influenciaram a consolidação dos marcos teóricos que sustentam o controle de convencionalidade.

Existem dois conceitos desenvolvidos na teoria do controle de constitucionalidade que foram adaptados pela teoria do controle de convencionalidade, quais sejam:

---

[60] Valerio de Oliveira Mazzuoli pondera que o *telos* dos tratados internacionais de direitos humanos também é, em tudo, diverso dos chamados tratados comuns, uma vez que não visam a salvaguarda dos direitos *dos Estados* em suas relações recíprocas, mas a proteção dos direitos *das pessoas* pertencentes aos seus Estados-partes. (2010, p. 31)

1. A existência de uma norma paradigma[61], ou seja, parâmetro de validade das demais normas *(que no Direito Constitucional é a Constituição)*;

2. Mecanismos de controle das demais leis quando violam esta norma paradigma *(que no Direito Constitucional é o Poder Judiciário (em regra), seja o Tribunal Constitucional ou todos os órgãos jurisdicionais, a depender do sistema adotado [difuso ou concentrado, ou ambos como no caso brasileiro])*;

O que se verifica no estudo do controle de convencionalidade com relação ao Estado Brasileiro é que ainda não se conquistou um amadurecimento intelectual sobre a real compreensão deste fenômeno. Isto se deve, pois, ao fato de que a constitucionalização do direito, a força normativa da Constituição[62] e a ampliação da jurisdição constitucional serem fenômenos extremamente recentes na cultura jurídica pátria, sendo que se pode considerar o marco inicial deste paradigma o advento da Constituição de 1988.

Sob a ótica de Eduardo Cambi, a efetivação da Constituição exige a superação do positivismo jurídico e do formalismo processual. Em países de modernidade tardia, como o Brasil, é urgente o despertar do *sono dogmático,* para forjar o pensamento crítico indispensável para fazer avançar o estudo do direito (2011, p. 21).

Constata-se, portanto, que, como ainda não se cultivou uma exaustiva e suficiente tradição constitucional, parece inconcebível almejar um avanço ainda maior, no sentido da instituição de um Estado Constitucional Cooperativo, também conhecido como Estado Constitucional Internacional. Entretanto, este entendimento não pode prevalecer.

---

[61] Gilmar Mendes pondera que na Bélgica, na Holanda e em Luxemburgo, embora não se reconheça a Constituição como parâmetro de controle das leis, admite-se o controle de legitimidade das leis em face da Convenção Europeia de Direitos Humanos (2010, p. 1163).

[62]Não obstante o momento requeira cautelas, já que o direito está assentado na boa tradição e as novidades precisam ser bem refletidas, para que não se confundam com os modismos passageiros da estação, é certo que a Constituição, nas últimas décadas, foi colocada no ápice do ordenamento jurídico, adquirindo força normativa capaz de justificar a *releitura* de todos os ramos do direito (CAMBI, 2011, p. 19).

2.1.4. Disposições constitucionais atinentes à matéria

Inegável que a Constituição da República de 1988 trouxe imensos progressos no que se refere ao respeito e proteção aos direitos humanos fundamentais. Nota-se, de pronto, logo em seu preâmbulo a expressão da vontade do legislador constituinte em instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

A Constituição brasileira, logo em seu primeiro artigo, elenca como fundamento da República a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, CRFB). Esta singela expressão de quatro vocábulos representa uma verdadeira revolução jurídica, pois além de constituir parâmetro de constitucionalidade e vetor interpretativo de todo o sistema, demonstra o comprometimento do Estado brasileiro em respeitar, proteger e concretizar os direitos essenciais à uma vida digna. Aliás, isto se confirma logo no artigo 3º com os objetivos fundamentais da República.

Pois bem, no que se refere a esfera internacional, o artigo 4º determina que nosso país se regerá nas relações internacionais por alguns princípios, entre eles, a prevalência dos Direitos Humanos (Art. 4º, II, CRFB).

No mesmo sentido, o artigo 5º, após elencar um extenso rol de direitos fundamentais, determina em seu parágrafo 1º que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, sendo pacífico na jurisprudência nacional que este dispositivo se aplica inclusive nas relações privadas, o que a doutrina tem denominado de eficácia horizontal dos direitos fundamentais. O §2º do mencionado artigo positiva o princípio da não limitabilidade dos direitos humanos fundamentais, determinando que o rol de direitos contido na Constituição não é taxativo ou exaustivo, mas, simplesmente exemplificativo, vez que podem ser *acrescentados* direitos através de tratados internacionais ou pelos princípios adotados pela Constituição. Contudo, necessário cautela nesta análise pois a Constituição permite a expansão dos direitos fundamentais, mas não autoriza a supressão de direitos ou garantias fundamentais, em respeito ao princípio da proibição do retrocesso ou efeito *cliquet*.

Merecedor de destaque, também, o parágrafo 3º do artigo 5º, inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que determina que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil que sejam aprovados pelo procedimento e quórum qualificado serão equivalentes as Emendas Constitucionais, formando, o que a doutrina tem denominado de "bloco de constitucionalidade[63]".

Por fim, necessário ratificar, ainda, que o artigo 60º, §4º, IV, CRFB determina que os direitos fundamentais não podem ser abolidos nem mesmo pelo poder constituinte reformador através de emendas constitucionais, uma vez que pertencem ao seleto grupo formador do núcleo intangível, imodificável da Constituição, denominado de cláusulas pétreas.

O que se verifica da análise destes dispositivos constitucionais é a vocação protecionista da Constituição Brasileira, que, por ser projetada logo após um longo período ditatorial, detalhou ao máximo a proteção aos direitos humanos fundamentais.

Por fim, também merece destaque o art. 7º dos Atos e Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) que determina expressamente que o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos, o que veio a ocorrer com a institucionalização da Corte Interamericana.

2.1.5. Considerações históricas que influenciam o princípio da supremacia constitucional

A atual Constituição da República Federativa do Brasil é resultado de um longo processo de amadurecimento do pensamento constitucional existente em nosso país. Isto porque, a formação histórica do Estado brasileiro possui influências que se perpetuaram na cultura do nosso povo.

Destaque-se algumas influências marcantes que se depreendem da análise histórica do Brasil:

---

[63] Exemplo da formação do Bloco de Constitucionalidade brasileiro é o Decreto nº 6.949/2009 que promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como seu protocolo facultativo, que equivalem a Emenda Constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a aprovação do mencionado tratado obedeceu o procedimento previsto no art. 5º, §3º, CRFB.

1. Desde o ano de 1 500 iniciou-se um agressivo processo de exploração onde a metrópole Portugal extraía incessantemente as riquezas da colônia.

2. Por ser um país de dimensões continentais, a miscigenação de etnias faz com que não haja em terras tupiniquins uma identidade[64] no povo brasileiro, como se vislumbra em outras nacionalidades, a exemplo do Japão, Alemanha, Itália, Estados Unidos, França, entre outros. Assim, não se consolida em nosso país o "sentimento de pertencimento", pois os povos que aqui habitavam eram muito diferentes entre si e a desigualdade econômica acentuava este fenômeno discriminatório;

3. A Coroa Portuguesa capitaneada por Dom João VI se estabelece no Brasil em 1808, e traz consigo toda a estrutura do Estado Português, ou seja, diversamente de outros países como Estados Unidos da América *(que uniu 13 colônias diferentes entre si, que lutaram pela independência nacional)*, ou França *(que uniu classes sociais como a burguesia e a plebe, que lutaram contra a elite dominante)*, não se tem no Brasil a união do povo com o objetivo comum de construir um país; Ao contrário, quem proclama a independência do Brasil é o próprio filho do Rei de Portugal, o que demonstra uma manobra política para concentrar poder na família real portuguesa. A título de exemplo, verifica-se a primeira Constituição do Império do Brasil *"oferecida e jurada"* por Sua Majestade, o Imperador Dom Pedro I em 25 de março de 1824[65], que não foi uma Constituição democrática, ou seja, não expressava a vontade geral do povo e os objetivos da nação;

---

[64] Para Gilberto Freire o Brasil formou-se, despreocupados os seus colonizadores da unidade ou pureza de raça (2003, p. 91)

[65] Conforme leciona Inocêncio Mártires Coelho, declarados independentes em 1822, nossa primeira experiência como nação livre e soberana se deu à luz do constitucionalismo clássico, ou, se preferirmos, do constitucionalismo histórico, assim considerado o movimento de ideias construído em torno do célebre art. 16 da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão,* de 1789, que assim dispunha: "Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não for assegurada, nem a separação dos

4. Dois problemas gravíssimos que persistem até a atualidade: O analfabetismo[66] e a escravidão[67], que travam o desenvolvimento e progresso intelectual e social do país. Fatores como estes colaboram para a consolidação da ideia de justiça social que gradativamente ganha espaço na interpretação constitucional;

5. A crítica desigualdade social e má distribuição de renda, criando um abismo entre segmentos sociais, bem como a formação de "dois Brasis[68]".

6. Após a ditadura populista de Getúlio Vargas a partir da década de 1930, presenciou-se de 1964 à 1985 outro regime de exceção, agora liderado por militares, os denominados *"anos de chumbo da Ditadura Militar"*, com inegável suspensão da força normativa da Constituição brasileira, onde prevaleceu o totalitarismo e o afastamento entre direito e justiça.

---

poderes determinada, não tem Constituição" (MENDES, COELHO, BRANCO, 2010, p. 225). Entretanto, cabe ressaltar que esta primeira constituição não foi democrática, mas outorgada pelo Imperador Dom Pedro I, o que demonstra que o Texto Constitucional não foi amplamente discutido e debatido pela sociedade, mas imposto pelo soberano. Verifica-se esta diferença crucial logo no preâmbulo da Constituição de 1824: *"DOM PEDRO PRIMEIRO, POR GRAÇA DE DEOS, e Unanime Acclamação dos Povos, Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brazil : Fazemos saber a todos os Nossos Subditos, que tendo-Nos requeridos o Povos deste Imperio, juntos em Camaras, que Nós quanto antes jurassemos e fizessemos jurar o Projecto de Constituição (...)".* Apenas para se constatar a diferença de uma verdadeira Constituição democrática, observe-se fragmento do preâmbulo da Constituição Estadunidense de 1787: *Nós, o Povo dos Estados Unidos, a fim de formar uma União mais perfeita, estabelecer a Justiça, assegurar a tranqüilidade interna, prover a defesa comum, promover o bem-estar geral, e garantir para nós e para os nossos descendentes os benefícios da Liberdade, promulgamos e estabelecemos esta Constituição para os Estados Unidos da América.*

[66] Atualmente com 203 milhões de habitantes, o índice de analfabetismo é de 8,7% aproximadamente, segundo informações do jornal Folha de São Paulo de 09 de julho de 2014.

[67] Embora formalmente abolida desde a Lei Áurea (Lei Imperial nº 3.353 de 13 de maio de 1888), a escravidão é um gravíssimo problema social que persiste até os dias atuais. Não se trata apenas da escravidão com relação aos negros, mas também a uma nova modalidade escravagista desenvolvida pelas grandes empresas multinacionais e pelos grandes proprietários de terra nos latifúndios do país.

[68] Parafraseando a música "Brasis" de Seu Jorge. Vale transcrever alguns versos: *"Tem um Brasil que é próspero; Outro não muda; Um Brasil que investe; Outro que suga... (...) Tem um Brasil que é lindo; Outro que fede; O Brasil que dá; É igualzinho ao que pede..."*

Neste contexto[69] se insere a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Por refletir um projeto de futuro próspero e pacífico logo em seu primeiro artigo elege a dignidade da pessoa humana como um fundamento do Estado brasileiro, como se viu. Institui a democracia participativa como sistema político, e revoluciona ao designar ao povo a titularidade de todo o poder, verificando-se, assim, uma inédita soberania popular em nossa história.

Observa-se, deste modo, que foram necessários centenas de anos para que o respeito a dignidade humana se tornasse protagonista em nosso ordenamento jurídico. No entanto, nota-se também, que a nação brasileira ainda é violentamente agredida com a burocracia protelatória estatal, má distribuição de renda, desigualdade social e corrupção, o que demonstra que embora a Constituição tenha sido projetada com objetivos nítidos e bem definidos, por vezes, resta insuficiente, inábil ou inapta a concretizar condições mínimas de dignidade aos seres humanos.

Ademais, verifica-se também persistirem no sistema jurídico conceitos que pretendem ser absolutos, a exemplo da supremacia constitucional e soberania nacional. Ocorre que não merece prosperar tal entendimento, haja vista que com esta postura não se alcançará o necessário amadurecimento do pensamento constitucional brasileiro, inclusive pelo órgão de cúpula do poder judiciário nacional que não pode continuar imerso em uma síndrome narcisista de ignorar o arcabouço normativo internacional e se orientando apenas por suas próprias decisões.

Ocorre que por todos estes problemas acima expostos, entre outros tão graves quanto, surgiu a necessidade em nosso país de um constitucionalismo forte, robusto, capaz de colmatar lacunas históricas de um Estado opressor as classes não pertencentes a elite. Entretanto, esta necessidade não pode petrificar o pensamento jurídico e inibir novas percepções, notadamente aquelas advindas do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Exatamente estas necessidades tão reais e atuais que legitimam a atuação de órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos.

---

[69] A Constituição jurídica de um Estado é condicionada historicamente pela realidade de seu tempo. Esta é uma evidência que não se pode ignorar. Mas ela não se reduz à mera expressão das circunstâncias concretas de cada época. A Constituição tem uma existência própria, autônoma, embora relativa, que advém de sua força normativa, pela qual ordena e conforma o contexto social e político. Existe, assim, entre a norma e a realidade uma tensão permanente, de onde derivam as *possibilidades* e os *limites* do direito constitucional, como forma de atuação social (BARROSO, 2013, p. 242)

Será neste contexto que se demonstrará a importância dos Tratados e Tribunais Internacionais de proteção aos Direitos Humanos, como mecanismos ou instrumentos de complementação – *haja vista sua essência complementar de atuação* – ao Texto Constitucional. Por serem os tratados e seus respectivos órgãos instrumentos capazes de combater violações aos direitos humanos fundamentais cometidas pelos governantes e até mesmo pelo próprio STF, não se pode fossilizar a interpretação sobre a proteção da dignidade da pessoa humana e deve-se expandir o campo de visão do intérprete em respeitar tratados e sentenças internacionais.

2.2. A Convenção Americana de Direitos Humanos

A Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica *(cidade e país onde foi elaborado o tratado),* foi assinada em 22 de novembro de 1969. Entretanto, apenas entrou em vigor no ano de 1978, sendo ratificada pelo Brasil em 06 de novembro de 1992, por meio do Decreto nº 678/1992.

A Convenção Americana representa um consenso no continente sobre a necessidade de proteger direitos mínimos, necessários para concretizar uma vida digna aos povos americanos. Entretanto, além de elencar direitos e deveres, o tratado traz um aparato de proteção a estes bens jurídicos, composto pela Comissão Interamericana[70] e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Para a finalidade do presente trabalho, cabe ponderar que a Corte Interamericana tem por função e dever interpretar *(função consultiva)* e aplicar *(função jurisdicional ou contenciosa)* a Convenção Americana. Ademais, a Corte Interamericana julga a responsabilidade internacional dos Estados membros da OEA (Organização dos Estados Americanos), que tenham ratificado a mencionada convenção e reconhecido *expressamente* a competência jurisdicional da Corte, em hipóteses de possíveis violações aos direitos elencados na Convenção e tratados conexos. Ainda sobre a Corte, urge mencionar, também, que esta não atua como

[70] Importante destacar que o tratado internacional que criou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi a Carta da Organização dos Estados Americanos (Carta da OEA) que determinou a existência do órgão em seu artigo 106. A Convenção Americana cria o tribunal (Corte Interamericana) e atribui novas funções à Comissão (órgão quase-judicial).

tribunal recursal, ou seja, não possui legitimidade para revisar ou reformar julgamentos dos Estados signatários, - *a não ser que estas decisões judiciais sejam a razão da violação aos direitos humanos previstos no Pacto de San José.*

Sobre o *status* normativo da Convenção Americana, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a matéria em dois recursos extraordinários, quais sejam, RE 466.343 e o RE 349.703, entendendo que o mencionado tratado tem natureza supralegal. A supralegalidade, conforme o voto condutor do Ministro Gilmar Mendes, situa o tratado em posição superior a legislação infraconstitucional, mas inferior à Constituição. Assim, a Convenção Americana, na ótica atual do STF, não integra o bloco de constitucionalidade brasileiro[71]. Este posicionamento sofra intensas críticas desde a decisão da Suprema Corte brasileira, enfrentar-se-á a temática nos próximos tópicos.

Importante destacar dois artigos fundamentais da Convenção Americana que influenciarão diretamente a reflexão ora trazida, quais sejam:

> Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos
>
> 1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.
> 2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.
>
> Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno
>
> Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Ambos os artigos representam a ideia formada pelo costume, doutrina e jurisprudência internacional de que os tratados internacionais são ratificados com observância aos princípios da boa-fé e do *pacta sunt servanda*. Por assim ser, o

[71] Luiz Guilherme Marinoni afirma que: Entretanto, seguindo-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que confere natureza de direito supralegal às normas convencionais, o precedente convencional contrário a norma constitucional não detém autoridade sobre o Poder Judiciário brasileiro.(MARINONI, MAZZUOLI, 2013, p.83). Importante destacar que este entendimento firmado pelo STF necessita urgentemente ser reformado, atribuindo-se a Convenção o *status* constitucional ou equivalente, para que o tratado integre, assim, o bloco de constitucionalidade, sendo colocado em estatura paritária à Norma Constitucional.

Estado possui duas possibilidades: ratificar ou não o tratado internacional. Entretanto, caso o faça não poderá descumpri-lo alegando cumprimento ao direito interno[72].

Deve-se ponderar que o procedimento de aprovação de um tratado internacional é regido pelas normas internas de cada país e no caso da Constituição brasileira tem-se um processo complexo de quatro fases em que se exige um conjunto de atos do Presidente da República, na qualidade de Chefe de Estado, e do Congresso Nacional. Este procedimento será melhor analisado no capítulo final, mas merece destaque desde já a ampla participação democrática dos Poderes Executivo e Legislativo que precede a ratificação de tratados internacionais.

Significa dizer que se oportuniza tanto ao Presidente da República quanto à Câmara dos Deputados e Senado Federal a análise prévia do teor integral de eventual tratado. O próprio Presidente tem condições de participar dos atos internacionais de elaboração e redação do tratado. Posteriormente, o Congresso Nacional é convocado obrigatoriamente a referendar o instrumento internacional para que só num terceiro momento o Presidente expresse a ratificação no âmbito internacional. Além da possibilidade de emenda ao tratado o Estado tem à sua disposição o instituto das "cláusulas de reserva" que quando manifestadas desoneram o cumprimento de artigos específicos que o próprio Estado optou por não cumprir.

Observa-se assim, que após o procedimento democrático de aprovação e ratificação, caso não realizadas emendas ou reservas se torna uma obrigação do Estado adotar disposições em seu direito interno para tornar seu ordenamento jurídico compatível com o Texto da Convenção Americana, conforme determina o art. 2º da Convenção Americana.

Exatamente por isso quando um Estado possui normas contrárias a Convenção Americana e não executa reformas legislativas de adaptação do ordenamento jurídico ao Texto Convencional que se legitima o exercício do Controle de Convencionalidade, como se verá a seguir.

Por mais elementar que possa parecer, o que não pode prevalecer – *e é o que tem ocorrido nos dias atuais* – é esta postura do Estado brasileiro de ratificar um

[72] O Brasil ratificou a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 (Decreto Nº 7.030, de 14 de Dezembro de 2009**.**). O mencionado tratado determina em seu artigo 27**:** Direito Interno e Observância de Tratados: Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46. *(grifo nosso)*

tratado internacional de tamanha envergadura e simplesmente não cumpri-lo ou desprezar a autoridade das sentenças provenientes de um Tribunal Internacional que o próprio Estado manifestou expressamente a anuência em se submeter a sua jurisdição.

Esta falta de maturidade institucional provoca o fenômeno ora estudado que possibilita divergência entre decisões do STF com a Corte Interamericana sobre a mesma matéria. Em síntese, ratificou-se um tratado internacional sem se avaliar a dimensão do compromisso assumido e por não existir uma cultura de respeito ao Direito Internacional dos Direitos Humanos no Brasil, se desrespeita a autoridade da Convenção Americana, bem como de seu Tribunal.

Assim como por séculos a Constituição foi um documento jurídico inexpressivo, sem efetividade, atualmente a Convenção Americana recebe alocação na hierarquia jurídica brasileira de total desprestígio, o que provoca sérias incongruências e anomalias.

2.3. Controle de convencionalidade na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

O Controle de Convencionalidade é um mecanismo (ou exercício), desenvolvido na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que designa um processo de verificação, por parte dos juízes e tribunais nacionais (Controle difuso e/ou concentrado), ou pelo próprio Tribunal Interamericano, da compatibilidade de normas internas nacionais (inclusive a Constituição) com a Convenção Americana, bem como a interpretação que lhe é dada pela Corte.

Para André de Carvalho Ramos, o controle de convencionalidade consiste na análise da compatibilidade dos atos internos (comissivos ou omissivos) em face das normas internacionais (tratados, costumes internacionais, princípios gerais de direito, atos unilaterais, resoluções vinculantes de organizações internacionais) (2013, p. 280).

No mesmo sentido, Valerio de Oliveira Mazzuoli[73] pondera que a compatibilidade do direito doméstico com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no País faz-se por meio do *controle de convencionalidade*, que é complementar e coadjuvante (jamais *subsidiário*) do conhecido controle de constitucionalidade. Prossegue o jurista ao afirmar que o controle de convencionalidade tem por finalidade compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, *lato sensu*, vigentes no País) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional (2010, p. 208).

Conforme a lição de André de Carvalho Ramos há duas subcategorias ou modalidades de Controle de Convencionalidade, quais sejam: (i) o controle de convencionalidade de matriz internacional, também denominado controle de convencionalidade autêntico ou definitivo; e o (ii) controle de convencionalidade de matriz nacional, também denominado provisório ou preliminar (2013, p. 280).

Observa-se assim que tanto os tribunais internos quanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos podem (e devem) realizar o controle de convencionalidade. Significa dizer que no Brasil, em virtude do sistema adotado pela Constituição (sistema misto: difuso e concentrado) o controle de convencionalidade pode ser feito por todos os magistrados (independente do grau: juízes, desembargadores ou ministros).

Por assim ser, desde um juiz de primeira instância até os ministros do STF estão autorizados quando provocados a realizar o controle de convencionalidade declarando se a norma questionada é compatível com a Convenção Americana. Entretanto, caso não o façam, a Corte Interamericana pode ser acionada *subsidiariamente*, ou seja, cabe ao Poder Judiciário nacional realizar o controle de convencionalidade *a priori*, mas caso não o faça, o Tribunal interamericano pode avocar esta função.

Neste sentido, importante a análise desenvolvida por Valerio Mazzuoli:

> Tais decisões da Corte Interamericana somadas demonstram claramente que o controle nacional da convencionalidade das leis há de ser tido como o principal e mais importante, sendo que apenas no caso da falta de sua realização interna (ou de seu exercício insuficiente) é que deverá a Justiça

[73] Sobre o tema, recomenda-se a leitura da obra "O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis", Editora Revista dos Tribunais de Valerio de Oliveira Mazzuoli, onde se pretende desenvolver uma teoria geral, inclusive sobre o controle difuso e concentrado da convencionalidade das leis.

> Internacional atuar, trazendo para si a competência de controle em último grau (decisão da qual tem o Estado o dever de cumprir) (2013, p. 99)

Insista-se que é o próprio Estado que se submete à jurisdição da Corte Interamericana em ato internacional autônomo e voluntário. Significa dizer, inicialmente o Estado precisa ratificar a Carta da OEA; Num segundo momento ratifica a Convenção Americana; E somente num terceiro ato é que o Estado reconhece expressamente a jurisdição da Corte. Este procedimento complexo demonstra que é oportunizado ao Estado tempo suficiente para analisar e refletir sobre os efeitos e consequências deste ato de anuência em se submeter a jurisdição da Corte. Vale lembrar que tais atos internacionais são precedidos de procedimento interno em que são necessários atos do Presidente da República em conjunto com o Congresso Nacional.

Deve-se ressaltar que o Controle de Convencionalidade não é matéria pacífica na comunidade jurídica brasileira. Isto porque, em virtude do antigo e sempre atual debate entre constitucionalistas e internacionalistas, tem-se encontrado significativa resistência em aceitar o mencionado controle conforme determina a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Isto ocorre em virtude do fenômeno denominado por André de Carvalho Ramos como "tratados internacionais nacionais", que, sucintamente pode ser explicado como a interpretação dos tratados internacionais com conceitos do direito interno, o que se considera doutrinariamente absurdo e inaceitável.

2.3.1. Análise de casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos

Importante destacar, seguindo a lição de Valerio Mazzuoli, que desde sempre (ou seja, desde o início de suas atividades) a Corte Interamericana tem controlado a convencionalidade das leis dos Estados-partes à Convenção Americana, pois esta é exatamente a função de um tribunal internacional de direitos humanos. Ocorre que mais de vinte anos depois é que veio o termo "controle de convencionalidade" efetivamente "aparecer" no âmbito da Corte Interamericana. Ademais, foi tão somente a partir de 2006 que a Corte Interamericana passou a

entender ser obrigação dos juízes e tribunais internos proceder ao exame da compatibilidade das leis domésticas com a Convenção Americana (2013, p. 94-95).

Demonstrou-se, assim, que o Controle de Convencionalidade desenvolvido no continente Americano se resumi a verificação da compatibilidade da legislação interna dos países dos países, bem como respectivos atos jurídicos, tendo a Convenção Americana como paradigma de validade.

Firmadas as bases teóricas em abstrato, analise-se em concreto casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em que ocorreu o fenômeno do Controle de Convencionalidade.

Ressalte-se que a análise de jurisprudência contará com a indicação de fragmentos das decisões da Corte Interamericana, sendo a íntegra das decisões indicadas nas referências deste trabalho.

CASO ALMONACID ARELLANO Y OTROS vs. CHILE

Resumo: O caso se refere a responsabilidade internacional do Estado por falta de investigação e sansão dos responsáveis pela execução extrajudicial de Luis Alfredo Almonacid Arellano, bem como a falta de reparações adequadas em favor de seus familiares.

Os fatos do presente caso se desenvolveram no contexto do regime militar que aboliu o governo do então Presidente Salvador Allende, em 1973. Houve perseguição política generalizada contra as pessoas que o regime considerava opositoras, perseguição esta que durou até o final do governo militar.

Luis Alfredo Almonacid Arrellano, era professor de ensino básico e militante do Partido Comunista. No dia 16 de setembro de 1973, a vítima foi presa por policiais que dispararam tiros de arma de fogo quando esta saia de casa na presença de seus familiares. A vítima faleceu no dia seguinte.

Esta abordagem dos policiais era sistemática contra opositores do regime militar, sendo que a perseguição política, desaparecimentos forçados e execuções sumárias eram fatos corriqueiros no país.

Em 1978 adotou-se o Decreto Lei nº 2.191, que concedia anistia a todas as pessoas que haviam praticados crimes militares entre os anos de 1973 e 1978.

Devido a esta norma, não se investigou adequadamente a morte do senhor Arellano, bem como não se sancionou os autores do crime.

Sentença condenatória ao Estado, reconheceu a violação aos artigos: 1 (obrigação de respeita direitos), 2 (Dever de adotar disposições no direito interno), 8 (Garantias judiciais) e 25 (Proteção Judicial).

Sentença da Corte no que se refere ao Controle de Convencionalidade: A Corte Interamericana de Direitos Humanos firmou entendimento de que a obrigação legislativa imposta pelo artigo 2º da Convenção Americana também tem a finalidade de facilitar a função do Poder Judiciário dos Estados, sendo que, o aplicador da lei tenha uma opção clara de como resolver um caso particular. Por assim ser, quando o Poder Legislativo falha em sua tarefa de suprimir ou não adotar leis contrárias a Convenção Americana, o Poder Judiciário *permanece vinculado ao dever de garantia estabelecida no artigo 1.1 do tratado*, e, consequentemente, *deve abster-se de aplicar qualquer norma contrária a Convenção.*

O cumprimento por parte dos agentes ou funcionários do Estado de uma lei que viole a Convenção Americana *produz responsabilidade internacional do Estado*, sendo que, é um princípio básico reconhecido pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, no sentido de que todo Estado é internacionalmente responsável por atos ou omissões de qualquer de seus poderes ou órgãos que violem os direitos internacionalmente consagrados, conforme o artigo 1.1 da Convenção.

Ademais, a Corte tem consciência que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar os dispositivos vigentes no ordenamento jurídico. *Mas, quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão vinculados a ela, que os obriga a velar pelos efeitos das disposições da Convenção, que não se inibem pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e finalidade e que, desde o início carecem de efeitos jurídicos.*

Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de *"controle de convencionalidade"* entre as normas jurídicas internas que aplicam em seus casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. *Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, mas também a*

interpretação do mesmo feita pela Corte Interamericana, intérprete última da Convenção.

Nesse sentido, a Corte tem estabelecido "segundo o direito internacional as obrigações que este impõe devem ser cumpridas de boa fé e não se pode invocar para seu descumprimento o direito interno" *(Opinião Consultiva OC 14/94).* Esta regra foi codificada no artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969.

CASO LOAYZA TAMAYO vs. PERÚ[74]

Resumo: O caso se refere a responsabilidade internacional do Estado por tratamento cruel, desumano e degradante, em prejuízo de Maria Elena Loyaza Tamayo, assim como a falta de garantias de proteção judicial para questionar sua detenção em processo de jurisdição penal militar.

Os fatos do presente caso se contextualizam em uma época onde existiu uma prática generalizada de tratamento cruel, desumano e degradante nas investigações criminais por delitos de traição à pátria e terrorismo. Em 06 de fevereiro de 1993, Maria Elena Loyaza Tamayo, professora universitária, foi detida por membros da Divisão Nacional contra o Terrorismo (DINCOTE). Sua detenção se justificava por sua suposta colaboração com o grupo armado Sendero Luminoso.

A vítima foi levada ao centro da DINCOTE onde ficou incomunicável e impossibilitada de apresentar recurso judicial para questionar sua detenção. A vítima foi tratada como terrorista publicamente através dos meios de comunicação. Processada, foi absolvida do crime de traição a pátria no foro militar. Entretanto, na justiça comum foi processada pelo crime de terrorismo e condenada a 20 anos na pena privativa de liberdade.

A Corte Interamericana decidiu que o Estado do Peru violou, em prejuízo da senhora Maria Elena Loayza Tamayo o direito a liberdade pessoal, bem como suas garantias judiciais.

---

[74]CASO LOAYZA TAMAYO VS. PERÚ, sentença de 17 de setembro de 1997, disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf acessado em 09 de julho de 2015.

Sentença condenatória ao Estado, reconheceu a violação aos artigos: 1 (obrigação de respeita direitos), 5 (direito a integridade física), 7 (direito a liberdade pessoal), 8 (garantias judiciais), 25 (proteção judicial).

Sentença da Corte no que se refere ao Controle de Convencionalidade: A Corte, em 1997, reconheceu a incompatibilidade dos decretos-leis que tipificavam os delitos de "traição da pátria" e de "terrorismo" com a Convenção Americana de Direitos Humanos, ordenando, portanto, a reforma da legislação interna do Estado para a compatibilização com o tratado internacional.

CASO BARRIOS ALTOS vs. PERÚ[75]

Resumo: O caso se refere a responsabilidade internacional do Estado pela morte e lesões de um grupo de pessoas por parte de agentes militares, bem como a falta de investigação e sanção aos responsáveis pelos atos.

Os fatos do presente caso ocorreram em 03 de novembro de 1991. Seis indivíduos do grupo Colina, composto por membro do Exército, invadiram um prédio localizado no bairro conhecido como "Barrios Altos" na cidade de Lima. Na data dos fatos estava-se a realizar uma festa para arrecadar fundos para reparações no edifício.

Os membros do Exército chegaram ao local em dois veículos e obrigaram as vítimas a se jogarem no chão. Em seguida dispararam diversos tiros com arma de fogo por aproximadamente dois minutos, vitimando 15 pessoas e deixando outras quatro pessoas gravemente feridas.

O Congresso Peruano promulgou uma Lei de Anistia, na qual exonerava a responsabilidade dos militares, policiais e também civis, que haviam cometido, entre 1980 a 1995, violações aos direitos humanos ou participado dessas violações. Não foram feitas maiores investigações, nem sancionaram os responsáveis.

Sentença condenatória ao Estado, reconheceu a violação aos artigos: 1 (obrigação de respeita direitos), 2 (Dever de adotar disposições no direito interno), 4 (direito a

[75] CASO BARRIOS ALTOS vs. PERÚ, sentença de 14 de março de 2001, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf, acessado em 09 de julho de 2014.

vida), 5 (direito a integridade física), 8 (garantias judiciais), 13 (Liberdade de pensamento e de expressão) e 25 (proteção judicial).

Sentença da Corte no que se refere ao Controle de Convencionalidade: A Corte declarou a incompatibilidade das Leis de Anistia com relação a Convenção Americana, considerando inadmissíveis a aplicação de tais leis, vez que perdoavam a prática de crimes como tortura, desaparecimentos forçados e homicídios (inclusive execuções sumárias).

Importante ressaltar que a Corte ponderou sobre o "direito a verdade" e a necessidade de garantias judiciais e proteção judicial por parte do Estado para se alcançar a efetivação deste direito. Por assim ser, o Peru foi obrigado a reabrir investigações judiciais sobre os fatos em questão relativos ao "massacre de Barrios Altos", de forma a derrogar ou a tornar sem efeito as leis de anistia mencionadas.

CASO "LA ÚLTIMA TENTACIÓN DE CRISTO" ” (OLMEDO BUSTOS Y OTROS) vs CHILE[76]

Resumo: O caso se refere a responsabilidade internacional do Estado devido a censura judicial imposta a exibição do filme "La última tentación de Cristo", por parte do Conselho de Qualificação Cinematográfica.

Os fatos do presente caso ocorreram em 29 de novembro de 1988 quando o Conselho de Qualificação Cinematográfica proibiu a exibição do filme "La última tentación de Cristo". Esta decisão foi posteriormente confirmada pela Corte Suprema de Justiça.

Em 17 de novembro de 1999, a Câmara dos Deputados chilena aprovou um projeto de reforma constitucional tendente a eliminar a censura prévia na exibição de publicidade e filmes. Entretanto, dois anos depois, não haviam sido completados os trâmites necessários para aprovação deste projeto.

[76]CASO "LA ÚLTIMA TENTACIÓN DE CRISTO" (OLMEDO BUSTOS Y OTROS) vs. CHILE sentença de 05 de fevereiro de 2001, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf acessado no dia 10 de julho de 2014.

Sentença condenatória ao Estado, reconheceu a violação aos artigos: 1 (obrigação de respeita direitos), 2 (Dever de adotar disposições no direito interno), e 13 (Liberdade de pensamento e de expressão).

Sentença da Corte no que se refere ao Controle de Convencionalidade: A Corte entendeu que o Estado violou a liberdade de pensamento e de expressão com relação ao dispositivo constitucional que possibilita a censura prévia. Assim, a Corte determinou a alteração do Texto Constitucional chileno para adequação aos termos da Convenção Americana de Direitos Humanos que repudia esta modalidade de censura.

2.4. O controle de convencionalidade no Supremo Tribunal Federal e a necessidade de um "diálogo de cortes".

Conforme visto, o Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos em 06 de novembro de 1992, por meio do Decreto nº 678/1992, e reconheceu a competência jurisdicional da Corte com o Decreto Legislativo nº 89, de 03 de dezembro de 1998, sendo que o Decreto nº 4.463 de 08 de novembro de 2002 promulgou a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Pois bem, entende-se, desta forma, que desde o ano de 1998 a Corte Interamericana, bem como os tribunais internos, estão autorizados a operar o controle de convencionalidade com relação ao ordenamento jurídico brasileiro.

Entretanto, apenas em 03 de dezembro de 2008 o Supremo Tribunal Federal brasileiro enfrentou a matéria, quando examinou a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel *(contida originalmente na Constituição brasileira no artigo 5º, inciso LXVII).*

Embora o STF tenha reconhecido que o dispositivo constitucional afronta a Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966) - *que repudiam qualquer modalidade de prisão por dívidas, exceto a do devedor de pensão alimentícia* -, não se operou o Controle de Convencionalidade, vez que o entendimento firmado pela Corte Suprema, como visto, foi que a Convenção não possui *status* constitucional, mas supralegal. Neste

caso, conforme o voto do Ministro Gilmar Mendes, na esteira da tese do Ministro Sepúlveda Pertence, a Convenção Americana irradia efeito paralisante as demais normas infraconstitucionais, mas está em posição jurídica hierarquicamente inferior à Constituição brasileira, contrariando frontalmente o entendimento pacificado pela jurisprudência internacional.

O que se verifica, desta forma, é que não se opera no Brasil o autêntico Controle de Convencionalidade, vez que o STF confere à Convenção Americana uma posição hierárquica inferior à Constituição da República, o que não se pode aceitar vez que tal posicionamento afronta um compromisso internacional firmado pelo Estado brasileiro.

Outro exemplo que merece relevo é o caso da Lei de Anistia brasileira (Lei nº 6.683, de 28 de Agosto de 1979). O Supremo Tribunal Federal brasileiro julgou a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153, em que se discutia, entre outros fatores, a constitucionalidade da Lei de Anistia, em 29 de abril de 2010, sendo que o STF decidiu em sentido completamente contrário à jurisprudência da Corte Interamericana, ignorando o posicionamento internacionalmente firmado e conferindo validade à Lei de Anistia, entendida como constitucional pela maioria votante dos ministros.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos julgou o Caso Gomes Lund e Outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil[77] em 24 de novembro de 2010, em que se apreciou a responsabilidade internacional do Estado brasileiro por atos do Exército com relação a detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de setenta pessoas, integrantes do Partido Comunista Brasileiro, bem como camponeses da região do Araguaia entre os anos de 1972 a 1975, período este em que vigorava no Brasil a ditadura militar (1964 a 1985).

A Corte Interamericana entendeu que as investigações deveriam ser reiniciadas, e que a Lei de Anistia carecia de efeitos jurídicos – *portanto, não poderia ser aplicada, vez que contrária a Convenção Americana e a jurisprudência da Corte que já havia declarados diversas leis de anistia inconvencionais.*

Além de ignorar a jurisprudência internacional e julgar em sentido diametralmente oposto, o STF manteve sua decisão mesmo tendo conhecimento de

[77] CASO GOMES LUND E OUTROS (“GUERRILHA DO ARAGUAIA”) VS. BRASIL. Sentença de 24 de novembro de 2010 disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf

julgamento superveniente do Tribunal Interamericano em que se declarou a inconvencionalidade da mencionada Lei de Anistia brasileira.

O que se almeja demonstrar é que na época em que o STF apreciou a constitucionalidade da Lei de Anistia brasileira o Caso da Guerrilha do Araguaya (Gomes Lund e outros vs. Brasil) já tramitava no Tribunal Internacional. Um posicionamento sensato e cauteloso por parte do STF seria no sentido de aguardar a decisão da Corte Interamericana para em momento posterior acompanhar seu entendimento no processo que estava sob sua jurisdição.

Ainda que o Supremo não tenha adotado esta posição e ter ignorado a jurisprudência da Corte Interamericana validando a Lei de Anistia brasileira, ao ter ciência da sentença internacional que declarou a mesma lei inconvencional caberia ao STF respeitar a autoridade da decisão internacional, o que não ocorreu até os dias de hoje.

Por fim, cabe ressaltar o julgamento dos Embargos Infringentes na Ação Penal 470/MG, o famigerado caso do "Mensalão". No recurso à decisão prolatada pelo STF a defesa dos réus discutia a inexistência do princípio do duplo grau de jurisdição em casos de competência originária do STF em matéria penal. Embora os ministros tenham reconhecido que a Constituição brasileira não garante o princípio do duplo grau de jurisdição nestas hipóteses, e que a Convenção Americana traz norma mais benéfica, entendeu o STF que a autoridade da Constituição prevalece sobre o tratado internacional, negando procedência ao pedido dos acusados.

Analisando-se estes três casos emblemáticos, pode-se concluir que o Supremo Tribunal Federal brasileiro não aceita o fenômeno do controle de convencionalidade nos termos definidos pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, contrariando assim a Convenção Americana e a autoridade das sentenças prolatadas pelo mencionado tribunal internacional.

Constata-se também que em eventual conflito de decisões o Supremo Tribunal Federal permanece com o “monopólio da última palavra” ignorando completamente o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

2.4.1 A necessidade de adoção da Teoria do diálogo de cortes

Necessário ponderar que o que se debate na América já está pacificado em grande parte do continente Europeu. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes afirma que a adoção da Convenção Europeia de Direitos Humanos promoveu a expansão dos direitos e das garantias nela contemplados. Mediante interpretação dos direitos fundamentais previstos na Constituição em conformidade com as disposições da Convenção Europeia, bem como a jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos Humanos, tem-se, hoje, efetiva ampliação do significado dos direitos fundamentais previstos nas constituições nacionais. Em vista da práxis dominante na Alemanha, observa Werner Beulke que tal orientação culmina por conferir supremacia à Convenção Europeia em face do direito alemão (2012).

Assim sendo, tem-se um conflito hermenêutico de extrema complexidade, haja vista que o STF tem entendido que a discussão travada se refere a considerar a autoridade da Convenção Americana superior a autoridade da própria Constituição brasileira. Entretanto, não é esta questão que está posta. O que não tem sido considerado é que não se trata de simples hierarquia normativa. A questão jurídica essencial a ser desenvolvida é que com a consolidação do Direito Internacional dos Direito Humanos, o tradicional Direito Constitucional não pode fechar os olhos para novos princípios interpretativos do ordenamento jurídico vigente, a exemplo do princípio *pro homine*[78] que proporciona a teoria da dupla proteção *(também denominado princípio do duplo estatuto ou duplo crivo dos direitos humanos)* que tem por finalidade identificar a norma mais benéfica ao ser humano (entre a norma interna e a norma internacional) no caso concreto.

André de Carvalho Ramos ao analisar a Teoria do "Diálogo das Fontes" entende que esta pode ser sintetizada da seguinte forma: no plano nacional, há juízes e tribunais que interpretam cotidianamente esses tratados de direitos humanos. No plano internacional, há órgãos internacionais que podem ser acionados, caso a *interpretação nacional* desses tratados seja *incompatível* com o

[78] Em síntese, o princípio *pro homine* proveniente do Direito Internacional dos Direitos Humanos, representa um parâmetro interpretativo que determina analisar o caso concreto para se verificar qual a norma mais favorável (a norma de direito interno ou a norma do tratado internacional). Evidente que consiste em um complexo exercício hermenêutico, mas objetiva garantir a máxima proteção ao ser humano, identificando-se qual a norma que tutela de forma mais efetiva a dignidade da pessoa humana.

entendimento internacional. Por isso, foi mencionada acima a necessidade de compatibilização entre o resultado do controle de convencionalidade nacional com o decidido no controle de convencionalidade internacional. Não seria razoável, por exemplo, que, ao julgar a aplicação de determinado artigo da *Convenção Americana de Direitos Humanos*, o STF optasse por interpretação não acolhida pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, abrindo a possibilidade de eventual sentença desta Corte *contra* o Brasil (2014, p. 405).

Prossegue o jurista ao afirmar que esse "Diálogo das Cortes" deve ser realizado internamente, para impedir violações de direitos humanos oriundas de interpretações nacionais equivocadas dos tratados. Para evitar que o "Diálogo das Cortes" seja mera peça de retórica judicial, há que se levar em consideração os seguintes parâmetros na análise de uma decisão judicial nacional, para que se determine a existência de um "Diálogo" efetivo:

> 1) a menção à existência de dispositivos internacionais convencionais ou extraconvencionais de direitos humanos vinculantes ao Brasil sobre o tema;
> 2) a menção à existência de caso internacional contra o Brasil sobre o objeto da lide e as consequências disso reconhecidas pelo Tribunal;
> 3) a menção à existência de jurisprudência anterior sobre o objeto da lide de órgãos internacionais de direitos humanos aptos a emitir decisões vinculantes ao Brasil;
> 4) o peso dado aos dispositivos de direitos humanos e à jurisprudência internacional. (2014, p. 406)

Desta forma, verifica-se que esta teoria já fartamente adequada à jurisprudência do Tribunal Interamericano não foi incorporada à prática jurisprudencial brasileira, e este posicionamento do Poder Judiciário nacional em oferecer resistência ao cumprimento de sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, principalmente no que se refere ao Controle de Convencionalidade, configura-se como nova violação gravíssima no cenário internacional, devendo ser severamente sancionada.

É preciso o amadurecimento do pensamento constitucional brasileiro para se adequar a este novo paradigma contemporâneo. Não se está a discutir a autoridade da Constituição, até porque, a Constituição sempre será suprema, vez que é o próprio Texto Constitucional que autoriza avocar o tratado internacional quando existir norma mais benéfica ao caso concreto (Art. 5º, §2º, CRFB), autorizando, insista-se, o afastamento da aplicação do Texto Constituição *apenas* nestas hipóteses que versam sobre direitos humanos, haja vista uma possibilidade de expansão destes direitos e, por consequência, maior proteção ao ser humano.

3 CONFLITO DE DECISÕES E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

3.1. Análise histórica da jurisprudência do STF sobre a hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro.

A hierarquia normativa que se confere aos tratados internacionais de Direitos Humanos no Brasil é matéria tormentosa na história recente do Supremo Tribunal Federal. Uma consulta detalhada da jurisprudência da Suprema Corte brasileira indica que entendimentos firmados na década de 70 foram integralmente superados a menos de 40 anos. A questão que persiste em não ser resolvida é: Como solucionar eventual conflito entre o Texto Constitucional e Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil?

Está-se a tratar de legítimo tema atinente a segurança jurídica, haja vista que uma vez incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro os tratados internacionais, em especial os que versam sobre direitos humanos, se tornam normas cogentes aos jurisdicionados e, principalmente, ao Estado. Nesse sentido, em eventual antinomia entre os dispositivos convencionais e a Constituição como o aplicador do Direito solucionará tal conflito? Os métodos interpretativos tradicionais de resolução de antinomias não têm se prestado a solver este embate normativo.

O Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro que tem por dever constitucional ser o guardião da Constituição (Art. 102, CRFB), já enfrentou a matéria sobre a colisão entre direito interno e norma internacional nos últimos 40 anos em diversos momentos, sendo que precedentes firmados em determinados julgamentos foram superados em outros a partir da evolução da hermenêutica constitucional. Assim, indicar-se-ão os principais momentos históricos e entendimentos firmados pelo Tribunal até o atual posicionamento do STF sobre a temática.

Inicialmente registre-se que o primeiro precedente que abordou esta tensão existente entre o Direito interno e o Direito Internacional foi o *Recurso Extraordinário 71154/PR, Min. Rel. Oswaldo Trigueiro,* julgado em 04 de agosto de 1971, que no exame da questão entendeu conferir aos tratados internacionais ratificados pelo Brasil o *status* normativo de Lei Ordinária.

No dia 1º de junho de 1977 a Suprema Corte brasileira apreciou o *Recurso Extraordinário nº 80.004/SE* em que se discutia o conflito aparente entre a Lei Uniforme de Genebra *(Convenção de Genebra - incorporada ao direito interno através do Decreto nº. 57.663/1966)* e o Decreto Lei 427/1969, legislação interna regulamentadora da tributação do imposto de renda na fonte, registro de letras de câmbio e notas promissórias, entre outras providências. Embora a questão jurídica se centrasse em institutos do Direito Comercial, *in casu*, o aval nas notas promissórias, a questão de fundo levada ao STF abordava qual legislação aplicar: a interna ou a proveniente de tratado internacional.

O Ministro Relator Xavier de Albuquerque demonstra, citando precedentes, que a Corte Constitucional brasileira não se alinhava, à época do julgamento, ao primado do direito internacional sobre o direito interno[79], e firmou entendimento de que os tratados internacionais ratificados pelo Brasil ingressam no ordenamento jurídico brasileiro com status de *Lei Ordinária.*

Verifica-se que se manteve o entendimento em 1977 que os tratados internacionais ratificados pelo Estado Brasileiro são dotados de *status* de Lei Ordinária, e, por consequência lógica, estão hierarquicamente *abaixo* da Constituição brasileira devendo, assim, respeitar a autoridade do Texto Constitucional.

Entretanto, o que se nota é que a discussão no RE 80.004/SE não se reportava aos tratados internacionais de Direitos Humanos, mas apenas a matérias de direito cambial. Assim, apenas no ano 2000[80] é que o Supremo teve a oportunidade de se manifestar especificamente sobre os instrumentos internacionais que versem sobre Direitos Humanos. A grande questão de fundo é que a matéria veiculada nestes tratados se confundem, quase sempre, com direitos e garantias previstos na Constituição Brasileira como *fundamentais*. Por assim ser, um tratado que assegure o direito à vida, a liberdade, integridade física, não poderia ter a

[79] Fragmento do Voto do Ministro Xavier de Albuquerque no RE 80.004/SE: "A partir do julgamento, em Plenário, do RE 71.154, de que foi Relator o eminente Ministro Oswaldo Trigueiro (RTJ 58/70), o Supremo Tribunal vem decidindo reiteradamente que as Leis Uniformes adotadas pelas Convenções de Genebra incorporam-se ao nosso direito interno e entram em vigor, no Brasil, a contar dos decretos que as promulgam. Tais decisões reforçaram e atualizaram, em nossos dias, antiga orientação de nossa jurisprudência no sentido do primado do direito internacional sobre o direito interno, como depõe o Pofessor Haroldo Valladão (...).

[80] Destaque-se também o HC 72.131/RJ, julgado pelo plenário do STF em 22-11-1995 e ADI 1.480-3/DF, julgada em 4-9-1997 em que o Tribunal Constitucional brasileiro manteve o entendimento de mera relação de paridade normativa entre as leis internas e os tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

mesma estatura normativa que as Leis Ordinárias que têm por conteúdo, na imensa maioria das vezes, bens jurídicos menos relevantes quando comparados com os Direitos Humanos.

O Ministro Sepúlveda Pertence, seguindo este raciocínio, tentou conciliar a importância destes tratados internacionais sem retirar a autoridade da soberania estatal e a supremacia da Constituição – *que inegavelmente foram para o Direito Constitucional clássico os pilares de sustentação do paradigma do constitucionalismo.* Por assim ser, a proposta do Ministro Sepúlveda Pertence no *Recurso Ordinário em Habeas Corpus 79.785* julgado em 29 de março de 2000 pelo plenário do STF foi a criação de uma terceira categoria que entremeasse as normas constitucionais e as normas infraconstitucionais.

Cogitou-se, assim, uma categoria centrada na *supralegalidade* dos tratados internacionais de Direitos Humanos, em que tais instrumentos estariam topograficamente acima das leis infraconstitucionais, porém abaixo da Constituição. Por esta sistemática, uma convenção internacional de direitos humanos prevaleceria sobre normas infraconstitucionais em eventual conflito normativo, mas não poderia desafiar a autoridade do Texto Constitucional, prevalecendo a Constituição, caso confrontada, por um ou vários destes tratados.

Assim se manifestou o Ministro Sepúlveda Pertence:

> "Prevalência da Constituição, no direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação. A CB e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas. (...) Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, *b*). Alinhar-se ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não implica assumir compromisso de logo com o entendimento – majoritário em recente decisão do STF (ADI 1.480-MC) – que, mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias. Em relação ao ordenamento pátrio, de qualquer sorte, para dar a eficácia pretendida à cláusula do Pacto de São José, de garantia do duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar a Constituição, acrescentando-lhe limitação oponível à lei como é a tendência do relator: mais que isso, seria necessário emprestar à norma convencional força abrogante da Constituição mesma, quando não dinamitadoras do seu

> sistema, o que não é de admitir." (RHC 79.785, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 29-3-2000, Plenário, *DJ* de 22-11-2002.)

Entretanto, necessário ressalvar que neste emblemático julgamento o Ministro Carlos Velloso abriu divergência ao Ministro Sepúlveda Pertence, por entender ser a garantia ao duplo grau de jurisdição em matéria penal direito incorporado à Constituição brasileira pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto 678/1992) em respeito ao art. 5º, §2º da própria Constituição:

> *O Sr. Ministro Carlos Velloso (Presidente)* – Srs. Ministros, tenho sustentado a tese no sentido de que são três as vertentes "dos direitos e garantias" na ordem jurídico-constitucional brasileira. Os primeiros, os "direitos e garantias fundamentais" expressos na Constituição, vale dizer, os que estão escritos, em primeiro lugar, no art. 5º, espalhando-se pela Constituição, dado que a Carta Magna consagra direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração. A segunda vertente, Srs. Ministros, são aqueles "direitos e garantias decorrentes do regime dos princípios por ela adotados" (C.F., art. 5º, §2º); e a terceira, são os decorrentes "dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (C.F., art. 5º, §2º). É dizer, os "direitos e garantias fundamentais" reconhecidos em tratados de que o Brasil seja signatário, os quais hajam sido introduzidos no direito interno na forma estabelecida pela Constituição Federal, ganham status de "direitos e garantias" garantidos pela própria Constituição.
> Assim, penso que a disposição inscrita na Convenção de São José da Costa Rica, estabelecendo como garantia fundamental o duplo grau de jurisdição, é, pois, direito consagrado na Constituição do Brasil. (RHC 79.785, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 29-3-2000, Plenário, *DJ* de 22-11-2002.)

Pois bem, embora o Supremo Tribunal tenha apreciado, ainda que não como objeto principal, o *status* normativo da Convenção Americana de Direitos Humanos[81] projetando a tese da supralegalidade no supracitado julgamento do RHC 79.785 em novembro de 2002, o Congresso Nacional atento a esta tormentosa questão tentou solucioná-la com a Emenda Constitucional nº 45/2004 ao inserir o §3º no art. 5º da Constituição. O mencionado §3º[82] trouxe um procedimento solene (idêntico ao procedimento de aprovação de Emendas Constitucionais) para que a incorporação de tratados internacionais que versem especificamente sobre direitos humanos

[81]Tratado internacional elaborado em 1969 no âmbito regional da OEA – Organização dos Estados Americanos e que entrou em vigor em 1978 (após o depósito da 11ª assinatura) sendo que o Brasil o ratifica no ano de 1992, incorporando-o ao ordenamento jurídico interno através do Decreto 678/1992.
[82] Art. 5º, § 3º, CRFB: 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.

equivalham a emendas constitucionais, integrando, assim, o bloco de constitucionalidade[83] brasileiro.

Embora a iniciativa do Congresso Nacional seja louvável, a redação do mencionado dispositivo foi duramente criticada pela doutrina, haja vista que, no entendimento de majoritária corrente dos juristas internacionalistas o §3º do art. 5º, CRFB, disse *menos do que deveria* e, por assim ser, não resolveu a discussão sobre o *status* normativo dos tratados sobre direitos humanos. Isso porque, os tratados anteriores a Emenda 45/2004 permaneceriam com *status* "supralegal" e, mesmo os novos instrumentos internacionais de direitos humanos que não forem aprovados pelo *quórum* qualificado, também seriam considerados com estatura supralegal. Significa dizer, a Constituição passou a oferecer *tratamento desigual* a tratados da mesma matéria por simples questão formal, o que não é razoável.

Exatamente por não ter conseguido o §3º do art. 5º pacificar a discussão acerca do *status* normativo dos tratados de direitos humanos, dois Recursos Especiais se insurgiram contra este entendimento trazido pelo mencionado dispositivo e levaram, novamente, a questão ao Supremo Tribunal. Por assim ser, o STF apreciou os *RE nº 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso* e o *RE nº 349.703/RS, Rel. orig. Min. Ilmar Galvão* e decidiu, por maioria de votos *(embora tenham se formado três correntes entre os Ministros da Corte),* que a Convenção Americana de Direitos Humanos permanece no direito interno com *status* normativo *supralegal*.

Voto decisivo deste julgamento foi proferido pelo eminente Ministro Gilmar Mendes (à época presidente do Tribunal) que após minuciosa análise sobre as

---

[83]Para André de Carvalho Ramos o bloco de constitucionalidade "consiste no reconhecimento, ao lado da Constituição, de outros diplomas normativos de estatura constitucional". Continua seu raciocínio ao afirmar que "No Supremo Tribunal Federal em 2002, Celso de Mello constatou a existência do debate sobre o bloco de constitucionalidade, que amplia o parâmetro de controle de constitucionalidade, devendo abarcar os dispositivos do bloco como paradigma de confronto das leis e atos normativos infraconstitucionais" (RAMOS, 2013, P. 277).
Em virtude da relevância do tema citemos um fragmento deste emblemático precedente: ADI 595/ES, Rel. Min. CELSO DE MELLO, "Informativo/STF" nº 258/2002: "A definição do significado de bloco de constitucionalidade - independentemente da abrangência material que se lhe reconheça - reveste-se de fundamental importância no processo de fiscalização normativa abstrata, pois a exata qualificação conceitual dessa categoria jurídica projeta-se como fator determinante do caráter constitucional, ou não, dos atos estatais contestados em face da Carta Política.
- A superveniente alteração/supressão das normas, valores e princípios que se subsumem à noção conceitual de bloco de constitucionalidade, por importar em descaracterização do parâmetro constitucional de confronto, faz instaurar, em sede de controle abstrato, situação configuradora de prejudicialidade da ação direta, legitimando, desse modo - ainda que mediante decisão monocrática do Relator da causa (RTJ 139/67) - a extinção anômala do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. Doutrina. Precedentes."

quatro correntes doutrinárias e jurisprudenciais principais que abordavam a temática concluiu pela supralegalidade, veja-se:

> Desde a promulgação da Constituição de 1988, surgiram diversas interpretações que consagraram um tratamento diferenciado aos tratados relativos a direitos humanos, em razão do disposto no § 2o do art. 5o, o qual afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.
> Essa disposição constitucional deu ensejo a uma instigante discussão doutrinária e jurisprudencial – também observada no direito comparado – sobre o *status* normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, a qual pode ser sistematizada em quatro correntes principais, a saber:
>
> a) a vertente que reconhece a natureza *supraconstitucional* dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos;
>
> b) o posicionamento que atribui caráter *constitucional* a esses diplomas internacionais;
>
> c) a tendência que reconhece o *status* de *lei ordinária* a esse tipo de documento internacional;
>
> d) por fim, a interpretação que atribui caráter *supralegal* aos tratados e convenções sobre direitos humanos.
> (...)
>
> Em conclusão, entendo que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 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 ratificação. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei n° 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei n° 10.406/2002).
> (Recurso Extraordinário 466.343-1/SP, Min. Rel. Cezar Peluso, julgado em 22 de novembro de 2006.

O que se observa é que ao menos em quatro oportunidades, nos últimos quarenta anos, a Suprema Corte foi convocada a se manifestar sobre o *status* normativo dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Inicialmente, tratados aleatórios (de diversas matérias) e, num segundo momento a partir do novo milênio, tratados sobre direitos humanos. Ocorre que nos quatro julgamentos mencionados o entendimento firmado e mantido é de que *todos* os tratados internacionais, independente da matéria, estão abaixo do Texto Constitucional na hierarquia

normativa do Direito Brasileiro, excetuando-se apenas a hipótese do Art. 5º, §3º, CRFB. Percebe-se com esta constatação uma sólida jurisprudência de proteção à autoridade e supremacia constitucional e, por consequência, a defesa ao poder da Suprema Corte em permanecer com o monopólio da última palavra na arena jurisdicional.

O que se explorará no próximo tópico é que o Direito Internacional dos Direitos Humanos[84] - *fenômeno jurídico-político do período pós-guerra formado a partir da última metade do século passado e atualmente consolidado na Europa e na América* - repudia este entendimento de soberania estatal absoluta que autoriza o descumprimento de normas internacionais invocando-se o direito interno.

3.2 A injustificada resistência do Supremo Tribunal Federal em aceitar a autoridade da Convenção Americana de Direitos Humanos e cumprir as decisões da Corte Interamericana

3.2.1 Premissas sobre a responsabilidade internacional do Estado ao ratificar um tratado internacional.

O professor e, atualmente juiz da Corte Internacional de Justiça, Antônio Augusto Cançado Trindade pontua que a Constituição Federal brasileira está situada no contexto da abertura à internacionalização dos direitos humanos (PIOVESAN, 2010, XLIV). Flávia Piovesan, por sua vez, afirma que a Constituição de 1988 consagra o primado do respeito aos direitos humanos, como paradigma propugnado para a ordem internacional. No mesmo sentido André de Carvalho Ramos pondera

[84]Embora os Direitos Humanos tenham encontrado uma grande dimensão em razão, sobretudo, da universalização do tema a partir da atuação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 abril de 1948, a preocupação com um regime internacional que resguardasse os Direitos Humanos sistematicamente é resultado de um processo evolutivo formado inicialmente por movimentos localizados que foram compondo, primeiramente, a teoria e os fundamentos da consolidação da ideia de direitos inerentes à pessoa humana, à materialização dos direitos individuais, dos direitos sociais e dos direitos de solidariedade. A América Latina, ao lado da Europa, a partir da ação dos Estados, teve forte participação e influência na consolidação do movimento pela consolidação teórica e na internacionalização dos Direitos Humanos. (MENEZES, 2013, p. 188)

que essa valorização dos direitos humanos internacionais cumpre a vontade da Constituição, mais de vinte anos depois de sua edição (RAMOS, 2013, p. 251).

A doutrina internacionalista é uníssona no sentido de que a atual Constituição brasileira foi projetada para proporcionar concretude à dignidade da pessoa humana. Assim, não restringiu ao Texto Constitucional esta missão, mas a compartilhou com as normas advindas do Direito Internacional – *desde que ratificadas pelo Brasil e incorporadas ao Direito interno.*

Ocorre que no campo doutrinário há uma eterna divergência entre as teorias monista (capitaneada por Kelsen) e dualista (liderada por Triepel) quando se está em debate qual norma deve prevalecer, ou seja, qual a relação hierárquico normativa entre a Constituição da República e os tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Estado brasileiro. Em verdade, o debate se acalora quando constitucionalistas e internacionalistas se colocam em lados opostos com entendimentos absolutamente contrários. A questão que se apresenta é sobre a primazia entre as normas. Significa dizer, em eventual conflito, prevalecerá a Constituição ou o Tratado Internacional?

Sobre esta clássica e atualíssima questão, Jorge Miranda afirma que:

> Ao considerar-se a problemática das relações entre a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica interna (interna de cada Estado soberano, sublinhe-se), é mister distinguir três áreas ou grupos de questões.
> Uma primeira área é a das grandes concepções respeitantes à estrutura do Direito Internacional e à sua conjugação com o Direito interno, a do entendimento a dar ao Direito Internacional como ordem jurídica *a se* frente ao Direito estatal.
> Um segundo domínio tem que ver com o modo de estabelecer a relação entre as normas de Direito das Gentes e as normas de Direito interno; tem que ver com as formas e os processos de conferir relevância – seja ela qual for – àquelas normas dentro da ordem interna; refere-se às técnicas possíveis de recepção, de incorporação, de transformação, de adaptação (como quer que se queira) destas ou daquelas normas ou sectores de normas jurídico-internacionais na ordem interna do Estado.
> E uma terceira questão concerne às relações (hierárquicas ou funcionais, segundo as perspectivas que se sigam) entre as normas de Direito Internacional, aplicáveis na ordem interna, e as normas de Direito interno (ou de Direito *originariamente* interno), sejam estas normas de Direito constitucional, sejam de Direito ordinário.
> Eis, portanto, três estratos de problemas: o problema das relações entre Direito Internacional e Direito interno; o problema dos processos técnicos de relevância interna das normas de Direito Internacional; e, finalmente, o problema da posição recíproca das normas de Direito Internacional relevantes – recebidas, incorporadas, transformadas, adaptadas – na ordem interna e das provenientes de fontes próprias de Direito interno. E são problemas autonomizáveis – mas só até certo ponto –, o primeiro de caráter principalmente teórico ou doutrinal, o segundo e o terceiro de grande interesse prático (MIRANDA, 2009, p.123-125).

A Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica (*cidade e país onde foi elaborado o tratado)*, foi assinada em 22 de novembro de 1969. Entretanto, apenas entrou em vigor no ano de 1978, sendo ratificada pelo Brasil apenas em 06 de novembro de 1992 (Decreto 678/1992). Além de elencar direitos e deveres o mencionado tratado também estabelece um aparato de proteção criando organismos administrativos e judiciais de supervisão, investigação e julgamento, conforme visto no capítulo anterior.

A Convenção Americana, seguindo a tendência do modelo Europeu, criou a Corte Interamericana de Direitos Humanos com finalidade dúplice: 1. *Função consultiva* para interpretação da própria Convenção; 2. *Função Contenciosa*: Julgar a responsabilidade dos Estados signatários da Convenção, e que tenham reconhecido expressamente a competência jurisdicional da Corte, sobre eventuais violações a direitos humanos previstos no texto do tratado.

O Brasil reconheceu expressamente a competência jurisdicional do Tribunal interamericano através do Decreto Legislativo nº 89, de 03 de dezembro de 1998, sendo que o Decreto nº 4.463, de 08 de novembro de 2002, promulgou, no Direito interno, este reconhecimento. Com este conjunto de atos normativos tornou-se indiscutível a competência jurisdicional da Corte para julgar casos envolvendo a responsabilidade do Estado brasileiro.

A propósito, os artigos 1º e 2º da Convenção determinam que os Estados-partes deste tratado comprometem-se a respeitar a autoridade das normas convencionais ali estabelecidas, bem como modificar seu direito interno para se adequar a estes dispositivos. Significa dizer que caso o Estado discorde de algum dispositivo ou conjunto de artigos do mencionado tratado deverá se valer do instituto da processualística internacional das *reservas*[85] ou *cláusulas de reserva*. Ou seja, caso exista discordância sobre o que determina a Convenção, o Estado, para se eximir do cumprimento de tais artigos, deverá realizar as reservas cabíveis ao

[85] Paulo Henrique Gonçalves Portela interpretando o art. 2, par. 1, “d” da Convenção de Viena de 1969 esclarece que: A reserva é uma “declaração unilateral, qualquer que seja a sua redação ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado”. É, pois, uma maneira pela qual um Estado pode concluir um tratado sem se comprometer com todas as suas normas. Para Yepes Pereira, é uma “espécie de exclusão de uma parcela das obrigações impostas por um tratado, por parte de um Estado signatário”. É também conhecida como “salvaguarda” (PORTELA, 2013, p. 128).

tratado. Caso não as faça, o Estado signatário estará se obrigando ao cumprimento integral da Convenção Americana.

O que se percebe é que absolutamente nada se impõe ao Estado-parte. É um ato de soberania do próprio país analisar o texto da Convenção Americana e decidir pela sua assinatura e ratificação (ato conjunto entre Presidente da República e Congresso Nacional). Agora, ratificado o tratado o Estado está obrigado ao seu cumprimento e, ao reconhecer expressamente a competência jurisdicional da Corte Interamericana, sinaliza a autorização em ser julgado e sancionado por eventuais violações ao Texto Convencional.

Insista-se que é o próprio Estado que, num ato de soberania, se vincula ao cumprimento do tratado internacional e, após a ratificação, deverá ser fiel aos princípios da boa-fé e do *pact sunt servanda,* que regem o Direito Internacional, cumprindo o que pactuou. Ademais, também é o próprio Estado-membro que de livre e espontânea vontade se sujeita às eventuais sanções advindas da Corte Interamericana.

Por mais elementares que pareçam tais esclarecimentos, o que se demonstrará nas linhas que seguem é a injustificada resistência do Supremo Tribunal Federal em respeitar a autoridade da Convenção e das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Convenção Americana estabelece em seu art. 67 que a sentença proferida pelo Tribunal de Direitos Humanos da América é definitiva e inapelável. O artigo 68 do mesmo diploma traz o compromisso dos Estados-membros de cumprir a decisão da Corte Interamericana em todo caso em que forem partes.

Deve-se ponderar ainda sobre o costume internacional que foi positivado no art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados[86] no sentido de que: *"Direito Interno e observância de tratados – Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado".*

Pela processualística trazida pela própria Constituição da República em 1988, para que o Brasil se torne parte de um tratado internacional necessário se faz uma sequência de atos entre o Presidente da República – *na qualidade de Chefe de Estado* – e o Congresso Nacional para que o tratado seja ratificado no âmbito internacional e incorporado ao direito interno. Exatamente por esta atuação conjunta

[86]A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados foi incorporada no direito interno brasileiro através do Decreto nº 7.030/2009.

entre os Poderes Executivo e Legislativo – *que são os representantes do povo por excelência* – torna-se indiscutível a legitimidade democrática da incorporação de tratados internacionais ao direito brasileiro.

Por tudo que se expôs até o presente momento, nos parece nítido que o Estado não é obrigado a assumir um compromisso internacional em respeito a sua soberania; Num segundo plano, ainda que assuma este compromisso, poderá se isentar de parte das obrigações do tratado através das cláusulas de reserva; Entretanto, uma vez assumido tal compromisso e não tendo sido feitas reservas ao tratado internacional, este deve ser cumprido integralmente.

3.2.2 Incongruências jurídicas provenientes do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal

O direito interno pode conter ou produzir normas que sejam contrárias à Convenção Americana. Por assim ser, seguindo a mesma lógica do controle de constitucionalidade – *que elege a Constituição como norma paradigma e analisa a compatibilidade das leis infraconstitucionais com o Texto Constitucional* – o Brasil passou a conviver com o controle de *convencionalidade* como mecanismo de verificação da compatibilidade das normas brasileiras *(aqui compreendidas leis infraconstitucionais e a própria Constituição)* tendo como paradigma a Convenção Americana.

André de Carvalho Ramos esclarece que:

> O controle de convencionalidade consiste na análise da compatibilidade dos atos internos (comissivos ou omissivos) em face das normas internacionais (tratados, costumes internacionais, princípios gerais de direito, atos unilaterais, resoluções vinculantes de organização internacionais). Há duas subcategorias: (i) o controle de convencionalidade de matriz internacional, também denominado controle de convencionalidade autêntico ou definitivo; e o (ii) controle de convencionalidade de matriz nacional, também denominado provisório ou preliminar (RAMOS, 2013, p. 280).

Sendo a Convenção Americana o parâmetro de confronto e o ordenamento jurídico brasileiro o objeto de controle, tanto os juízes brasileiros *(desde os magistrados de primeiro grau até Ministros da Suprema Corte)* quanto a Corte

Interamericana poderão realizar o mencionado controle de convencionalidade[87]. Interessante notar que o principal princípio interpretativo do controle de convencionalidade é o denominado *princípio pro homine*, que almeja identificar no caso concreto qual a norma mais favorável ao ser humano (o direito interno ou o Internacional). Tal princípio não estabelece uma hierarquia entre tais normas, mas almeja identificar qual delas (a Constituição ou o Tratado) oferece a máxima proteção à dignidade humana. Cançado Trindade pondera que na solução de casos concretos, a primazia é da norma que melhor proteja as vítimas de violações de direitos humanos, seja ela de origem internacional ou interna (MAZZUOLI, 2010, p. 149).

A principal crítica do presente trabalho reside no fato de que o Supremo Tribunal Federal brasileiro não respeita a lógica do controle de convencionalidade e elege a Constituição brasileira como parâmetro máximo de interpretação, pouco importando o Texto da Convenção *(que como visto foi rebaixada ao* status *normativo "supralegal"),* tampouco as decisões da Corte Interamericana.

Elencar-se-á a título de exemplo as principais incongruências entre o direito brasileiro e a Convenção Americana:

1. *A Constituição da República em seu art. 5º, LXVII, autoriza a prisão civil do depositário infiel.* Embora este tema tenha sido resolvido em dois Recursos Extraordinários julgados pelo STF (RE 466.343/SP e RE 349.703/RS), não se atacou o Texto da Constituição – *que continua vigente* –, mas se cogitou através de um "malabarismo interpretativo" que a supralegalidade da Convenção Americana produziria "efeito paralisante" à legislação infraconstitucional que determinava a prisão. O art. 7º, 7, da Convenção Americana não autoriza nenhuma modalidade de prisão civil por dívida, a não ser a do devedor de alimentos *(Importante recordar que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos – Decreto nº 592/1992 também não autoriza prisão civil por dívida, excetuando-se a prisão do devedor de alimentos).*

[87] Sobre o tema "Controle de Convencionalidade" recomenda-se a leitura das sentenças de mérito da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos Casos: *Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Loyaza Tamayo vs. Perú, Barrios Altos vs. Perú e "La última tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile.*

2. A Ação Penal 470/MG foi julgada pelo STF em única instância *(haja vista ser hipótese constitucional de competência originária da Suprema Corte)*. Interpostos Embargos Infringentes insurgindo-se contra a supressão da garantia processual penal do duplo grau de jurisdição – *que embora não seja reconhecida como garantia ou princípio constitucional está expressamente positivado no art. 8º, "h" da CADH* – o Supremo entendeu que tal garantia estaria afastada, em virtude da própria Constituição brasileira estabelecer hipóteses de competência originária da Suprema Corte. Embora a Corte Interamericana de Direitos Humanos já tenha firmado precedente no sentido de que o duplo grau de jurisdição em matéria penal deve ser efetivado (Caso Barreto Leiva vs. Venezuela) sem exceções, o STF manteve sua jurisprudência de não estar a mencionada garantia processual inserida na Constituição brasileira[88].

3. O Recurso Especial 453.000 julgado pelo STF em 04 de abril de 2013 firmou entendimento pela constitucionalidade da reincidência criminal colidindo frontalmente com a sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Ramirez vs. Guatemala. Ademais, cabe ressaltar, para as finalidades deste trabalho, que se discutiu no julgamento do mencionado Recurso Especial que o instituto da reincidência criminal não se coaduna com a visão garantista estabelecida pelo Constituinte. Entretanto, por unanimidade, o STF declarou constitucional o mencionado instituto.

4. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153/DF, julgamento em 29 de abril de 2010, firmou entendimento sobre a constitucionalidade da Lei de Anistia brasileira (Lei 6.683/79). O STF entendeu que a mencionada lei permanece Constitucional com a nova

[88] O que se observa neste caso é que a competência originária penal em tribunal de cúpula do Poder Judiciário inviabiliza a materialização do princípio ao duplo grau de jurisdição. Por assim ser, como o Estado brasileiro ratificou a Convenção Americana e se comprometeu a modificar seu direito interno para se adequar aos dispositivos da Convenção, deveria ter acionado o Poder Constituinte derivado para que, através de emenda constitucional, fosse retirada tal função do STF.

> ordem estabelecida pela Carta de 1988, ignorando a jurisprudência da Corte Interamericana que inadmite qualquer modalidade de Lei de Anistia. Pouco mais de seis meses após o julgamento do STF, a Corte Interamericana condenou o Estado brasileiro no Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil, sentença de 24 de novembro de 2010, afirmando que "a Lei de Anistia brasileira carece de efeitos jurídicos"[89].

O que se observa com a inércia do Poder Legislativo brasileiro em atender ao comando do art. 2º da CADH em adequar o direito interno ao Texto da Convenção é que o Judiciário brasileiro continua a julgar com base no ordenamento jurídico brasileiro que, em determinadas hipóteses, colide com o que dispõe o tratado internacional.

Deve-se considerar, ainda, que juízes de primeiro grau brasileiros têm utilizado a Convenção Americana e as decisões da Corte Interamericana como razão de decidir em determinados casos concretos[90]. Por assim ser, eventual conflito de decisões entre o STF e a Corte Interamericana provoca insustentável situação de insegurança jurídica aos aplicadores do Direito no Brasil. Necessário, assim, um "diálogo de fontes[91]" entre a Constituição brasileira e a Convenção Americana e um "diálogo de Cortes" entre o STF e o Tribunal de Direitos Humanos da América[92].

Wagner Menezes sintetiza a problemática sobre o não cumprimento por parte do Estado brasileiro as decisões da Corte Interamericana:

---

[89] Fragmento da sentença Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil: "Dada sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos. Em consequência, não podem continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil".

[90] Cite-se como exemplos: 1. Sentença – Processo 0059583-24.2011.8.26.0100 – Retificação ou Suprimento ou restauração de Registro Civil – 2ª Vara de Registros Públicos – Comarca de São Paulo, prolatada em 16 de abril de 2012 e confirmada pela Apelação Cível nº 0059583-24.2011.8.26.0100 (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo); 2. *Habeas Corpus* nº 1.358.323-2, do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba – 3ª Vara Criminal.

[91] Para Valerio Mazzuoli o diálogo de fontes pode ser aplicado sempre que uma *fonte* jurídica esteja em conflito com *outra fonte* do direito, não importando a hierarquia entre essas mesmas fontes (2010, P. 147)

[92] Sobre as teorias do "Diálogo de fontes" e "Diálogo de Cortes" indica-se a leitura da obra "Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional" de autoria de André de Carvalho Ramos inserida nas referências deste trabalho.

> Especificamente sobre o cumprimento das decisões pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, na qual o Brasil já foi condenado e deve cumprir sentença, o silêncio é estarrecedor pela morosidade, especialmente porque existe um comprometimento formal do Estado brasileiro, que tem prevalência dos Direitos Humanos como um dos seus princípios basilares nas relações internacionais. A propósito, André de Carvalho Ramos já tinha alertado para essa discussão, invocando a necessidade da existência de um diálogo entre as referidas Cortes para o cumprimento das decisões no Brasil das disposições da Corte Interamericana, propugnando "por um diálogo entre as Cortes, uma vez que ambas – STF e Corte Interamericana de Direitos Humanos – cumprem a mesma missão de assegurar o respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais".
> (...)
> As decisões e procedimentos emanados de Tribunais Internacionais devem ser rigorosamente cumpridos pelos Estados quando estejam sujeitos formalmente a sua jurisdição. Em razão disso, é recomendável que os Estados, ao aderir à jurisdição dos mesmos, criem regras estatais específicas para disciplinar a recepção das decisões das Cortes e, também, mecanismos efetivos para dar cumprimento aos seus atos procedimentais.
> A desconsideração irresponsável pelos Estados na adoção de mecanismos que disciplinem e garantam a aplicabilidade de decisões e procedimentos determinados por Tribunais Internacionais pode deixar um espaço perigoso para a existência de conflitos entre as decisões emanadas daqueles Tribunais e as instituições nacionais dos Estados, o que configuraria um verdadeiro desserviço ao sentido maior da realização da Justiça Internacional, a partir da omissão e de erros conceituais, ficando, portanto o alerta. (MENEZES, 2013, p. 298-300)

A título de arremate, registre-se que embora o STF tenha firmado o entendimento de que a Convenção Americana detém *status* normativo supralegal, ajuizou-se recentemente a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 320/DF que tem por objetivo questionar tal entendimento, uma vez que, como visto, a questão embora tenha sido decidida, ainda não foi pacificada.

Depreende-se da presente análise que ainda há muito para se amadurecer no direito brasileiro sobre a temática do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Não se trata de desafiar a supremacia da Constituição, mas de se construir uma hermenêutica norteada pela máxima efetivação dos Direitos Humanos e pelo princípio *pro homine* identificando-se, num complexo exercício interpretativo, qual a norma mais favorável ao ser humano no caso concreto.

Deve-se pontuar ainda que esta posição narcisista do Supremo Tribunal Federal em eleger a Constituição como norma absoluta e incontestável perante a comunidade internacional viola compromissos assumidos pelo Brasil através de seu Chefe de Estado e referendados pelo Congresso Nacional. Significa dizer que esta postura de interpretar o tratado internacional de acordo com o próprio direito interno

além de afrontar o Direito Internacional dos Direitos Humanos também resulta numa incongruência republicana, vez que o Poder Judiciário interfere no campo político ilegitimamente, prejudicando as relações internacionais firmadas pelo Estado.

A superação desta "síndrome narcisista" seria o amadurecimento da Corte Constitucional brasileira ao olhar além de sua própria Constituição reconhecendo a autoridade da Convenção Americana e das sentenças proferidas pela Corte Interamericana. Isto porque, caso assim não proceda o próprio Supremo Tribunal Federal pode conduzir o Estado brasileiro à condenações na esfera internacional, haja vista que uma prestação jurisdicional interna que ignore os direitos consagrados no tratado internacional representa violação aos direitos humanos previstos na Convenção.

3.3 Crítica à Teoria da Supralegailidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos

Flávia Piovesan leciona que os parâmetros protetivos internacionais possuem dupla vocação: estimular avanços e evitar retrocessos no regime interno de proteção de direitos. Ressalta a autora que a justiça global tem sido capaz de propiciar avanços locais, invocando a proteção da dignidade humana e aliviando a carga de dor e sofrimento humano (2013).

Ocorre que caso mantido o entendimento do Supremo Tribunal Federal em conferir à Convenção Americana o *status* normativo de "supralegalidade", tal posição desprestigia o Brasil no cenário internacional. Isto porque o continente Europeu desenvolveu o Direito Comunitário[93], a exemplo da União Europeia[94], o que tornou mais palatável a ideia de decisões de órgãos supraestatais prevalecerem mesmo que contrárias às Supremas Cortes dos países europeus.

[93] Na realidade europeia, é importante mencionar a abertura institucional a ordens supranacionais consagradas em diversos textos constitucionais (cf. *v. g.,* Preâmbulo da Lei Fundamental de Bonn e art. 24, (I); o art. 11 da Constituição italiana; os arts. 8º e 16 da Constituição portuguesa; e, por fim, os arts. 9º(2) e 96 (1) da Constituição espanhola; dentre outros (MENDES, BRANCO, 2014)

[94] Jorge Miranda destaca que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias tem afirmado, desde há muito, a supremacia de todo o Direito da União – o originário, correspondente aos tratados constitutivos, e o derivado – sobre todo o Direito dos Estados membros, inclusive o constitucional. Mas tem ido longe demais, excedendo em muito a índole, de grande originalidade, da integração europeia e em moldes insustentáveis (2009, p. 138).

Valerio Mazzuoli destaca outro fator de grande importância na análise dos tratados internacionais de direitos humanos:

> É bom fique nítido que quando um Estado adere a um tratado internacional de proteção dos direitos humanos, não o faz limitando a aplicação desse instrumento tão somente à sua jurisdição doméstica, mas sim reconhecendo *valores* e *interesses comuns* entre todos os membros da sociedade internacional que ao tratado aderiram, valores tais traduzidos sob a forma de direitos e obrigações recíprocos, com a consequente indisponibilidade unilateral da norma internacional integrada, cabendo, em caso de conflito, uma solução *plúrima* e não *única* para um determinado caso, segundo um leque de possibilidades existentes (2010, P. 149)

A propósito importante destacar que no direito brasileiro não existe uma normatividade que regulamente a internalização dos tratados internacionais de direitos humanos. Conforme se verificou em tópicos anteriores, coube ao Supremo Tribunal Federal interpretar o parágrafo 3º do artigo 5º para delimitar sua abrangência.

> Inexiste, igualmente, no Brasil qualquer norma constitucional sobre as relações de conformidade ou desconformidade entre as normas internacionais vinculativas da República e as normas de Direito interno.
> No entanto, também são óbvias estas proposições:
> a) Vale para a Constituição brasileira o que se diz acerca da Constituição portuguesa em face dos princípios do *jus cogens* – estes prevalecem sobre quaisquer normas constitucionais;
> b) As normas de Direito internacional de direitos do homem consignadas em tratados aprovados com observância do §3º do art. 5º têm valor de normas constitucionais;
> c) As normas constitucionais prevalecem sobre quaisquer outras normas de Direito internacional;
> d) Daí o controlo de constitucionalidade a cargo do Supremo Tribunal Federal [art. 109º - III, alínea *a*, de novo]. (MIRANDA, 2009, p. 140)

Toda discussão pertinente à matéria se situa na interpretação dos parágrafos 2º[95] e 3º[96] do art. 5º da Constituição brasileira.

Internacionalistas defendem que o §2º, que pertence à redação original do Texto Constitucional, já seria suficiente para a resolução da problemática, vez que o legislador constituinte teria sido claro ao designar estatura constitucional aos tratados internacionais de Direitos Humanos.

---

[95] Art. 5º, § 2º, CRFB: 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.

[96] Art. 5º, §3º, CRFB: § 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.

Para esta corrente de juristas não há dúvida que o §2º do art. 5º declarou que os Direitos Humanos não derivam exclusivamente da Constituição. Ao revés, foi feliz o legislador constituinte em destinar tratamento de máxima abertura a internalização de novos direitos que não estejam positivados no Texto Constitucional.

Flávia Piovesan aborda a temática com precisão:

> Em face de todos argumentos já expostos, sustenta-se que hierarquia constitucional já se extrai de interpretação conferida ao próprio artigo 5º, §2º, da Constituição de 1988. Vale dizer, seria mais adequado que a redação do aludido §3º do artigo 5º endossasse a hierarquia formalmente constitucional de todos os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados, afirmando – tal como o fez o texto argentino – que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro têm hierarquia constitucional.
> No entanto, estabelece o §3º do art. 5º que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição.
> Desde logo, há que afastar o entendimento segundo o qual, em face do §3º do art. 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o *quorum* qualificado de três quintos, demandado pelo aludido parágrafo.
> Observe-se que os tratados de proteção dos direitos humanos ratificados anteriormente a Emenda Constitucional n. 45/2004 contaram com ampla maioria na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, excedendo, inclusive, o *quorum* de três quintos dos membros em cada Casa. Todavia, não foram aprovados por dois turnos de votação, mas em um único turno de votação em cada Casa, uma vez que o procedimento de dois turnos não era tampouco previsto.
> Reitere-se que, por força do art. 5º, §2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quorum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O *quorum* qualificado está tão somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a "constitucionalização formal" dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno. Como já defendido por este trabalho, na hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas, e não o oposto. Vale dizer, a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico- normativo, e não ser condicionado por ela (2013).

Contudo, necessário registrar a crítica da supracitada jurista sobre o desacerto do entendimento que se pauta unicamente em questões procedimentais:

> Não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu

> *quorum* de aprovação. A título de exemplo, destaque-se que o Brasil é parte do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais desde 1992. Por hipótese, se vier a ratificar- como se espera – o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela ONU, em 10 de dezembro de 2008, não haveria qualquer razoabilidade a se conferir a este último- um tratado complementar e subsidiário ao principal- hierarquia constitucional e ao instrumento principal, hierarquia meramente legal. Tal situação importaria em agudo anacronismo do sistema jurídico, afrontando, ainda, a teoria geral da recepção acolhida no direito brasileiro.
> Ademais, como realça Celso Lafer, "o novo parágrafo 3º do art. 5º pode ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo parágrafo 2º do art. 5º. De acordo com a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais fez do que declarar o que preexiste, ao clarificar a lei existente.
> Uma vez mais, corrobora-se o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente ao mencionado parágrafo, ou seja, anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004, têm hierarquia constitucional, situando –se como normas material e formalmente constitucionais. Esse entendimento decorre de quatro argumentos: a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os § § 2º e 3º do art. 5º, já que o ultimo não revogou o primeiro, mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional; b) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; c) a necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos da ordem jurídica; e d) a teoria geral da recepção do Direito brasileiro. Sustenta-se que essa interpretação é absolutamente compatível com o princípio da interpretação do §3 do art. 5º aponta a uma abertura envolvendo várias possibilidades interpretativas, acredita-se que a interpretação mais consoante e harmoniosa com a racionalidade e teleologia constitucional é a que confere ao § 3º do art. 5º, fruto da atividade do Poder Constituinte Reformador, o efeito de permitir a "constitucionalização formal" dos tratados de proteção aos direitos humanos ratificados pelo Brasil (PIOVESAN, 2013).

O que se quer demonstrar é que a tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos que tem prevalecido no STF brasileiro não condiz com a máxima efetivação dos direitos humanos e contraria a jurisprudência internacional.

A princípio, não se pode admitir que um tratado que tutele os direitos à vida, à liberdade, integridade física, entre tantos outros valores essenciais, seja alocado em posição inferior à Constituição. Tais valores são igualmente protegidos pela Lei Fundamental, o que gera uma incongruência lógica.

Por outra ótica, quando a Convenção Americana foi ratificada em 1992 a Constituição brasileira disciplinava o tema através de seu art. 5º, §1º e §2º, vez que o §3º sequer existia. Por assim ser, o comando previsto no mencionado §2º designa estatura constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, independente de *quórum* qualificado para aprovação de tais tratados.

Nesse sentido Valerio de Oliveira Mazzuoli leciona que:

> A Carta de 1988, com disposição do §2º do art. 5º, de forma inédita, passou a reconhecer claramente, no que tange ao seu sistema de direitos e garantias, uma *dupla fonte normativa*: a) aquela advinda do direito interno (direitos *expressos e implícitos* na Constituição, estes últimos subentendidos nas regras de garantias ou decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados), e; b) aquela outra advinda do direito internacional (decorrente dos *tratados internacionais* de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte). De forma expressa, a Carta de 1988 atribuiu aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos devidamente ratificados pelo Estado brasileiro (e em vigor) a condição de *fontes* do sistema constitucional de proteção de direitos no mesmo plano de eficácia e igualdade daqueles direitos, expressa ou implicitamente, consagrados pelo texto constitucional, o que justifica o *status* de norma constitucional que detêm tais instrumentos internacionais no ordenamento jurídico brasileiro.
> (...)
> Segundo o nosso entendimento, a cláusula aberta do §2º do art. 5º, da Carta de 1988, sempre admitiu o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no *mesmo grau* hierárquico das normas constitucionais, e não em outro âmbito de hierarquia normativa. Portanto, segundo sempre defendemos, o fato de esses direitos se encontrarem em tratados internacionais jamais impediu a sua caracterização como direitos de *status* constitucional (2013, p.36-37).

Por fim, embora o STF tenha realizado considerável engenharia jurídica para sustentar a tese da supralegalidade existem fragilidades que apontam a inconsistência desta teoria. O exemplo da prisão civil do depositário infiel enfrentada pela Corte Constitucional brasileira bem demonstra esta inconsistência: Em que pese toda a argumentação e fundamentação jurídica elaborada pela Corte, em termos práticos o que se observou foi um tratado entendido como infraconstitucional (supralegal) anulando uma autorização da Constituição brasileira. Significa dizer que a Constituição autorizava *(e ainda autoriza)* a prisão civil do depositário infiel, mas um tratado que está situado abaixo da norma constitucional produziu efeito paralisante ao direito interno infraconstitucional anulando a autorização constitucionalmente prevista.

O próprio enunciado da Súmula Vinculante n.º 25 tentou respeitar esta engenharia jurídica: *"É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito".* Percebe-se que é considerada *ilícita*, mas permanece *constitucional*, causando inegável distúrbio interpretativo e sistemático. Partindo-se do tradicional entendimento de que a Constituição não possui palavras inúteis, não se compreende uma hipótese de prisão civil constitucionalmente prevista se tornando inexigível por um ato normativo infraconstitucional.

Antônio Augusto Cançado Trindade redigiu monumental ensaio sobre a matéria intitulado “Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do Século XXI” em que profere contundente crítica à Emenda Constitucional 45/2004:

> “Os triunfalistas da recente Emenda Constitucional 45/2004, não se dão conta de que, do prisma do direito internacional, um tratado ratificado por um Estado o vincula *ipso jure*, aplicando-se de imediato, quer tenha ele previamente obtido aprovação parlamentar por maioria simples ou qualificada. Tais providências de ordem interna – ou, ainda menos, de *interna corporis*, - são simples *fatos* do ponto de vista do ordenamento jurídico internacional, ou seja, são, do ponto de vista jurídico internacional, inteiramente irrelevantes. A responsabilidade internacional do Estado por violações comprovadas de direitos humanos permanece intangível, independentemente dos malabarismos pseudo-jurídicos de certos publicistas (como a criação de distintas modalidades de prévia aprovação parlamentar de determinados tratados, a previsão de pré-requisitos para a aplicabilidade direta de tratados no direito interno, dentre outros), que nada mais fazem do que oferecer subterfúgios vazios aos Estados para tentar evadir-se de seus compromissos de proteção do ser humano no âmbito do contencioso internacional dos direitos humanos”

No mesmo sentido Valerio de Oliveira Mazzuoli pontua que:

> Ainda que tenha o STF passado a atribuir aos tratados de direitos humanos (quando não aprovados pela sistemática do art. 5º, §3º, da Constituição) o nível de norma *supralegal*, o certo é que a doutrina mais abalizada entende (corretamente) que tais tratados têm *status* de “norma constitucional”.
> (...)
> Ademais, parece claro que o nosso poder reformador, ao conceber este §3º, parece não ter percebido que ele, além de subverter a ordem do processo constitucional de celebração de tratados, uma vez que não ressalva (como deveria fazer) a fase do *referendum* congressual do art. 49, I, da Constituição (que diz competir exclusivamente ao Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”), também rompe com a harmonia do sistema de integração dos tratados de direitos humanos no Brasil, uma vez que cria “categorias” jurídicas entre os próprios instrumentos internacionais de direitos humanos ratificados pelo governo, dando tratamento diferente para normas internacionais que têm o mesmo fundamento de validade, ou seja, hierarquizando diferentemente tratados que têm o mesmo conteúdo ético, qual seja, a proteção internacional dos direitos humanos. Assim, essa “desigualação de iguais” que permite o §3º ao estabelecer ditas “categorias de tratados”, é totalmente injurídica por violar o princípio (também constitucional) da *isonomia*.
> Por tudo isso, pode-se inferir que o §3º do art. 5º da Constituição, acrescentado pela EC 45, seria mais condizente com a atual realidade das demais Constituições latino-americanas, bem como de diversas outras Constituições do mundo, se determinasse expressamente que todos os tratados de direitos humanos pelo Brasil ratificados têm hierarquia constitucional, aplicação imediata e, ainda, prevalência sobre as normas constitucionais no caso de serem suas disposições mais benéficas ao ser humano (2013, p. 45-47).

Pois bem, se parece existir consenso na corrente internacionalista sobre o desacerto do §3º do art. 5º da Constituição, em direção diametralmente oposta a corrente constitucionalista defende o objetivo do legislador de preservar a autoridade da Constituição.

> O §3º, aditado ao art. 5º da Constituição pela Emenda nº 45, de 2004, tem levantado não poucas perplexidades, por, em certa leitura, contradizer o §2º, vindo do legislador constituinte originário. Este já daria valor constitucional aos tratados de direitos do homem e agora estar-se-ia a impor uma exigência exorbitante, de dupla maioria qualificada nas duas Câmaras do Congresso, para que pudesse adquirir esse valor.
> Em nossa opinião, não há qualquer contradição e, muito menos, inconstitucionalidade. Tudo está em deslindar o alcance de um e outro parágrafo.(MIRANDA, 2009, p. 140)

Gilmar Ferreira Mendes minuciosamente defende a viabilidade jurídica da tese da supralegalidade eleita, por maioria, pelo STF. O eminente Ministro, após elencar as quatro principais correntes (natureza *supraconstitucional; constitucional; lei ordinária; supralegal)* sustenta o acerto e legitimidade da posição firmada pela Corte Constitucional.

Inicialmente repudiando a tese da supraconstitucionalidade ressalta a dificuldade de adequação dessa tese à realidade de Estados que, como o Brasil, estão fundados em sistemas regidos pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. Pondera o Ministro que entendimento diverso anularia a própria possibilidade do controle de constitucionalidade desses diplomas internacionais (MENDES, BRANCO, 2014).

> Como deixou enfatizado o Supremo Tribunal Federal ao analisar o problema, “assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição (...) e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle de constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, *b*) (MENDES, BRANCO, 2014).

O Ministro Gilmar Mendes defende o monopólio da última palavra ao STF por entender que a equiparação entre tratado e Constituição esbarraria já na própria competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal para exercer o controle da

regularidade formal e do conteúdo material desses diplomas internacionais em face da ordem constitucional nacional (MENDES, BRANCO, 2014).

Sobre a corrente doutrinária que sustenta o *status* constitucional dos tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, Gilmar Mendes entende que:

> Apesar da interessante argumentação proposta por essa tese, parece que a discussão em torno do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos foi, de certa forma, esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, a Reforma do Judiciário (oriunda do Projeto de Emenda Constitucional n. 29/2000), a qual trouxe como um de seus estandartes a incorporação do §3º ao art. 5º, com a seguinte disciplina: "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".
> Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais.
> Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico.
> Em outros termos, solucionando a questão para o futuro – em que os tratados de direitos humanos, para ingressar no ordenamento jurídico na qualidade de emendas constitucionais, terão que ser aprovados em *quórum* especial nas duas Casas do Congresso Nacional –, a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil, a qual vinha sendo preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque (julgado em 1º-6-1977; *Dj* de 29-12-1977) e encontra respaldo em um largo repertório de casos julgados após o advento da Constituição de 1988 (MENDES, BRANCO, 2014).

Por fim, a conclusão do jurista é no sentido de ser mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos (MENDES, BRANCO, 2014). Nesse sentido:

> Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*.
> Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana (MENDES, BRANCO, 2014).

O que se verifica do confronto de posicionamentos é que ambas as correntes – *internacionalistas e constitucionalistas* – apresentam argumentos consistentes. Entretanto, o que se abstrai da análise panorâmica de argumentações é que a tese da supralegalidade defendida pelo STF não é capaz de abalar as críticas tecidas pela corrente internacionalista.

Manter o entendimento de que a Constituição prevalece sobre a Convenção Americana de Direitos Humanos representa a anulação da autoridade da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em outras palavras, a tese da supralegalidade dos tratados internacionais representa bloqueio intransponível ao sistema interamericano de proteção aos direitos humanos.

3.4 Aprofundando a análise sobre o conflito de decisões e suas consequências jurídicas

O estudo da formação histórica do Estado e do constitucionalismo brasileiro demonstra que em uma jovem democracia de recentíssimo constitucionalismo efetivo a ideia de relativização de soberania causa incômodo e desconforto aos detentores do poder estatal.

Isto porque uma Constituição que por tanto tempo foi coadjuvante no sistema jurídico brasileiro ao assumir posição de protagonismo induz seu guardião, o Supremo Tribunal, a repudiar qualquer possibilidade de dispersão ou repartição do poder jurisdicional. Assim, para os constitucionalistas a possibilidade de um tribunal internacional anular um julgamento da Suprema Corte brasileira é ideia impensável, ou, no máximo, de cogitação meramente hipotética nas bancadas da academia.

A Corte Constitucional brasileira não propõe diálogo por entender não existir nenhuma autoridade acima de sua jurisdição. Por assim ser, rebaixou-se o *status* normativo da Convenção Americana para sinalizar expressamente que a Constituição permanece suprema, assim como o próprio Tribunal Constitucional.

Nesse sentido os precedentes firmados pela Corte Interamericana possuem meramente força *persuasiva* perante os Ministros do STF, não se cogitando a possibilidade de uma sentença internacional ser considerada precedente obrigatório ou vinculante, o que contraria o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Entretanto, a corrente internacionalista entende que esta interpretação da Corte Suprema nacional deve ser superada, haja vista que tal entendimento acaba por inviabilizar a efetividade do sistema internacional de proteção aos direitos humanos, vale dizer, tal entendimento anula uma proteção mais ampla as pessoas sob a jurisdição do Estado brasileiro.

Pois bem, ocorre que como o Brasil, enquanto Estado nacional, reconheceu expressamente a competência jurisdicional da Corte Interamericana, determinados fatos podem ser apreciados tanto pela jurisdição doméstica, quanto pela jurisdição internacional.

Necessário ponderar que inicialmente deve-se buscar a proteção do direito interno em que o jurisdicionado aciona as instituições nacionais (órgãos administrativos e judiciais). Isto porque, em regra, deve-se oportunizar ao próprio Estado a resolução do problema. Apenas na hipótese de omissão, resposta estatal insuficiente ou abusos de poder pelo próprio Estado é que o caso será levado ao aparato internacional de proteção (Comissão e Corte Interamericana).

Deve-se pontuar também que a Corte Interamericana de Direitos Humanos não é tribunal recursal[97], como visto em tópicos anteriores: O que se julga é a responsabilidade internacional do Estado pela violação aos direitos humanos previstos na Convenção. Significa dizer que em nenhuma hipótese o tribunal internacional funcionará como Corte de recursos às decisões proferidas no âmbito interno.

O que se quer demonstrar é que a atividade jurisdicional do Supremo jamais será revisada pela Corte Interamericana, ou seja, não é porque uma determinada pessoa não obteve êxito em um processo judicial que tramitou nos tribunais internos que esta pessoa poderá recorrer ao tribunal internacional. São instâncias autônomas e independentes.

> Essas Cortes Internacionais são criações de tratados internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Europeia de Direitos Humanos, ou podem ser órgãos de organizações internacionais (Como a Corte Internacional de Justiça é órgão da ONU) e mesmo organização internacional *tourt court,* como é o caso do Tribunal Internacional Penal, criado pelo Estatuto de Roma, que possui personalidade jurídica de Direito Internacional.

[97] Não é o órgão internacional (por exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos) um órgão de revisão ou cassação, superior aos Tribunais internos. Assim, deve-se implementar a decisão internacional *tout court*, sem que se alegue eventual imutabilidade da decisão local (RAMOS, 2012).

> Essa natureza jurídica de Direito Internacional redunda *na ausência de hierarquia entre o tribunal local e o órgão internacional.* Logo, quando esses órgãos analisam a responsabilidade internacional do Estado *não são sujeitos às limitações de um tribunal local* (que deve respeitar a coisa julgada local), mas somente às limitações impostas pelo Direito Internacional.
> A separação entre a esfera judicial local e a esfera internacional é essencial, justamente para evitar que eventuais *exceções processuais de Direito Interno* sejam utilizadas para tolher o exercício da jurisdição internacional.
> Além disso, uma *análise mais acurada* do instituto da coisa julgada, que fundamenta a pretensa imutabilidade das decisões internas, demonstra a impossibilidade de utilizarmos tal instituto em sede internacional, *já que seria necessária a identidade de partes, pedido e causa de pedir* (os chamados elementos da ação), o que não ocorre entre a causa local e a causa internacional.
> Com efeito, na jurisdição internacional as partes e o conteúdo de controvérsia são, por definição, *distintos* dos da jurisdição interna, por exemplo, cometendo certo delito. Para a jurisdição internacional, discute-se, por outro lado, a pretensa violação do Estado diante de suas obrigações internacionais, tendo o Direito Internacional como nova causa de pedir, podendo gerar decisão internacional oposta à decisão judicial interna.
> A posição exposta acima é aceita pelas instâncias internacionais encarregadas de averiguar a responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos. Com efeito, para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, *as instâncias internacionais não reformam a decisão interna, mas sim condenam o Estado infrator a reparar o dano causado.* Ora, como exposto, diante da implementação da decisão internacional, não cabe alegar coisa julgada, graças à separação do Direito interno e do Direito Internacional (RAMOS, 2012).

Também merece destaque o fato de que apenas situações gravíssimas são levadas a julgamento perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, haja vista que a Comissão Interamericana *(que exerce funções investigativas)* tem por responsabilidade selecionar os casos que preenchem os requisitos de admissibilidade previstos no arcabouço normativo internacional. Ademais, a própria Comissão deve tentar resolver o problema propondo soluções amistosas e emitindo relatórios e recomendações ao Estado.

Verifica-se, desta forma, que apenas casos excepcionalíssimos podem ser levados a julgamento perante a Corte Interamericana. Tanto é assim que o Estado brasileiro reconheceu a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana em 1998 e até o presente momento, após praticamente 18 anos, apenas cinco casos envolvendo o Estado brasileiro foram apreciados pelo tribunal internacional, resultando em quatro condenações.

Contudo, ocorrendo a condenação internacional tais decisões devem ser implementadas pelo próprio Estado-réu através do direito interno e dos órgãos e instituições nacionais:

> No caso brasileiro, a implementação dessas decisões é amplamente favorecida pelos dispositivos da Constituição vigente. Com efeito, cumpre observar que a Lei Suprema brasileira, a Constituição Federal, não é hostil À tribunais internacionais e em consequência disso *não repele a responsabilização internacional do Estado brasileiro por violação de seus compromissos internacionais*.
> Como vimos, o art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabelece o oposto, isto é, que o Brasil deve favorecer a criação de um Tribunal internacional de direitos humanos. Além disso, o art. 4º do corpo permanente da Constituição estabelece que a prevalência dos direitos humanos é princípio diretivo do Brasil em suas relações internacionais. Finalmente, dispõe o art. 5º, §2º, que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte (RAMOS, 2012).

Conforme leciona André de Carvalho Ramos foi a própria Constituição brasileira que projetou um Estado que propugna pelos Direitos Humanos na ordem internacional. Assim sendo, em uma interpretação sistemática da normatividade constitucional de 1988 o que se constata é a compatibilidade e possibilidade jurídica de convivência harmônica entre a jurisdição interna e a jurisdição internacional:

> Assim, verificamos a completa compatibilidade entre a nossa Constituição e as instâncias internacionais de proteção de direitos humanos. Com base neste enfoque constitucional favorável, cumpre analisar dois óbices à implementação interna de decisões internacionais ventiladas com frequência.
> O primeiro deles consiste na afirmação de que a supremacia de nosso Supremo Tribunal Federal impossibilita a implementação de decisão judicial internacional de responsabilização do Estado por violação de direitos humanos. Esta crítica não pode prosperar.
> De fato, sem considerar a literalidade do art. 7º das Disposições Transitórias de nossa Constituição, que expressamente faz menção a um tribunal internacional de direitos humanos, cumpre observar que *descabe* afirmar que, com o reconhecimento brasileiro de uma determinada jurisdição internacional, haveria uma *subordinação automática* de nosso Supremo Tribunal Federal ao órgão judicial internacional.
> Pelo contrário, não há *sombra* de subordinação de um órgão judicial nacional a outro internacional, mesmo quando o ato tido como violador de direitos humanos é uma decisão judicial interna. A decisão brasileira, por exemplo, é *atacada não como ato judicial, sujeito a impugnação e revisão, mas sim, como mero fato,* que será examinado à luz dos tratados internacionais para posterior responsabilização do Estado brasileiro.
> Não estaremos criando um Tribunal *superior* ao Supremo Tribunal Federal.
> O segundo óbice refere-se ao dogma da soberania do Estado brasileiro, levantado como empecilho à implementações daquelas decisões internacionais. Novamente, buscamos amparo na própria Constituição brasileira, que nos diversos dispositivos já mencionados, faz menção aos tratados de direitos humanos e às instâncias internacionais de proteção por eles engendradas.
> Desse modo, qualquer condenação internacional que vise a reparação de violações de direitos humanos está em consonância com o Estado

> Democrático brasileiro e com as instituições nacionais, já que a defesa de direitos fundamentais transpira por todos os poros da Constituição atual.
> Logo, deve-se sempre buscar superar eventuais obstáculos internos para a correta e rápida implementação do conteúdo do *decisum* internacional.
> Como consequência, é necessário que se analise os diferentes tipos de atos ensejadores da responsabilidade internacional do Estado e as soluções possíveis de nosso ordenamento para a total implementação das decisões internacionais que venham a condenar o Brasil por tais atos.
> A implementação interna da decisão internacional, superando todo óbice de direito interno, é o fecho final do ciclo da responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos.
> Imaginar que o nosso estudo termina na prolação da decisão internacional é deixar sem amparo doutrinário a vítima brasileira, que necessitará de meios para tornar realidade o disposto no texto da decisão internacional (RAMOS, 2012).

O que se depreende da análise ora realizada é que a sentença internacional condenatória ao Estado brasileiro se torna exequível através da atuação das instituições nacionais, em especial o próprio Poder Judiciário interno:

> Na medida em que exerce importante função do poder do Estado, cabe também ao Poder Judiciário a implementação das decisões internacionais que responsabilizarem o Brasil por violação de direitos humanos.
> A necessidade de implementação por via judicial ocorre quando os outros órgãos do Estado não cumprem *sponte proprioa* as decisões internacionais.
> Tal hipótese já foi examinada: na medida em que há omissão na implementação de decisão internacional relativa a ato do Poder Executivo ou do Poder Legislativo, é possível no caso brasileiro o recurso ao *Poder Judiciário* quer através de ação da própria vítima, quer através de ação do Ministério Público (RAMOS, 2012).

Entretanto, não será apenas através do Poder Judiciário que a decisão internacional condenatória será cumprida. Admite-se que o Poder Executivo também detém competência e legitimidade para executar a sentença prolatada:

> No caso, é possível a implementação do comando da sentença internacional *pelo próprio Poder Executivo,* pois o comando judicial interno não conflita com a decisão internacional (teoria do duplo controle vista acima). No caso de prisão indevida, caberia ao próprio Poder Executivo-Administrador Penitenciário o cumprimento da decisão internacional, por meio da soltura imediata do preso. No caso da inércia do Poder Executivo, bastaria a *provocação do Poder Judiciário pela vítima ou pelo Ministério Público*, por intermédio de ação cabível, tendo como fundamento a decisão internacional, para exigir seu imediato cumprimento.
> Com isso, cabe aos Tribunais locais a tomada de consciência da necessidade de implementação das decisões oriundas dos julgamentos internacionais contra o Estado brasileiro (em virtude de violações de direitos humanos). (RAMOS, 2012)

O fato da implementação da decisão internacional condenatória ser de responsabilidade das instituições internas competindo ao próprio Estado-réu materializar a sentença proferida reafirma a soberania estatal. Este é um ponto que revela a fragilidade do sistema internacional de proteção caso não haja cooperação do Estado, haja vista que se houver recusa estatal a dar cumprimento à sentença internacional a mesma não surtirá efeitos jurídicos e a violação ao direito humano levada a juízo se eternizará.

É exatamente este o ponto crucial do presente trabalho: Considerando a hipótese de ser o Estado brasileiro condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e o STF se manifestar sobre o mesmo caso em sentido contrário, qual das duas decisões prevalecerá?

> É claro que, para aqueles acostumados com as fórmulas de cumprimento de ordens judiciais internas (requisição de força policial, crime de desobediência etc.), a Corte de San José seria impotente, caso o STF, por exemplo, determine o descumprimento da sentença internacional.
> O poder de um Tribunal Internacional é de outro quilate. Em primeiro lugar, pode provocar o início de um lento processo de estabelecimento de sanções internacionais de direitos humanos. Mas, em especial, pode manter o Brasil – e o STF – no rol daqueles que desrespeitam os direitos humanos internacionais.
> No caso *Gomes Lund*, por exemplo, o Estado brasileiro deve apresentar à Corte Interamericana de Direitos Humanos, dentro do prazo de um ano da data da notificação da sentença condenatória (14 de dezembro de 2010), um relatório completo das medidas tomadas para o integral cumprimento dessa decisão. Caso o STF impeça o cumprimento de parte substancial da sentença (pela via de reclamação, do *habeas corpus* etc.), o Brasil será novamente responsabilizado, em um círculo vicioso sem fim.
> Devemos pensar que, no limite, o Poder Judiciário nacional também depende de legitimidade social. A erosão dessa legitimidade pela pecha de desrespeito a direitos humanos é um cenário extremamente grave para qualquer julgador, e, em especial, para a mais Alta Corte do Brasil.
> Esperamos que esse cenário terrível para os Tribunais de um país de democracia jovem não se concretize e o Brasil cumpra os comandos das sentenças internacionais de direitos humanos (RAMOS, 2012).

Wagner Menezes destaca este recente problema de colisão de decisões judiciais entre as jurisdições doméstica e internacional:

> Outro problema crescente e pouco discutido doutrinariamente e que é resultado da multiplicação de Corte Internacionais e da atribuição a elas de competência para julgar matérias antes consideradas de Direito Interno é o intricamento da relação das decisões e procedimentos das Cortes Internacionais com aquelas destinadas aos Tribunais Nacionais.
> Tal fenômeno contemporâneo é decorrente do aumento da interação entre regulamentação de regras nacionais que possuem dimensão de internacionalidade e, ao mesmo tempo, de normas internacionais com

> repercussão direta no espaço nacional, em uma troca entre o local e o global e vice-versa, interagindo em uma relação transnormativa. Nesse ambiente, os Tribunais Internacionais foram criados incorporando competência para julgar um conjunto de temas, muitas vezes com repercussão direta no plano interno dos Estados e, ainda, assumindo o papel de não só julgar Estados, mas também os indivíduos, antes submetidos somente à jurisdição doméstica (2013, P. 284-285).

No mesmo sentido Nereu José Giacomolli salienta a importância do diálogo entre Tribunais para que não se perpetuem incongruências por divergências jurisprudenciais:

> A ordem jurídica contemporânea clama pelo "diálogo das fontes" (Erik Jayme e Mazzuoli), pelo inter-relacionamento dialógico, na perspectiva da simbiose e não da exclusão, com um diálogo que permita a comunicação entre os sujeitos, as instituições além-fronteiras, de forma aberta e democrática, rejeitando-se os totalitarismos e imperialismos dominantes e de verdade única. Nessa perspectiva se inclui o "diálogo das fontes". Evolui-se, paulatinamente, da restrição da incidência da normatividade internacional às relações entre Estados – *domestic affair* – à necessidade de efetivação dos direitos fundamentais e humanos na perspectiva da cidadania – *international concern* (GOMES, MAZZUOLI, 2012, p. 290). A abertura às Cortes e às fontes internacionais propicia o diálogo normativo e jurisdicional, a incorporação de novos paradigmas e perspectivas de desenvolvimento do devido processo. Percepctível e factível a dinâmica dialogada entre as ordens normativas interna, regional e internacional, pois "existe uma intrínseca inter-relação entre a análise do direito internacional e do direito interno", como assentou a CIDH no *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México (2010)*. Ademais, como afirma Feldens (2008, p. 100) "existe uma intrínseca inter-relação entre a análise do direito internacional e do direito interno" (2014, p. 33)

Conforme se verificou no capítulo anterior já existe uma hipótese de conflito entre decisões do STF e da Corte Interamericana, qual seja: A questão da validade jurídica da Lei de Anistia brasileira (Lei nº 6.683/1979).

Enquanto o STF validou como constitucional a mencionada lei de anistia na ADPF 153, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu que a mesma lei carece de feitos jurídicos no julgamento do Caso Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia vs. Brasil).

Atualmente tem prevalecido o entendimento do STF, cabendo, inclusive, reclamação constitucional diretamente ao Supremo para que seja respeitada a autoridade da decisão da Suprema Corte.

Esta postura do STF de ignorar a sentença internacional prolatada resulta em total inexigibilidade do *decisum* internacional. Em termos práticos, enquanto estiver vigente a decisão do Supremo, a sentença internacional não tem aplicação.

Conclui-se que por um posicionamento firmado pelo Tribunal Constitucional o Estado brasileiro descumpre um compromisso internacionalmente assumido e pode ser novamente responsabilizado pela recalcitrância e não cumprimento da sentença internacional prolatada.

Para a jurisprudência internacional é pacífico o entendimento de que as sentenças prolatadas por tribunais internacionais de direitos humanos podem, inclusive, contestar decisões judiciais, ainda que proferidas pela Suprema Corte, quando estas se revelam violações aos direitos humanos:

> A jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos reconhece a necessidade de implementação da decisão internacional, mesmo quando o ato local impugnado é decisão judicial. No caso do jornal *Sunday*, a Corte Europeia de Direitos Humanos apreciou e considerou violatória à Convenção Europeia de Direitos Humanos decisão da *House of Lords*. Outra decisão de destaque foi proferida no caso *Open Door and Dublin Well Woman*, no qual a Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu ser violatória ao direito à informação protegido na Convenção Europeia de Direitos Humanos, uma decisão da Suprema Corte Constitucional irlandesa. No âmbito criminal, no caso *Grigoriades*, a Corte Europeia de Direitos Humanos considerou contrária ao artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos a condenação de militar pelo crime de injúria contra as Forças Armadas.
> (...)
> No mesmo diapasão está a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. No caso *Loazya Tamayo*, a Corte Interamericana considerou violatória da Convenção Americana de Direitos Humanos decisão judicial de tribunal militar, obrigando o Estado peruano a anular as decisões judiciais e libertar a condenada (RAMOS, 2012).

André de Carvalho Ramos destaca que na Europa o problema da implementação de decisões internacionais em choque com decisões judiciais internas já tem sido enfrentado chegando-se, inclusive, a uma releitura do instituto da ação rescisória:

> Na europa, a preocupação de implementar decisões internacionais em choque com decisões judiciais internas tem suscitado o estudo do *uso de instrumentos similares à ação rescisória*. Com efeito, a ação rescisória possibilitaria a revisão de decisões judiciais internas conflitantes com decisões em sede de responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos.
> Ruiz Miguel, em face do conflito entre as decisões judiciais internacionais e internas, sugere a adoção de um recurso de nulidade da sentença interna ou a ampliação dos fundamentos de rescisão da mesma.
>
> Com a inclusão da existência de decisão internacional (por exemplo, sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos) como *nova* hipótese de cabimento da ação rescisória, superar-se-ia a possível

> impossibilidade de fazer cumprir decisão internacional em face do princípio interno do respeito à coisa julgada. Entretanto, apesar de ser possível tal via, consideramos *não ser necessária* a modificação legislativa dos dispositivos que regem a ação rescisória, ou, no caso penal, a revisão criminal.
> Isso porque não cabe alegar *coisa julgada* como justificativa para a não implementação de decisão internacional, já que a decisão internacional é simplesmente a constatação da responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos, devendo o Estado, por mandamento constitucional e legal interno, implementar a citada sentença.
> Assim, em face do ordenamento jurídico brasileiro, as eventuais sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos prescindem da rescisão ou mesmo declaração de nulidade de sentença judicial interna. No plano estritamente formal, a sentença internacional não rescinde nem reforma ato judicial interno, já que inexiste, como apontado, hierarquia funcional entre os tribunais internos e internacionais. A sentença da Corte IDF, como vimos no *Caso Gomes Lund* acima, deve ser cumprida, como decorrência dos comandos constitucionais do art. 5º, §§ 2º e 3º e 77º, do ADCT (2012).

Entende o jurista que mesmo em casos mais extremos em que a decisão judicial interna já tenha transitado em julgado, ainda assim deve prevalecer a decisão internacional:

> Há, entretanto, uma espécie de ato estatal, que, se violatório de direitos humanos, pode suscitar dúvidas sobre sua correta implementação. É o caso da decisão judicial transitada em julgado, que tenha sido considerada uma *violação dos direitos humanos internacionalmente protegidos.* Assim, devemos aproveitar essa parte do estudo para explicitar o modo de superar quaisquer dúvidas sobre essa questão.
> Como todo ato estatal, a decisão judicial transitada em julgado é passível de ser analisada pelos órgãos internacionais quanto a sua *compatibilidade* com os dispositivos do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Caso a decisão judicial local seja considerada violatória dos direitos humanos protegidos, *deve haver o imediato cumprimento da decisão internacional,* reparando o dano causado.
> Todavia, é necessário que se assinale, de maneira clara, que, para o Direito Internacional, há a constatação da responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos por qualquer fato imputável ao Estado, quer judicial ou não, *devendo o Estado implementar a reparação* porventura acordada.
> Logo, o órgão internacional que constata a responsabilidade internacional do Estado *não possui o caráter de um tribunal de apelação ou cassação, contra o qual pode ser oposta a exceção da coisa julgada.* Por isso, a defesa brasileira nesses processos internacionais *não* pode repousar nesse tipo de argumento. Aliás, como vimos, a Corte IDH indeferiu o pedido brasileiro de extinção do processo interamericano em virtude da decisão final do STF na ADPF 153 (RAMOS, 2012).

Wagner Menezes pontua inexistir conflito de competência entre as jurisdições internas e internacionais, haja vista que cada uma tem função específica e uma função de juridicidade independente (2013, p. 286). Prosseguindo nesta análise o jurista profere valiosa lição:

> Também não existe uma relação de hierarquia entre Cortes Internacionais e Cortes Nacionais, pois ambas estão estruturadas dentro de quadros formais e sistemáticos normativos distintos, e têm seu poder jurisdicional derivado de diferentes graus da soberania. Os Tribunais Internacionais estão baseados na expressão de vontade do Estado no plano internacional, responsabilizando-se pelos compromissos normativos assumidos a partir da celebração de tratados e princípios internacionais. As Cortes Nacionais, por sua vez, são expressão de juridicidade do Estado, mas nos limites de seu território e destinadas aos seus jurisdicionados. O que deve existir é coordenação e complementariedade.
> Não cabe a uma Corte Nacional examinar a decisão de uma Corte Internacional ou seus pré-requisitos, pois lhe falta pressuposto formal, sendo que não lhe foi concedida jurisdição para tal, possuindo apenas jurisdição interna, que não ultrapassa os limites territoriais do Estado. Quando muito poderia velar pelo bom cumprimento dos atos processuais ou procedimentais das Cortes Internacionais.
> As decisões de uma Corte Internacional são derivadas de um juízo de admissibilidade anterior, quando o Estado ratificou o tratado de adesão ao Tribunal, se submetendo às suas regras. Quando o Estado adere a um Tribunal ele naturalmente considera a submissão ao tribunal das regras internas, e, se faz isso previamente, não tem porque questionar os atos processuais derivados do Tribunal, pois foi expressão pura da vontade do Estado.
> Existe, por isso, uma concentricidade axiológica por onde se dá a sinapse entre a atuação dos Tribunais Internacionais e Nacionais, permitindo a fluidez na transmissão de jurisdição, no sentido de que o judiciário nacional deve garantir que as decisões e procedimentos adotados no plano internacional sejam efetivados, por serem eles expressão da vontade do Estado do qual emana o dever jurisdicional interno (2013, p. 287).

Observa-se, assim, que as consequências jurídicas para o conflito de decisões são de duas ordens:

a. *Consequências para o Direito Interno:* Caso o STF mantenha uma decisão conflitante com uma sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos prevalecerá a decisão do Supremo, sendo que a decisão internacional se torna, em termos práticos, inaplicável;

b. *Consequências para o Direito internacional:* O inadimplemento de uma sentença internacional acarreta consequências políticas *(desprestígio perante a comunidade internacional)* e jurídicas *(possibilidade de nova condenação pela não materialização da decisão internacional)* desfavoráveis ao Estado brasileiro.

Ocorre que este entendimento reduz a proteção aos direitos humanos, haja vista que o comportamento de órgãos estatais internos acaba por anular o poder jurisdicional da Corte Interamericana. Nesse sentido Wagner Menezes pontua que:

> Ademais, quando um Estado se submete à jurisdição de uma determinada Corte, ele não está só aceitando suas sentenças, mas se comprometendo previamente com os dispositivos de seu funcionamento. Compromete-se, também, em dar validade e eficácia aos seus procedimentos, assumindo, por conseguinte, compromisso que abrange a todos os seus jurisdicionados à medida que sejam responsáveis igualmente por seus compromissos. Se essa não for a ideia, melhor que o Estado não se sujeite à jurisdição de um Tribunal Internacional (2013, p. 288).

Constata-se, diante de todo o exposto, que se faz necessária uma ampla reforma jurídica e cultural para que a Corte Interamericana de Direitos Humanos possa atuar em conjunto com o Supremo Tribunal Federal na defesa dos Direitos Humanos no Brasil.

Ao criticar o que denomina de "governo dos juízes[98]" pondera Dallari que a primeira grande reforma que deve ocorrer no Judiciário, e sem dúvida a mais importante de todas, é a mudança de mentalidade (2010, p. 84).

Esta reforma se inicia com a revisão pelo STF do *status* normativo da Convenção Americana erigindo o mencionado diploma ao bloco de constitucionalidade brasileiro; ou até mesmo através do Poder Legislativo ao provocar nova votação no Congresso Nacional para, após aprovação no *quórum* previsto no art. 5º, §3º, consolidar o *status* normativo constitucional a este tratado internacional.

Num segundo momento caberia ao Poder Legislativo atuar fazendo uma ampla verificação de quais dispositivos normativos existentes no ordenamento jurídico brasileiro são incompatíveis com a Convenção Americana, ajustando-se, através de reformas legislativas tais incongruências. Vale lembrar que tal procedimento já deveria ter sido feito em momento anterior a ratificação do tratado.

A título de exemplo seria necessário uma Emenda Constitucional para retirar a competência penal originária do STF, a fim de que se respeite a Convenção

[98] A expressão "governo dos juízes" não é considerada um despropósito nos Estados Unidos da América, onde o papel político dos juízes está implícito na organização constitucional dos Poderes e onde, mais do que isso, a influência política do Judiciário é tão grande que é possível falar-se numa "revolução constitucional" promovida pelos juízes. (DALLARI, 2010, p. 95)

Americana que determina o duplo grau de jurisdição como garantia processual penal. Caso isto não ocorra permanecer-se-á com o fenômeno atualmente existente de *normas constitucionais inconvencionais.*

Evidente, contudo, a imensa dificuldade em retirar competências do STF, haja vista que, conforme ocorreu na Assembleia Constituinte que elaborou a atual Constituição, o Supremo Tribunal tem feito todos os esforços políticos e jurídicos necessários para permanecer "supremo" e soberano no Poder Judiciário brasileiro:

> Ao ser elaborada a atual Constituição, foi proposta à Assembleia Nacional Constituinte a criação de um Tribunal Constitucional, o que tornaria possível um tratamento muito mais eficiente do controle da constitucionalidade das leis e dos atos de autoridades públicas, bem como a promoção da responsabilidade dos que praticassem atos contrários à Constituição. Entretanto, por entender que assim perderia sua principal atribuição e, em consequência, grande parte do prestígio de que goza desde sua instituição, em 1891, o Supremo Tribunal Federal fez oposição cerrada a essa ideia e atuou intensamente junto aos constituintes, conseguindo, assim, impedir a criação daquele tribunal.
> Desse modo, manteve sua condição de Tribunal Constitucional, mas tal competência ficou sendo apenas mais uma entre as várias que a Constituição lhe outorgou. Além disso, nem o Supremo Tribunal nem qualquer outro recebeu competência para a promoção da responsabilidade de quem praticar ato inconstitucional, o que tem contribuído para que muitas autoridades pratiquem inconstitucionalidades manifestas e reiteradas, sujeitando-se apenas à hipótese de revogação de seus atos. O que se pode concluir disso é que, se fossem retiradas do Supremo Tribunal Federal as demais competências, deixando-lhe o controla da constitucionalidade, haveria muitas vantagens, pois suas pautas não estariam mais sobrecarregadas; ele poderia, com rapidez e eficiência, atuar como verdadeiro guarda da Constituição, impedindo a vigência de leis e atos inconstitucionais e responsabilizando os agressores da normalidade constitucional; e o Brasil poderia ter, afinal, uma Constituição efetivamente vigente e respeitada, o que contribuiria para a estabilidade política e a superação das injustiças sociais (2010, 113-114).

Embora a Corte Constitucional mantenha este posicionamento, sua jurisprudência está se tornando anacrônica e obsoleta frente a nova realidade existente. J. J. Gomes Canotilho alerta para a necessidade de atualização da ciência política e da hermenêutica constitucional para recepcionar o fenômeno da internalização de normas internacionais:

> Qualquer "patriotismo constitucional" será, aqui, um sentimento débil, pois, com a recusa e rejeição, por parte dos Estados, de uma "soberania nacional" e de um "poder soberano exclusivo", também a magna carta de um país perde uma parte de seu simbolismo, da sua força normativa e do seu papel identificador. A "internacionalização" e a "europeização", no caso português, e a internacionalização e a "mercosulização", no contexto do

> Brasil, tornam evidente a transformação das ordens jurídicas nacionais em ordens jurídicas parciais, nas quais as constituições são relegadas para um plano mais modesto de “leis fundamentais regionais”. Mesmo que as constituições continuem a ser simbolicamente a *magna carta da identidade nacional*, a sua *força normativa* terá parcialmente de ceder perante novos fenótipos político-organizatórios, e adequar-se, no plano político e no plano normativo, aos esquemas regulativos das novas “associações abertas de estados nacionais abertos”. (2012, p. 109-110)

Prossegue o renomado jurista português com sua contundente crítica ao afirmar que o direito constitucional contemporâneo se tornou um “direito de restos” ou “Direito de resto do Estado”, haja vista que o ente estatal já não mais monopoliza as atividades jurisdicionais no âmbito interno, cedendo espaço para organizações supranacionais:

> O direito constitucional é um << direito de restos >>. << Direito de resto do Estado >>, depois da transferência de competências e atribuições deste, a favor de organizações supranacionais (União Europeia, Mercosul). Direito do resto do << nacionalismo jurídico>>, depois das consistentes e persistentes internacionalização e globalização terem reduzido o Estado a um simples << herói do local >> (CANOTILHO, 2012, p. 185)

Canotilho ressalta a importância desta transição paradigmática que resultou na perda da centralidade jurídico-política do Direito Constitucional contemporâneo:

> Naturalmente, o direito constitucional também não fugiu a este processo de subordinação: deixou de ser uma disciplina dirigente para se volver em disciplina dirigida. Em vez de gravitar sobre si próprio, ganhando neste movimento de rotação os seus campos de atracção autónomos, passou a fazer figura de satélite artificial dirigido. É obvio que o direito sempre foi influenciado pelos paradigmas dominantes em cada época. O que se nos afigura, porém, característico do direito constitucional finissecular é a sua inquestionável perda de centralidade jurídico-política. (2012, p. 184)

Embora o Brasil ainda não esteja inserido em um ambiente internacional regido pelo Direito Comunitário, a exemplo do que atualmente ocorre com os países do continente europeu, as influências deste novo paradigma afetaram institutos clássicos do Direito Público, notadamente o Direito Constitucional. Para Canotilho actualmente, é dominante a tese da primazia do direito comunitário (2003, p. 825). Tal constatação evidencia a revolução teórica enfrentada pelo Estado moderno que passa a encarar uma “crise de identidade” frente aos novos institutos criados pelo bloco comunitário de nações.

> Os tratados institutivos das comunidades europeias e as disposições comunitárias dotadas de aplicabilidade directa constituem, com a adesão de Portugal à ordem jurídica comunitária, uma nova *fonte normativa* da ordem jurídico-constitucional portuguesa, em posição separada relativamente aos actos legislativos internos, podendo "desbancar" ou afastar estes com base nos *princípios da especialidade* e da *competência prevalente*. Por outras palavras: a normativa comunitária tem preferência ou *prioridade aplicativa* relativamente à legislação estatal. (CANOTILHO, 2003, p. 825)

Tanto é assim que embora encontre fortíssima resistência na jurisprudência do STF, o entendimento de que normas internacionais podem anular o Direito interno já se tornou comum no continente europeu:

> No entanto, os juízes devem também valorar a compatibilidade entre as leis comunitárias e as leis portuguesas, fazendo prevalecer as primeiras sobre as segundas, independentemente da relação de sucessão de leis no tempo. Aqui, os juízes portugueses julgarão inaplicáveis as normas internas conflitantes com as normas comunitárias (cfr. LTC, arts. 70.º/1/*c* e 71.º/2). Neste sentido, o Tribunal de Justiça da Comunidade tem sistematicamente repetido que o juiz nacional encarregado de aplicar, no âmbito de sua competência, as disposições de direito comunitário, deve garantir a plena eficácia dessas normas, desaplicando qualquer disposição contrastante da legislação nacional mesmo posterior. O **princípio da aplicação preferente** *(Anwendungsvorrang)* exigirá, pois, a não aplicação da norma jurídica nacional e a aplicação da norma comunitária com ela colidente na solução de um caso pelo juiz ou pela administração. (CANOTILHO, 2003, p. 828)

Fundamentos teóricos que por séculos alicerçaram o Estado contemporâneo ora são objeto de releitura e perdem espaço significativo na dogmática constitucional, a exemplo do princípio-matriz do constitucionalismo clássico, qual seja, a supremacia da Constituição:

> A posição das normas comunitárias na hierarquia das fontes é, como se viu atrás, uma posição cimeira. O *princípio da prevalência do direito comunitário* começou por levantar fortes dúvidas em relação ao direito constitucional. Os argumentos principais contra tal supremacia do direito comunitário eram os seguintes: (a) a supremacia do direito comunitário perante a Constituição tornaria supérfluas as próprias constituições; (b) a eficácia derrogatória, modificativa ou revogatória das normas da UE sobre as normas da CRP equivalia ao reconhecimento de um processo apócrifo de revisão contra as próprias normas constitucionais; (c) a supremacia do direito comunitário sobre o direito constitucional justificativa, em último caso, a possibilidade de superação dos limites materiais de revisão, violando abertamente o art. 288.º da CRP. (CANOTILHO, 2003, p. 825-826).

Torna-se compreensível o fato dos tribunais constitucionais dos países europeus desenvolverem jurisprudência mais avançada sobre a matéria, haja vista que no momento em que tais países passam a integrar uma nova ordem econômica e comunitária – *inclusive aceitando a jurisdição do Tribunal da União Europeia* – dogmas que sustentavam a soberania absoluta do Estado e a supremacia da Constituição caem por terra:

> No actual contexto da convenção de uma << constituição para a Europa>>, assiste-se a uma espécie de *procedimento constituinte evolutivo* que: (1) obriga a alterações formais das constituições dos Estados-membros; (2) produz << revisões não convencionais >> no direito constitucional nacional (ex.: alteração da constituição económica em virtude da aplicação da <<constituição económica europeia>>). Se o processo constituinte coletivo europeu é, simultaneamente, um processo constituinte dos Estados-Membros, o direito primário dos Tratados acaba, de facto e de direito, por se impor ao direito constitucional interno. Isto não significa que não haja limites a uma eventual *supremacia* e preferência de aplicação de normas comunitárias em relação a normas constitucionais. Desde logo, tratar-se-á sempre de aplicação preferente mas não de *preeminência* quanto à validade (cfr. Porém, o art. 10.º do Projecto de Constituição Europeia). Os preceitos constitucionais internos incompatíveis com normas comunitárias não são nulos ou anuláveis, mas apenas *inaplicáveis* no caso concreto. Em segundo lugar, as normas europeias não poderão transportar <<revoluções internas>> a ponto de subverter os *princípios constitucionais materialmente irreversíveis*. Estes condensam a identidade da ordem constitucional portuguesa e nem sempre <<estão à disposição do legislador de revisão>> (CANOTILHO, 2003, p. 826-827).

O próprio fenômeno do controle de constitucionalidade também foi impactado por esta nova realidade uma vez que a Constituição teve que ceder espaço ao “bloco europeu de juridicidade e de legalidade”:

> O parâmetro de controlo não se reduz, hoje, ao *parâmetro da constitucionalidade e da legalidade reforçada*. É necessário ainda introduzir o **bloco europeu de juridicidade e de legalidade**. Por **bloco de juridicidade e de legalidade** entende-se o complexo de regras e princípios (cf. TUE, art. 6) positivado nos tratados e noutras normas comunitárias. Estas regras e princípios comunitários constituem basicamente o **direito** comunitário cujo respeito e garantia é assegurado pelo Tribunal de Justiça da Comunidade (TUE, art. 220). Releve-se, de novo, que ele é dotado de aplicabilidade imediata na ordem jurídica dos Estados-membros e beneficia de primazia de aplicação. Estas duas notas – aplicabilidade imediata e primazia de aplicação – sugerem que no espaço jurídico interno figura agora um novo *parâmetro de controlo*: o parâmetro constituído pelo **bloco de juridicidade e legalidade comunitário.** Existe assim uma nova *medida,* um novo *parâmetro* de controlo, para os actos normativos interna e comunitariamente relevantes. A execução/concretização da primazia de aplicação do direito comunitário obriga as autoridades e tribunais nacionais a, no caso de conflito entre o direito interno e o direito comunitário, darem prevalência a este último. O *dever de interpretação* do direito nacional em conformidade com o direito comunitário e o *dever oficioso de não aplicação*

> do direito interno desconforme com o direito comunitário constituem os dois instrumentos metódicos básicos para assegurarem o primado de aplicação do direito comunitário e defender o bloco de juridicidade e legalidade comunitária (CANOTILHO, 2003, p. 930)

Observa-se, diante destes argumentos, que um entendimento há muito tempo pacífico na Europa ainda permanece conturbado no Brasil.

Alcança-se a percepção diante destes argumentos, que o atual entendimento do STF não acompanha a tendência europeia de convivência harmônica e necessária entre o direito internacional e o direito doméstico. Exatamente por isso não se encontra um atraso interpretativo deste porte quando se analisa o funcionamento e atuação da Corte Europeia de Direitos Humanos.

Constata-se, assim, que em eventual conflito de decisões entre o STF e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso a Corte Suprema continue por anular as decisões internacionais as consequências jurídicas resultam em menor proteção aos direitos humanos das pessoas que estejam sob a jurisdição do Estado brasileiro.

É lamentável que em tempos de tanta facilidade e velocidade de comunicação o STF permaneça com um entendimento jurisprudencial que contrarie o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Não se trata de medir forças entre o Estado e a Corte Internacional, mas em possibilitar a mais ampla proteção jurídica ao ser humano, principalmente quando o Estado é o principal violador de sua dignidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os argumentos expostos no presente trabalho demonstram que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro necessita urgentemente ser revisada para que se adeque ao Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Constatou-se, através da análise histórica, que a acidentada trajetória constitucional, bem como a tumultuada formação do Estado brasileiro explicam a resistência do Supremo Tribunal Federal em adotar posturas mais progressistas em matéria de direito internacional dos direitos humanos.

Jovem democracia e constitucionalismo efetivo recente são indicadores que explicam o conservadorismo da Corte Constitucional e a relutância em reconhecer uma transição paradigmática que relativize conceitos clássicos a exemplo da supremacia constitucional e soberania do Estado.

O exame da conjuntura política e jurídica dos últimos 30 anos demonstra que o Estado brasileiro ratificou tratados internacionais de proteção a direitos humanos e se submeteu à jurisdição da Corte Interamericana sem refletir sobre o real significado das responsabilidades e compromissos assumidos. E exatamente por isto, após se comprometer na ordem internacional, de forma absolutamente injustificável não tem aceitado as regras do jogo do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos.

O conflito de decisões entre o Tribunal Constitucional e a Corte Interamericana é resultado da falta de diálogo de fontes e diálogo de Cortes, sendo que parcela considerável dos constitucionalistas brasileiros tem optado por adotar postura divorciada das tendências provenientes do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Comunitário europeu firmando um entendimento hostil aos tratados e decisões judiciais internacionais quando ameaçam a autoridade constitucional.

O que se está a ignorar é que o maior prejudicado por esta batalha interpretativa é o próprio povo brasileiro que passa a ser tolhido de uma segunda e complementar proteção jurisdicional proveniente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Aliás, segunda proteção esta que pode ser buscada quando o próprio Estado é o agente violador de direitos humanos.

Atos do Chefe de Estado referendados pelo Congresso Nacional são ignorados pelo Tribunal de cúpula do Poder Judiciário brasileiro. Toda legitimidade democrática proveniente deste conjunto de atos entre Presidente da República, Deputados e Senadores passa a ser anulado por alguns Ministros do STF.

Ainda que se reconheça a importância da função contramajoritária do Tribunal, tal função se presta a assegurar direitos fundamentais e proteger minorias, exatamente o contrário do que ocorre com a consolidação do atual entendimento firmado em que se nega reconhecimento a autoridade de convenções ou decisões internacionais quando conflitantes com o entendimento do próprio STF.

Caso permaneça a orientação de que o STF pode fazer controle de constitucionalidade sobre a Convenção Americana – *o que é impensável para os internacionalistas* –, bem como das decisões da Corte Interamericana, se perpetuará a inversão da lógica do Direito Internacional dos Direitos Humanos, pois estar-se-á procedendo a uma interpretação nacional dos tratados internacionais, o que não se pode admitir.

O desprestígio perante a comunidade internacional é a principal consequência política do não cumprimento de tratados e decisões internacionais. No campo jurídico o STF apequena a proteção aos direitos humanos fundamentais de seus jurisdicionados e viola o princípio do acesso à justiça internacional, haja vista que um brasileiro pode esperar durante anos um julgamento perante a Corte Interamericana e ao conseguir provimento ao seu pedido terá uma sentença que não passará de um pedaço de papel caso contrarie o entendimento do STF.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos já conquistou autonomia e independência e não se pode negar que há possibilidade de o próprio Supremo Tribunal Federal ser considerado o agente estatal violador dos direitos humanos. Caso não respeite à Convenção Americana e a autoridade das sentenças do tribunal internacional é exatamente isto que ocorrerá.

Conforme se comprovou, na hipótese de competência penal originária do STF em que se impede o acesso ao acusado de obter o duplo grau de jurisdição, é o próprio Supremo Tribunal que figurará como agente estatal violador dos direitos humanos conduzindo o Estado brasileiro ao banco dos réus perante a Corte Interamericana. Ademais, por tal previsão (competência penal originária) estar prevista na Constituição brasileira, tem-se o fenômeno das normas constitucionais

inconvencionais, o que também reforça o descumprimento à Convenção Americana, em especial em seus artigos 1º e 2º.

Buscando subsídios na mitologia pode-se afirmar que o Supremo Tribunal atualmente se comporta como Narciso e Medusa.

Narciso por somente enxergar sua própria Constituição e não compreender que esta postura faz com que o Estado descumpra o que pactuou na esfera internacional. Por somente encontrar méritos em sua própria imagem, o STF anula a autoridade da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Medusa porque sempre que a Convenção Americana ou sentenças da Corte Interamericana são contrárias ao entendimento do Supremo, o simples olhar dos Ministros brasileiros petrifica a normatividade internacional, tornando-a inaplicável.

Esta interpretação conservadora, é considerada pela corrente internacionalista como anacrônica e obsoleta necessitando ser urgentemente superada para que se instale no Estado brasileiro uma plena jurisdição internacional de proteção aos Direitos Humanos.

A possibilidade de acionar a Corte Interamericana de Direitos Humanos é essencial em momentos de crises políticas e, principalmente, como função preventiva para se evitar golpes de Estado e implantação de governos ditatoriais.

Está-se a tratar da possibilidade real de eternização da impunidade pelas violações de direitos humanos produzidas pelo próprio Estado ao não se respeitar a normatividade internacional previamente aderida.

Por tudo que se expôs nítida está a inconsistência das razões e fundamentos do STF para desrespeitar a autoridade das sentenças da Corte Interamericana em eventual conflito de decisões. Reconhece-se que o STF tem nas últimas décadas assumido o protagonismo na proteção dos direitos fundamentais. Mas também é notório que o Tribunal Constitucional precisa dialogar com a Corte Interamericana. Isto não significa deixar de ser “supremo”, ao revés, além de simbolizar o amadurecimento e integral respeito aos direitos humanos, estará a Suprema Corte brasileira conciliando os paradigmas do constitucionalismo e do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Esta “casa de fazer destinos” precisa apenas efetuar alguns ajustes hermenêuticos para cooperar com a jurisdição internacional, mas, ainda assim, permanecerá sendo a guardiã dos valores fundamentais da República e do Estado Democrático de Direito. O que se busca não é medir, mas somar esforços pela

máxima proteção a dignidade da pessoa humana. Como potência mundial que é e liderança política que almeja ser, cabe ao Brasil ser exemplo na ordem internacional por cumprir seus compromissos e ser garantidor dos direitos humanos a qualquer pessoa que esteja sob sua jurisdição. Ademais, é a própria Constituição brasileira em seu artigo 4º, II que assim orienta o agir estatal.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e participação popular:** a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental. Curitiba: Juruá, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo parasitário.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2010.

_____. **Tempos líquidos.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2007.

_____. **Globalização: as consequências humanas.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 1999.

BERGOGLIO, Jorge Mário. SKORKA, Abraham. **Sobre o céu e a terra**. São Paulo: Schwaecz S.A., 2013.

BERNARDI, Renato. LAZARI, Rafael José Nadim de. **Ensaios escolhidos de Direito Constitucional.** Brasília: Kiron, 2013.

BEZERRA DE MENEZES, Adolfo. **A escravidão no brasil e as medidas que convem tomar para extinguil-a sem damno para a nação.** Rio de Janeiro: Typ. Profresso, 1869.

BOBBIO, Norberto. **Estado governo sociedade**: para uma teoria geral da política. 14ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 2007.

_____. **Dicionário de política.** 11ª ed. Brasília: Editora UnB. 1998.

_____. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____, **"Brancosos" e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional.** 2ª ed., Coimbra: Almedina. 2012.

CARDOSO, Fernando Henrique. **Capitalismo e escravidão no brasil meridional: o negro na sociedade escravocrata do rio grande do sul.** 4ª ed.. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

CARVALHO, José Murilo de. **Os bestializados. O rio de janeiro e a república que não foi.** São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo***.* 26ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2010.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de Constitucionalidade:** Teoria e prática. 4ª ed., Salvador: JusPodivm, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **A constituição na vida dos povos: da idade média ao século xxi.** São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **O poder dos juízes**. 3ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIMOULIS, Dimitri (Coord.). **Dicionário brasileiro de direito constitucional**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro.** 3ª ed. Globo Editora, 2001.

FAUSTO, Boris. **História do brasil.** 12ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006.

FREIRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. 48ª ed. São Paulo: Global Editora, 2003.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a constituição federal e o pacto de são josé da costa rica.** São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES, Laurentino. **1889: como um imperador cansado, um marechal vaidoso e um professor injustiçado contribuíram para o fim da monarquia e a proclamação da república no brasil.** São Paulo: Globo, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos:** Pacto de San José da Costa Rica. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Direito supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

GUERRA, Sidney. **Direito internacional dos direitos humanos.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional.** São Paulo: Saraiva / Brasília: Editora IDP, 2009.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do brasil.** 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** 5ª Edição, São Paulo: Editora Perspectiva S. A. 1998.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história. Lições introdutórias.** 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo judicial**: limites institucionais democráticos e constitucionais. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano***.* Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MARTINS, Ives Grandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. NASCIMENTO, Carlos Vader do. **Tratado de direito constitucional**. Vol. 1. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

_____. **Os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos: uma análise comparativa dos sistemas interamericano, europeu e africano.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

_____. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno.** São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional***.* 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de direito e jurisdição constitucional: 2002 - 2010**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENEZES, Wagner. **Tribunais internacionais: jurisdição e competência***.* São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRANDA, Jorge. **Curso de direito internacional público: uma visão sistemática do direito internacional nos dias atuais***.* 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Teoria do estado e da constituição.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
_____. **Manual de Direito Constitucional: constituição, tomo II**, 7ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Método, 2012.

PESSOA DA SILVA, José Eloy. **Memoria sobre a escravatura e projecto de colonisação dos europeos, e pretos da africa no império do brazil.** Rio de Janeiro: Imperial Typographia de Plancher, impressor-livreiro de sua magestade imperial, 1826.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado***.* 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

PRADO JÚNIOR, Caio. **Evolução política do brasil e outros estudos.** São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva. 2014.

_____ **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013

_____ **Processo internacional de direitos humanos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RICCITELLI, Antonio. **Direito Constitucional:** Teoria do Estado e da Constituição. 4ª ed. Barueri: Manole, 2007.

ROCHA, Luiz Alberto G. S. **Estado, democracia e globalização.** Rio de Janeiro: Forense. 2008.

SANDEL, Michael. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2012.

SANTIN, Valter Foleto. **Controle judicial da segurança pública**: Eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime. 2ª ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência.** 4ª ed. São Paulo: Cortez Editora, 2002.

_____. **O direito dos oprimidos.** São Paulo: Cortez Editora, 2014.

_____. **Os direitos humanos na pós-modernidade.** Oficina nº10, Junho de 1989, disponível em: https://www.ces.uc.pt/myces/.../1097_Oficina%20do%20CES_10.pdf acesso em outubro de 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilher, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCHWARZ, Lilia M. STARLING, Heloisa M. **Brasil: uma biografia.** São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SILVA, José Afonso. **O constitucionalismo brasil: evolução institucional.** São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Manual do Poder Judiciário Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo tribunal federal: jurisprudência política**. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Recurso Extraordinário 71154/PR, Min. Rel. Oswaldo Trigueiro, julgado em 04 de agosto de 1971.

Recurso Extraordinário nº 80.004/SE, Ministro Relator Xavier de Albuquerque, julgado em 1º de junho de 1977.

Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 79.785, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 29-3-2000, Plenário, *DJ* de 22-11-2002.)

Ação Direta de Inconstitucionalidade 595/ES, Rel. Min. Celso de Mello, julgada em 11 de março de 2004.

Agravo de Instrumento 529.733, voto do Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 17-10-2006.

Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso e o **Recurso Extraordinário nº 349.703/RS**, Rel. orig. Min. Ilmar Galvão. Julgado em 22 de novembro de 2006.

Ação Penal 470/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgada em 06 de fevereiro de 2009.

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153/DF, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29 de abril de 2010.

Recurso Especial 453.000, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado pelo STF em 04 de abril de 2013.

DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Caso Loyaza Tamayo vs. Perú, sentença de 17 de setembro de 1997.
Disponível em:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf

Caso "La última tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, sentença de 05 de fevereiro de 2001.

Caso Barrios Altos vs. Perú*,* sentença de 14 de março de 2001.
Disponível em:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf

Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentença de 26 de setembro de 2006.
Disponível em:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil, sentença de 24 de novembro de 2010.
Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf