UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
Credenciada pelo Decreto Estadual nº 3.909, publicado no D.O.E. nº 7.861, de 1º-12-2008
***CAMPUS* JACAREZINHO**
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA
Recomendado pela Portaria do MEC nº 524, de 29 de abril de 2008

FRANCISCO ANTONIO NIERI MATTOSINHO

Responsabilidade convencional

Implementação, promoção e defesa dos direitos humanos no Brasil a partir da supraconstitucionalidade dos tratados

JACAREZINHO –PR
2016

FRANCISCO ANTONIO NIERI MATTOSINHO

Responsabilidade convencional

Implementação, promoção e defesa dos direitos humanos no Brasil a partir da supraconstitucionalidade dos tratados

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça – Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Responsabilidade do Estado: questões críticas) da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador Prof. Dr. Renato Bernardi

JACAREZINHO/PR
2016

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

MATTOSINHO, Francisco Antonio Nieri.

Responsabilidade convencional: implementação, promoção e defesa dos direitos humanos no Brasil a partir da supraconstitucionalidade dos tratados. / Francisco Antonio Nieri Mattosinho. Jacarezinho (PR): UENP/Campus de Jacarezinho, 2016.

Xi, 256; il: 2cm.

Orientador: Dr. Renato Bernardi

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

Referências bibliográficas: f. 244/256.

1. Teorias da Justiça. 2. Responsabilidade do Estado. 3. Direito Internacional dos Direitos Humanos. 4. Tratados internacionais. 5. Responsabilidade Internacional. 6. Supraconstitucionalidade. I. Bernardi, Renato. II. Universidade Estadual do Norte do Paraná, Campus de Jacarezinho. Programa de Mestrado em Ciência Jurídica. III. Título.

FRANCISCO ANTONIO NIERI MATTOSINHO

Responsabilidade convencional

Implementação, promoção e defesa dos direitos humanos no Brasil a partir da supraconstitucionalidade dos tratados

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça – Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Responsabilidade do Estado: questões críticas) apresentado à Universidade Estadual do Norte do Paraná como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, sendo aprovada pelaBanca Examinadora formada por:

_____

Orientador Prof. Dr. Renato Bernardi – UENP

_____

Membro 2 Prof. Dr. Vladmir Brega Filho – UENP

_____

Membro 3 Prof. Dr. Valerio de Oliveira Mazzuoli – UFMT

Jacarezinho/PR, 18 de novembro de 2016.

_____

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP

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.

Dedico este trabalho a meus pais, Paulo Sérgio Vianna Mattosinho e Maria Cristina Nieri Mattosinho, pois, apesar das dificuldades, sempre estimularam seus dois filhos a percorrer os caminhos do bem. Suas histórias são exemplo de amor incondicional e dedicação integral aos filhos.

AGRADECIMENTOS

No Volume VI da Suma Teológica de São Tomás de Aquino, encontra-se o chamado "Tratado da Gratidão", no qual o filósofo apresenta os três níveis da gratidão. O primeiro consiste em reconhecer (*ut recognoscat*) o benefício recebido; o segundo, em louvar e dar graças (*ut gratias agat*); e o terceiro, em retribuir (*ut retribuat*) de acordo com as próprias possibilidades e segundo as circunstâncias mais oportunas de tempo e lugar.

Para São Tomás de Aquino, a expressão verbal da gratidão em cada língua enfatiza apenas um desses níveis que compõem a gratidão. Para tanto, basta analisar a etimologia das expressões utilizadas nas diversas línguas modernas para se encontrar a qual nível da gratidão elas se referem.

No inglês e no alemão, *to thank* e *zu danken* estão mais próximos de *to think* e *zu denken*, relacionando-se, assim, com o primeiro nível da gratidão: o do pensar, reconhecer o favor prestado, pois, só está verdadeiramente agradecido, quem pensa no favor que recebeu como tal.

No segundo nível, tem-se o termo árabe *shukran*, que se liga a louvor, de forma que a gratidão se conecta ao louvor do benfeitor e do benefício recebido. Ainda nesse grau de gratidão, tem-se, no latim, *gratias tibi ago*, posteriormente desdobrado no espanhol (*gracias*), no italiano (*grazie*) e no francês *(merci*), expressões por meio das quais o núcleo *graça* comporta três dimensões, segundo São Tomás: i) a de obter graça, cair na graça, no favor, no amor de alguém, que, portanto, nos faz um benefício; ii) a *graça* no sentido de dom, algo não devido, dado gratuitamente, sem mérito por parte do beneficiado; e iii) a retribuição.

No terceiro e mais profundo nível, a expressão cunhada pela língua portuguesa, última flor do Lácio, inculta e bela, é aquela que revela o maior grau de gratidão de quem a pronuncia. Por meio dela, revela-se o estreito vínculo que se forma entre benfeitor e beneficiário, pelo qual este se obriga a retribuir toda a gentileza prestada, de forma que não mede esforços para tentar recompensar aquele que o ajudou. Não há forma mais profunda e sincera, então, de se demonstrar gratidão por outrem, senão dizendo: obrigado.

E é dizendo obrigado que farei meus agradecimentos a todos aqueles que participaram, direta ou indiretamente, ao longo do caminho trilhado até a redação final deste trabalho, que representa apenas mais uma colaboração dentre tantas outras já existentes e que futuramente a procederão. Espero não esquecer ninguém, adiantando minhas sinceras desculpas caso o faça.

Primeiramente, obrigado a Deus, pelos dons da vida e da saúde. Sem o primeiro, não

teria vindo ao mundo e, sem o segundo, não teria tido forças para enfrentar os desafios cotidianos.

Obrigado a meus pais, Paulo Sérgio Vianna Mattosinho e Maria Cristina Nieri Mattosinho, que, apesar de minha imaturidade e teimosia, sempre se colocaram ao meu lado, guiando-me, desde pequeno, nos caminhos da retidão, da ética e do amor. Exemplos de homem e de mulher que levo em meu coração a todos os lugares. Pessoas que me lapidaram e me possibilitaram, hoje, caminhar com meus próprios pés, mas que nunca me desampararam nos momentos em que fraquejei. Obrigado por serem meu porto seguro e por confiarem nas minhas escolhas. Obrigado por serem meus pais. Obrigado por todo carinho, atenção e dedicação. Saibam que sempre os honrei e sempre os honrarei.

Obrigado a meu irmão, Luís Paulo Nieri Mattosinho, companheiro que, aos cinco anos de idade, tanto desejei ter. Jovem visionário e dedicado, a quem agradeço pelos tempos da infância e da adolescência. Irmão por quem nutro orgulho, amor e cuidado incondicionais. Sangue do meu sangue que, com sua personalidade forte, tem um futuro brilhante a sua espera.

Obrigado a minha avó Letícia Vilanova Nieri (*in memoriam*), *nonna*que ajudou a me forjar com seus ensinamentos e história de vida. Senhora que sempre visita meus sonhos e caminha ao meu lado, protegendo-me e livrando-me de todo mal. Ao lado de meu avô, Mauro Nieri (*in memoriam*), ao qual não tive a oportunidade de conhecer, viveu como mulher de fibra, suportando as adversidades que o campo e a vida impuseram em sua jornada terrena.

Obrigado a minha avó Maria Helena Noronha Vianna Mattosinho, senhora de bom coração que ama incondicionalmente seus filhos e se dedica a eles como jamais vi alguém o fazer. Juntamente com meu avô, João Fernandes Mattosinho (*in memoriam*), construíram uma história digna de ser lembrada.

Obrigado a Natália Mello dos Santos, pessoa que me acompanhou durante o Mestrado e soube ser paciente para compreender minhas angústias, meus compromissos e minha dedicação à pesquisa. Recém-intitulada Mestre em Odontopediatria pela Faculdade de Odontologia de Bauru, da Universidade de São Paulo, cursamos concomitantemente a pós-graduação, servindo de apoio e de incentivo um ao outro.

Obrigado a Universidade Estadual do Norte do Paraná e a Faculdade de Direito de Jacarezinho, instituições que me receberam de braços abertos nesse estado que adotei aos 17 anos de idade, quando ingressei na graduação, e que hoje retribuo toda a estrutura e investimento para minha formação acadêmica.

Obrigado ao Professor Doutor Renato Bernardi, orientador deste trabalho que, aos

poucos, tornou-se um grande amigo. Saliento, primeiramente, o trabalho de conduzir-me ao longo desta pesquisa, corrigindo cada palavra e pontuação, sugerindo modificações e reflexões e abraçando a tese axial que pretendi investigar. Num segundo momento, ressalto a importância de seus conselhos e de sua amizade. Ora como amigo, ora como pai, suas palavras foram integralmente absorvidas e postas em prática. Obrigado por ter tornado essa caminhada mais fácil e instigante. Obrigado por estender a mão quando eu mais precisei.

Obrigado ao Professor Doutor Vladimir Brega Filho, pessoa que encontrei quando tinha pouco mais de dois anos de idade e que reencontrei nos bancos da academia. Obrigado pela oportunidade de atuar como mestrando monitor, ministrando aulas de Direito Constitucional I e Direitos Humanos e Fundamentais ao 1º e 2º anos, respectivamente, da graduação em Direito da UENP. Espero que tenha cumprido à altura o desafio a mim apresentado.

Obrigado ao Professor Doutor Valerio de Oliveira Mazzuoli, grande mestre e ícone do Direito Internacional, que tive a oportunidade de conhecer no 2º ano de graduação e que hoje se dispôs a deixar seus afazeres em Cuiabá/MT, para honrar-me com sua participação em minha banca de defesa do Mestrado. Espero que tenha gostado do trabalho, pois grande parte dele é fundado em seus ensinamentos e reflexões sobre o tema explorado.

Obrigado ao Professor Doutor Fernando de Brito Alves, Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP, professor por quem nutro profunda admiração e respeito pela forma como conduz o programa e pela atuação no campo da pesquisa. Figura expoente da instituição, merecedor das conquistas almejadas.

Obrigado a Maria Natalina Costa, carinhosamente chamada de "Nati"por todos, secretária do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP, pessoa que é pública e notoriamente reconhecida pela atenção, disposição e eficiência na forma como lida com as questões administrativas do programa. Obrigado por desatar os nós em nossa jornada acadêmica.

Obrigado aos professores que passaram ao longo de minha vida, na educação fundamental, no ensino médio, na graduação e na pós-graduação. Obrigado pela dedicação e carinho que me conduziram ao longo desses anos de formação. Saibam que todos me servem de inspiração para continuar a trilhar os caminhos da docência.

Obrigado a todos os meus amigos e colegas de formação acadêmica, em especial os queridos amigos da XLIII Turma de Direito da UENP (Formandos 2014) e da XII Turma de Mestrado da UENP, nominalmente: Amanda Querino dos Santos Barbosa, Aristóteles Boaventura da Costa Massaque, Bruno Gofman, Camila Maria Rosa Casari, Elisângela

Padilha, Emmanuel Gustavo Haddad, Felipe Ferreira Araújo, Felipe Augusto Rodrigues Ambrósio, Guilherme Fonseca de Oliveira, João Éder Furlan Ferreira de Souza, João Lucas ThabetVenturine, Juliane Kerkhoff, LaertyMorelin Bernardino, Luna Stipp, Matheus Gomes Camacho, Priscila Sutil de Oliveira, Rodrigo OrlandiniVolpato, Samyle Regina Matos Oliveira, TaigoaraFinardi Martins e William Roberto Alkema do Monte. Nessa vida, cada pessoa que por ela passa leva um pedaço de nós e deixa um pedaço de si. A amizade, o carinho, a dedicação e a atenção de cada um de vocês foram essenciais para que a jornada fosse mais leve e menos angustiante. Obrigado pela convivência e pelas valorosas contribuições.

Obrigado a Bruna Migliaccio Setti e ao Professor Doutor Jairo Néia Lima, amigos e companheiros de competição no *Inter-American Human Rights MootCourtCompetition* em 2013. Obrigado por ajudarem a despertar em mim a vontade de me aprofundar, ainda mais, na pesquisa sobre o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Obrigado ao Dr. Mauro Spalding e à Dra. Alessandra Mendes Spalding, membros do Judiciário com quem tive a honra de estagiar e trabalhar, respectivamente. Profissionais e professores que contribuíram muito para minha experiência prática no Direito.

Obrigado ao Dr. Silvio da Silva Brandini e ao Oficial de Promotoria Luís Fernando Junqueira de Carvalho, exímios profissionais do Ministério Público do Estado de São Paulo com quem tenho o prazer de atuar diuturnamente no cumprimento das atribuições a mim conferidas.

Obrigado a todos meus alunos do 1º e 2º ano do curso de Direito da UENP. O carinho e a dedicação demonstrados em minhas aulas durante o ano de 2016 foram a melhor recompensa que pude receber durante nossos encontros.

Por fim, obrigado a todos os amigos e familiares que me acompanharam ao longo desses 20 meses de Mestrado, torcendo por mim e enviando energias positivas para que este trabalho pudesse ser concluído da melhor forma possível.

A todos os listados expressamente e rememorados em meu coração, o meu muito obrigado!

Compartilho, antes de avançar, três convicções que inspiram a minha relação com o mundo jurídico, em particular, e com a vida, de uma maneira geral:
a) tudo o que é correto, justo e legítimo deve encontrar um caminho no Direito;
b) o papel do Estado e da sociedade, em uma democracia, é assegurar o máximo de igualdade possível a todas as pessoas, dentro de um regime de liberdade;
c) a condição humana faz de todos nós parte de uma grande unidade. Toda vida desperdiçada, toda violação à dignidade de alguém, é uma perda para toda a humanidade.
Poucas coisas são mais tristes para o espírito do que alguém se considerar melhor do que os outros. Viver a arrogância das vidas que deram certo. O projeto civilizatório, a causa da humanidade é estender a mão a quem precisa".
(BARROSO, Luís Roberto. RE 845.779)

MATTOSINHO, Francisco Antonio Nieri.**Responsabilidade convencional: implementação, defesa e promoção dos direitos humanos no Brasil a partir da supraconstitucionalidade dos tratados.** 2016. Dissertação de Mestrado – Programa de Mestrado em Ciência Jurídica – Universidade Estadual do Norte do Paraná.

RESUMO

A presente pesquisa versa sobre a atuação estatal frente à implementação, à defesa e à promoção dos direitos humanos por meio da adequação do ordenamento jurídico interno com as obrigações internacionais previstas em tratados de direitos humanos, vez que a questão a ser solucionada é a resistência dogmática e política do Estado brasileiro em cumprir, por meio das adequações legislativas necessárias, com os compromissos internacionalmente assumidos. Para tanto, fez-se necessário iniciar o estudo com a análise dos fundamentos filosóficos e teóricos dos direitos humanos. Na sequência, apresentou-se o processo de internacionalização da proteção aos direitos humanos, ou seja, buscou-se demonstrar a importância de se levar em consideração a evolução do *status* hierárquico dos tratados internacionais sobre direitos humanos. O estudo teve como norte que a adoção da tese da supraconstitucionalidade de referidos tratados internacionais seria a melhor solução para que os direitos humanos sejam efetivados e garantidos. Partindo-se dessa premissa, foi pertinente a apresentação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos que trata da responsabilidade internacional do Estado por violações a direitos humanos, sendo possível verificar que o Direito Internacional dos Direitos Humanos atua na defesa dos indivíduos que se encontram sob a jurisdição dos Estados. Dessa forma, visto que aos Estados se imputa a responsabilidade internacional por atos omissivos ou comissivos que violam os direitos humanos, retoma-se ao tema central do estudo (implementação, defesa e promoção dos direitos humanos) com relação à responsabilidade interna; é verificada a atuação do Brasil frente às obrigações convencionais assumidas sob o fundamento de garantir o gozo integral dos direitos mais basilares dos indivíduos. Nesse contexto, apresenta-se, ainda, o papel dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, principalmente em relação ao exercício do chamado "Controle de Convencionalidade". Feitos tais apontamentos, com o fim de concretizar a tese da supraconstitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, comenta-se, sobre os casos "Damião Ximenes Lopes Vs. Brasil", "Maria da Penha" e "Jailton Neri da Fonseca" com as respectivas consequências legislativas oriundas das decisões proferidas pelos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos em relação ao Estado brasileiro. A conclusão aponta para o fato de que a adoção da teoria da supraconstitucionalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos apresenta-se como uma solução dogmática jurídica que permite superar os obstáculos políticos para a implementação, promoção e defesa dos direitos humanos no Brasil. Assim, torna-se possível amenizar situações críticas vivenciadas pela população que se encontra sob o jugo do Estado brasileiro: evitam-se violações a direitos humanos e garantem-se melhores condições de vida aos cidadãos em suas relações com o Estado.

Palavras-chave: Direitos humanos. Tratados internacionais. Responsabilidade internacional do Estado. Estado brasileiro. Supraconstitucionalidade.

MATTOSINHO, Francisco Antonio Nieri. **Conventional Responsibility: implementation, defence and development of human rights in Brazil from the supraconstitutionality of the treaties**. 2016. Master's Thesis – Juridical Science Master's Program – North of Parana State University.

ABSTRACT

The current Master's thesis analyzes the State's action in face of human rights implementation, defence and development through the adoption of the domestic juridical order according to the international obligations included in human rights treaties, once the core of the matter to be solved is the dogmatical and political resistance of Brazilian State to accomplish with the international commitments assumed by adopting the necessary legislative measures. For that, it is necessary to initiate the study with philosophical and theoretical human rights fundaments. After that, the internationalization process of human rights protection is presented, in other words, it sought to demonstrate the importance of taking under consideration the hierarchical status evolution of human rights international treaties. The north of the study is the adoption of supraconstitutionality thesis of those international treaties as the best solution to effectiveness and assurance of human rights. From this premise, it was pertinent to present the Inter-American Human Rights System and how it handles with international responsibility of States for human rights violations, to be possible to verify that International Human Rights Law acts in defense of individuals under the jurisdiction of States. As omissive or comissive acts of human rights violations might be imputed to States, the main theme of the Master's thesis is retaken (human rights implementation, defence and development), according to domestic responsibility; it is verified Brazil's performance before its assumed conventional obligations under the reason of granting complete exercise of individual's the most basic rights. In that context, the roles of Legislative, Executive and Judiciary are demonstrated, especially the so called "Conventionality Control". After these points, aiming to reassure the supraconstitutionality thesis of international human rights treaties, the study analyzes DamiãoXimenes Lopes *Vs.* Brazil, Maria da Penha and Jail Neri da Fonseca cases with their respective legislative consequences originated from decisions stated by the organs of Inter-American Human Rights System in face of Brazilian State. The conclusion points to the fact that the adoption of the supraconstitutionality thesis of international human rights treaties is a dogmatical and juridical solution that permits to overcome political obstacles to implement, defend and develop human rights in Brazil. Therefore, it is possible to ease critical situations witnessed by the population that live under Brazilian State jurisdiction: human rights violations are avoided and better life conditions are granted to people in their relations with the State.

Keywords: Human rights. International treaties. International responsibility of State. Brazilian State. Supraconstitutionality.

Lista de abreviaturas e siglas

ADC – Ação Direta de Constitucionalidade.

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade.

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos.

CEDH – Corte Europeia de Direitos Humanos.

CF – Constituição Federal de 1988.

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

CNDH – Conselho Nacional de Direitos Humanos.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça.

Corte IDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos.

CPM – Código Penal Militar.

CPP – Código de Processo Penal.

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil.

EC – Emenda Constitucional.

EUA – Estados Unidos da América.

HC – *Habeas Corpus*.

MERCOSUL – Mercado Comum do Sul.

OEA – Organização dos Estados Americanos.

ONU – Organização das Nações Unidas.

PNDH – Plano Nacional de Direitos Humanos.

RE – Recurso extraordinário.

RHC – Recurso em *Habeas Corpus*.

SSP/SP – Secretaria de Segurança Pública de São Paulo.

STF – Supremo Tribunal Federal.

STJ – Superior Tribunal de Justiça.

UE – União Europeia.

UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 16
1. ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DOS DIREITOS HUMANOS E SUAS CARACTERÍSTICAS NO PLANO INTERNACIONAL 21
1.1 Fundamentos (princípios) filosóficos e teóricos dos direitos humanos 21
1.1.1 Contribuição kantiana para o universalismo dos direitos humanos e para o conceito de dignidade da pessoa humana 33
1.1.2 Diálogo necessário entre a ética kantiana e a ética utilitarista de Jeremy Benthan e John Stuart Mill 41
1.2 Direitos humanos na história: breve retrospecto 47
2. INTERNACIONALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: DA INFRACONSTITUCIONALIDADE À SUPRACONSTITUCIONALIDADE 59
2.1 Internacionalização em sentido amplo 62
2.2 Internacionalização em sentido estrito 67
2.3 Características dos direitos humanos no direito internacional 75
2.4 Interpretação dos direitos humanos e seus principais intérpretes internacionais 81
2.5 Posição hierárquica dos tratados internacionais sobre direitos humanos: da infraconstitucionalidade à supraconstitucionalidade 86
2.5.1 Monismo e dualismo: a relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno 99
2.5.2 Monismo nacionalista 104
2.5.3 Monismo internacionalista 106
2.5.4 Monismo dialógico 108
3. SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO POR VIOLAÇÕES A DIREITOS HUMANOS 113
3.1 Organização dos Estados Americanos 115
3.2 Convenção Americana sobre Direitos Humanos 128
3.3 Comissão Interamericana de Direitos Humanos 138
3.4 Corte Interamericana de Direitos Humanos 149
3.5 Responsabilidade internacional do Estado por violações a direitos humanos: ousadia da nomenclatura "responsabilidade convencional" 154
4. IMPLEMENTAÇÃO, PROMOÇÃO E DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS PELO ESTADO BRASILEIRO 161
4.1 Implementação das obrigações internacionais 161
4.2 Papel do Legislativo 164
4.3 Papel do Executivo 171
4.4 Papel do Judiciário 185
5. DIREITOS HUMANOS DAS MINORIAS NO ESTADO BRASILEIRO: Reflexos pragmáticos da tese da supraconstitucionalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos 205
5.1 Caso Damião Ximenes Lopes Vs. Brasil e a Lei nº 10.216/2001 206
5.2 Caso Maria da Penha, Lei nº 11.340/06 e Lei nº 13.104/15 216
5.3 Caso Jailton Neri da Fonseca vs. Brasil: competência da justiça militar para o julgamento de crimes dolosos contra a vida de civis, audiência de Custódia e atuação do Conselho Nacional de Justiça 227
CONCLUSÃO 249
Referências bibliográficas 252

INTRODUÇÃO

Tratar sobre direitos humanos é uma tarefa que requer horas de reflexões profundas sobre muitos ramos do Direito. Constitui um desafio prazeroso e instigante, pois, ao mesmo tempo em que sabemos serem esses direitos originários de um sentimento nato de justiça, deparamo-nos com conflitos de posições, ideologias e valores que conduzem a situações limites, de difícil solução, mas que exigem a revelação de uma resposta adequada.

Esses pontos de conflito existem, principalmente, em razão de os direitos humanos se apresentarem como situações jurídicas de defesa do cidadão em face do Estado e, em muitos casos, em face da vontade da maioria. Equivocadamente, os direitos humanos são tratados como formas de assegurar a impunidade ou a quebra de valores e princípios conservadores, tradicionalmente cultivados e protegidos pela sociedade. Esse discurso, no entanto, parte de uma premissa deturpada, pois se olvida que os direitos humanos não se destinam a uma categoria específica de indivíduos, mas sim, a todo e qualquer indivíduo, que, por ser dotado de razão, possui dignidade e não pode servir como instrumento para a realização dos fins pretendidos pela maioria. Na verdade, os direitos humanos atuam em favor de todos os indivíduos, sem nenhuma exceção, de forma que o discurso hegemônico da maioria ignora o fato de que seus componentes, em algum aspecto, compõem alguma categoria minoritária.

Nenhum indivíduo faz parte de todos os grupos majoritários. Há, sempre, alguma característica peculiar que o leva a ocupar posição minoritária. Dessa forma, se ninguém compõe sempre a maioria, logo, em algum momento invocará os direitos humanos para a tutela de seus interesses minoritários.

Não é necessário ser mulher para tratar sobre machismo e suas consequências. Não é preciso ser negro para saber que o racismo é uma forma de discriminação que se tenta esconder e que é uma das principais causas de exclusão social no Brasil. Não é preciso ser indígena para estar ciente dos desafios e da exploração cultural e econômica que os povos autóctones sofrem. Não é necessário ser homossexual ou transexual para conhecer os preconceitos ainda existentes, que limitam o pleno exercício dos direitos fundamentais desses grupos. Não é preciso ser criança ou adolescente para testemunhar a situação de abandono em que grandes grupos se encontram. Não é preciso estar preso ou ser egresso do sistema penitenciário para saber as violações praticadas no sistema repressor e o estigma social daquele que busca a ressocialização após o cumprimento da pena. Tampouco é preciso ser deficiente ou idoso para sentir na pele as dificuldades e a exclusão ainda latentes. Em geral, não é necessário fazer parte de uma minoria vulnerável para defender a efetivação, a

promoção e a defesa dos direitos humanos.

É preciso desenvolver a alteridade para compreender a essência e o papel dos direitos humanos na defesa de todos os indivíduos, indistintamente.

Aliar o conhecimento teórico sobre os direitos humanos com a vivência prática permitiu com que a pesquisa fosse envolvida pela real necessidade de tratar sobre o tema e as possibilidades pragmáticas que a tese axial da dissertação contribuiria para o mundo do Direito.

Ao longo de toda a pesquisa, os objetivos do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP foram observados, pois, nele, lapidam-se, diuturnamente, pesquisadores para serem professores e profissionais do Direito capazes de compreender a complexidade do fenômeno jurídico e promover uma reflexão séria sobre os problemas que envolvem os temas da justiça e da exclusão, a fim de resultar em novas pragmáticas e em uma dogmática jurídica inclusiva.

O Programa estimula a refletir criticamente, para perceber as falhas e distorções dos mecanismos de ativação da justiça e seus correspondentes aparatos formais, de modo a conceber e introduzir critérios que reduzam a rigidez dogmática, sempre com base na supremacia do princípio da dignidade humana.

Desenvolve a capacidade crítica de pensar mudanças, criando a capacidade criativa do discente, como elemento inserido no papel de construir uma sociedade progressivamente melhor e mais justa, como descreve a própria Constituição Federal de 1988 e promovendo a reflexão crítica em torno das causas que provocam as inclusões e exclusões sociais na atual estrutura fundamental do Direito.

Por meio dele, atua-se, também, como mecanismo de integração entre a graduação e a pós-graduação, por meio da produção científica, da docência e na coordenação de Grupos de Pesquisa.

Espera-se ter alcançado esses objetivos por meio de uma pesquisa interdisciplinar que propicie uma compreensão diatópica do direito contemporâneo e que enfrente, de forma adequada, os desafios de uma sociedade cada vez mais complexa e menos inclusiva.

Como norte orientador do presente trabalho, elegeu-se a linha de pesquisa “Estado e Responsabilidade: Questões Críticas”, pois, a partir da conformação atual da estrutura estatal, essa linha propiciou a investigação histórica das Teorias do Estado, priorizando a defesa do regime democrático como regra fundante da preservação dos valores da pessoa humana, estruturada na relação Estado-Sociedade, que, afastando-se do legalismo estrito, deve propiciar a adequação da lei aos contextos sociais aos quais ela se destina. Permitiu-se, assim,

não apenas o estudo das normas postas na Constituição, mas, sobretudo, dos princípios que as inspiram e dos institutos constitucionais destinados à efetivação e tutela dos direitos humanos, bem como da responsabilidade do Estado por sua frequente violação.

A escolha da linha de pesquisa, então, se justifica, pois, nela, foi possível investigar um tema complexo e abrangente, a partir de um recorte epistemológico que proporciona a seleção de um agregado conexo de temas, que possibilitaram o desenvolvimento científico da área de concentração do Programa. Não se pretendeu, em nenhum momento, afirmar que a responsabilidade pela promoção da inclusão social seja exclusivamente estatal, tendo em vista que essa postura teórica poderia esvaziar o sentido profundo da cidadania. Objetivou-se, na verdade, a partir da análise das relações entre Estado e Sociedade, compreender como o Estado e suas ações podem ser articulados de forma criativa com a práxis dos movimentos sociais, para o empoderamento (*empowerment*) das minorias e dos grupos vulneráveis, favorecendo as dinâmicas de inclusão.

Por força do recorte temático proposto no presente trabalho, foca-se na atuação predominantemente estatal, pois, ao defender a necessária implementação, defesa e promoção dos direitos humanos por meio da adequação legislativa do ordenamento jurídico interno às obrigações internacionais previstas em tratados de direitos humanos, o texto se debruça sobre uma situação de responsabilidade típica do Estado.

Para tanto, a problemática da dissertação reside na resistência dogmática e política do Estado brasileiro em cumprir, por meio das adequações legislativas necessárias, com os compromissos internacionalmente contraídos pela República Federativa do Brasil, o que leva, consequentemente, a violações a direitos humanos e a possibilidade de o Estado brasileiro ser acionado e, eventualmente, responsabilizado perante, principalmente, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

A fim de definir, portanto, a pergunta científica que se pretende responder ao final do trabalho, parte-se do seguinte questionamento: qual postura dogmática deve ser adotada para que o sistema jurídico brasileiro rompa os obstáculos políticos impostos para a implementação, defesa e promoção dos direitos humanos?

Como hipótese, busca-se comprovar que a adoção da tese da supraconstitucionalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos se apresenta como a melhor solução para o problema norteador da pesquisa, pois, a partir daquela teoria, mitigam-se a soberania do Estado e a supremacia da Constituição em prol da efetivação e não violação dos direitos humanos, principalmente por parte dos agentes estatais.

Elege-se, de maneira geral, o objetivo de revelar as consequências legislativas da

adoção da supraconstitucionalidade dos tratados sobre direitos humanos, e, de maneira específica, os reflexos dessa teoria na proteção dos direitos das minorias aqui eleitas, a título exemplificativo.

Para defender a resposta final apresentada, parte-se da necessária fundamentação filosófica, teórica e histórica dos direitos humanos, adotando-se, nesse ponto, como marco teórico os ensinamentos do filósofo Immanuel Kant. Por sua vez, como estribo jurídico, o presente trabalho se apega à doutrina internacionalista nacional e internacional que defende a supraconstitucionalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos, em razão de sua natureza jurídica de norma de *jus cogens*. No mesmo contexto, longe de configurar a invocação de um argumento de autoridade, colacionam-se julgamentos proferidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, intérprete último dos direitos humanos no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a fim de comprovar a adoção dessa tese pelos órgãos jurisdicionais supranacionais.

Ao longo da pesquisa, mostrou-se necessário situar o leitor nos cenários do processo de internacionalização da proteção dos direitos humanos, o que se fez no segundo capítulo, quando foi apresentada a evolução do *status* hierárquico dos tratados internacionais sobre direitos humanos, partindo da infraconstitucionalidade e chegando na supraconstitucionalidade.

Da mesma forma, no terceiro capítulo, sentiu-se a necessidade de se apresentar o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, aproveitando-se a oportunidade para tratar, de maneira superficial, da responsabilidade internacional do Estado por violações a direitos humanos.

Antes de alcançar a conclusão, revelou-se pertinente, também, explicitar os verbos implementar, promover e defender os direitos humanos, contidos no título da dissertação, abordando a origem da obrigação expressamente prevista de adequação legislativa doméstica aos dispositivos dos tratados, bem como de apresentar o papel dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário na implementação, promoção e defesa dos direitos humanos, principalmente em relação ao exercício do chamado "Controle de Convencionalidade".

Por fim, antes das conclusões extraídas na investigação realizada, foram apresentados os casos Damião Ximenes Lopes *Vs.* Brasil e Maria da Penha com as respectivas consequências legislativas oriundas das decisões proferidas pelos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos em relação ao Estado brasileiro. Da mesma forma, a partir da análise do caso Jailton Neri da Fonseca *Vs.* Brasil, processado perante a Comissão Interamericana, analisou-se o deslocamento da competência para processar e julgar crimes

dolosos contra a vida praticado por militares contra civis, bem como a implementação das chamadas "Audiências de Custódia" pelo Conselho Nacional de Justiça, que revela uma posição proativa do Poder Judiciário em fazer com que a República Federativa do Brasil cumpra com as obrigações internacionalmente contraídas, prevenindo violações a direitos humanos, apesar de sua mora desde 1992.

Assim, pretende-se, ao longo de todo o trabalho, enfrentar a problemática proposta, de modo que, ao final, seja possível a tese ser reconhecida, aceita e aplicada na dogmática jurídica brasileira.

Por meio dela, cria-se uma defesa jurídica para a própria atuação do Estado brasileiro, que, agindo dentro da estrita legalidade, evitará ser acionado e, eventualmente, responsabilizado, perante os órgãos de proteção do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Dessa forma, apresenta-se ao leitor uma hipótese séria e fundamentada de proteção e efetivação dos direitos humanos em favor das minorias brasileiras. Há inúmeras convenções e tratados internacionais sobre a matéria, o que revela uma preocupação da comunidade internacional com o tema. Todos esses instrumentos normativos internacionais preveem, expressamente, a obrigação de adequação legislativa aos termos convencionais. Com isso, demonstra-se que a República Federativa do Brasil deve observar, rigorosamente, as obrigações contraídas, em respeito ao princípio do *pacta sunt servanda*, de modo a cumprir com aquilo que ousamos chamar de "Responsabilidade Covencional".

1.ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DOS DIREITOS HUMANOS E SUAS CARACTERÍSTICAS NO PLANO INTERNACIONAL

1.1 Fundamentos (princípios) filosóficos e teóricos dos direitos humanos

Muito se fala sobre direitos humanos no momento em que a sociedade se encontra. Há aqueles que os defendem e aqueles que os criticam por relativizarem valores morais e culturais profundamente arraigados no seio das comunidades humanas. Buscar a fundamentação dos direitos humanos é compreender e demonstrar sua essência e sua importância no mundo globalizado e plural em que vivemos.

Em que pesem nossos esforços para buscar e apresentar os fundamentos filosóficos e teóricos dos direitos humanos, Norberto Bobbio (1992, p. 24) sustenta ser impossível a fundamentação absoluta dos direitos humanos. Para ele, há divergência até mesmo na definição do que seria o conjunto de direitos humanos. Ademais, Bobbio afirma que os direitos humanos constituem uma classe de direitos variável, conclusão que ele extrai da evolução do rol desses direitos. Há, ainda, um problema básico, segundo o jurista italiano, em relação à efetivação dos direitos humanos: "O 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".

Dentre aqueles que também negam a fundamentação racional dos direitos humanos, há os que se baseiam na assertiva de que tais direitos são consagrados a partir de juízos de valor, ou seja, de opções morais as quais, por definição, não podem ser comprovadas ou justificadas, mas aceitas por convicção pessoal (OPPENHEIM, 1976 e PERES LUÑO, 1995).

Não nos alinhamos a essa compreensão, pois, como será fundamentado na moral ética kantiana, os direitos humanos se apresentam como direitos inerentes à condição humana, representando imperativos categóricos universalizáveis e, por isso, exigíveis mesmo daqueles que, por convicção pessoal, não concordam com toda a irradiação de seus efeitos no agir do homem e dos Estados.

A fundamentação dos direitos humanos é importante na chamada relação "direitos humanos-direito posto". Se os direitos humanos são aqueles declarados e reconhecidos pelo Estado, o que fazer quando não existe esse prévio reconhecimento pelo Estado? Como protegê-los com efetividade, então? (RAMOS, 2014, p. 47).

Há, basicamente, duas grandes correntes que fundamentam os direitos humanos: o jusnaturalismo e o positivismo.

Para os jusnaturalistas, há normas anteriores e superiores ao direito estatal posto. São Tomás de Aquino pode ser considerado um dos próceres da chamada corrente de Direito natural de inspiração divina, mas perceptível aos homens (RAMOS, 2014, p. 48).

SegundoHugo Grotius (1925), considerado um dos fundadores do Direito Internacional e iniciador da teoria do direito natural moderno, sustentava, já no século XVI, a existência de um conjunto de normas ideais, fruto da razão humana. ParaGrotius (1925, p. 125), um dos seguidores da Escola de Direito Natural revelada pela razão, o direito dos legisladores humanos só seria válido quando compatível com os mandamentos daquela lei imutável e eterna.

O traço marcante dessa corrente é o seu cunho teológico e metafísico, pois se funda na existência de um direito preexistente ao direito produzido pelo homem, oriundo de Deus (escola de direito natural de razão divina) ou da natureza imanente do ser humano (escola de direito natural moderno). Os direitos humanos seriam, então, os equivalentes contemporâneos dos direitos naturais (RAMOS, 2014, p. 48).

Os iluministas, em especial Locke (2005) e Rousseau (2002), retomam o racionalismo e o individualismo, tornando a razão fonte de direitos inerentes ao ser humano. Afirma-se, então, a supremacia do indivíduo em face do Estado, que é fundado em um contrato social focado na realização dos direitos do homem (RAMOS, 2014, p. 48).

Afirma Vieira de Andrade (1983, p. 14) que, nessa visão de direito natural, "os direitos humanos são direitos atemporais, inerentes à qualidade de homem de seus titulares".

Em que pese a fundamentação jusnaturalista influenciar os documentos internacionais sobre direitos humanos nos dias de hoje, essa corrente apresenta uma falha científica grave que a compromete: a ausência de comprovação de que esses direitos são inerentes à natureza humana. As críticas se voltam ao fato de os direitos humanos estarem relacionados à positivação histórica e ao formal reconhecimento estatal para que possam ser chamados de direitos. De acordo com Ramos (2014, p. 49), a crítica é tecida aos jusnaturalistas da seguinte forma:

> Pelo contrário, em relação à própria revelação, pela razão humana, do conteúdo dos direitos humanos, há de se recordar a existência de variados conteúdos de tais direitos, a depender dos valores de cada contexto histórico. Como exemplo, há três soluções passíveis para a *sucessão* de bens: retorno à comunidade, transmissão familiar de pai para filho e finalmente a livre disposição pelo proprietário. Todas as três possibilidades são compatíveis com a suposta natureza humana: membro da comunidade e solidário com seu destino, ou pai de família voltado por instinto à defesa da prole e, finalmente, ser humano livre e autônomo, capaz de dispor seus bens. A história mostra que os direitos humanos são direitos conquistados, sendo até possível que um direito consagrado seja, após, retirado do catálogo de direitos protegidos.

Para nós, as críticas não se sustentam, pois o reconhecimento estatal nada mais é do que a revelação dos direitos naturais já inerentes e próprios da natureza humana, de forma que defender a necessária positivação é negar a titularidade dos bens jurídicos mais basilares para a manutenção da dignidade do indivíduo.

A corrente positivista, por sua vez, que se desenvolveu ao longo dos séculos XIX e XX, traduziu a ideia de um ordenamento jurídico produzido pelo homem de modo coerente, por meio do conceito da pirâmide da hierarquia das leis.

Salienta-se que, neste ponto, analisamos o positivismo descritivo, radicalizado na teoria de Kelsen (1999). Basicamente, em sua obra, Kelsen pretende construir uma teoria "livre de elementos estranhos ao método específico de uma ciência cujo único propósito é a cognição do Direito, e não a sua formação" (1998, p. xxviii).

Seu princípio metodológico fundamental é a pureza que é vista como a única forma de evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto. Em seu propósito puramente descritivo, portanto, a teoria jurídica se desinteressa por questões práticas como a interpretação do direito e a fundamentação das decisões judiciais. As teses das fontes e da separabilidade aparecem claramente não como o resultado de uma abordagem "interpretativa" ou construtiva em relação ao direito, e nem muito menos como uma opção justificada com base em argumentos políticos ou morais, mas como a aplicação de uma metodologia científica típica das ciências naturais, cujo rigor depende da neutralidade do teórico do direito e do isolamento de seu objeto de estudo, que deve ser claramente diferenciado de outros sistemas normativos com os quais ele eventualmente possa ter algum tipo de semelhança (BUSTAMANTE, 2015, p. 313-314).

No sistema piramidal proposto por Kelsen, a partir da teoria da norma hipotética fundamental, no topo da pirâmide existiria a Constituição, pressuposto de validade de todas as demais normas do ordenamento jurídico.

Considerando que os direitos humanos, em muitos estados constitucionais, foram inseridos na Constituição, obtendo um estatuto normativo superior, para os positivistas, o fundamento dos direitos humanos reside na própria existência da lei positiva, cujo pressuposto de validade está em sua edição conforme as regras estabelecidas na Constituição. Portanto, para eles, os direitos humanos se justificam graças a sua validade formal.

Ora, a justificação dos direitos humanos está na vontade da lei e a vontade da lei é que fundamenta a preservação dos direitos humanos. Tal evidente tautologia enfraquece a proteção dos direitos humanos, quando a lei for omissa ou mesmo contrária à dignidade da

pessoa humana (RAMOS, 2014, p. 50).

O professor FábioComparato (2000, p. 42-43) já alertava: “A grande falha teórica do positivismo, porém, como as experiências totalitárias do século XX cruamente demonstraram, é a sua incapacidade (ou formal recusa) em encontrar um fundamento ou razão justificativa para o direito, sem recair em mera tautologia”.

E ele prossegue:

> É justamente aí que se põe, de forma aguda, a questão do fundamento dos direitos humanos, pois a sua validade deve assentar-se em algo mais profundo e permanente que a ordenação estatal, ainda que esta se baseie numa Constituição. A importância dos direitos humanos é tanto maior quanto mais louco ou celerado for o Estado (COMPARATO, 2000, p. 43).

Os direitos humanos não podem se fundamentar tão-somente no ideal positivista, porquanto o direito positivo é fruto da institucionalização de deliberações políticas que, por vezes, ficam à mercê da vontade da maioria. Não se pretende, aqui, criticar e afastar a importância axial do debate democrático e da produção legislativa, mas se deve ter em mente que os direitos humanos devem ser encarados como institutos supralegais e, como defenderemos, supraconstitucionais.

Segundo Herbert Hart (1994, p. 104), a divergência entre os jusnaturalistas e os positivistas não está no fato de uns reconhecerem e outros não a existência de certos princípios de moral e justiça passíveis de revelação pela razão humana, mesmo que sua origem seja divina e metafísica. Na verdade, o contraponto se encontra na defesa que os jusnaturalistas fazem da superioridade dos princípios de moral e justiça em face de leis incompatíveis. Para os adeptos do positivismo, os princípios de justiça não pertencem ao ordenamento jurídico, inexistindo qualquer choque entre a lei posta e a moral.

Na busca da fundamentação dos direitos humanos, devemos lembrar das palavras de Comparato (2000, p. 52), para quem “na linguagem filosófica clássica, não se falava em fundamento e sim em princípio”, razão pela qual o título da presente seção assim se apresenta.

O que pretendemos é buscar as bases filosóficas e políticas que sustentam a natureza jurídica dos direitos humanos no mundo do Direito. Compreender as reflexões teóricas até o momento apresentadas, permite-nos formular nossas próprias ideias e críticas sobre o tema.

Como salientado por Ramos (2014, p. 47), a resposta à pergunta formulada sobre o necessário reconhecimento estatal dos direitos humanos reside no “referencial ético que justifica terem os direitos humanos posição superior no ordenamento jurídico, capaz inclusive de sobrepor a eventual ausência de reconhecimento explícito por parte do Estado”.

Para nós, o referencial ético a ser adotado decorre das lições de Immanuel Kant,

porquanto, na esteira da corrente filosófica por ele adotada, sob o manto do pensamento iluminista, o homem passa a ocupar o centro das preocupações das ciências, ingressando, assim, num momento antropocêntrico.

A adoção da ética kantiana corrobora a vertente jusnaturalista, como analisaremos mais à frente.

Defendemos essa posição, pois os direitos humanos não podem ficar à mercê das vontades estatais, muito liberais ou muito autoritárias. Na verdade, percebemos que os direitos humanos funcionam como elementos de equilíbrio na busca da defesa do homem em face dele mesmo quando reunido e consubstanciado na figura do Estado.

Em conhecida passagem de sua Metafísica, Aristóteles exercitando o gênio analítico e classificatório que o celebrizou, atribui à αρχη (arquê) várias acepções. Em primeiro lugar, o sentido de começo de uma linha ou de uma estrada, ou então, o de ponto de partida de um movimento físico ou intelectual (o ponto de partida de uma ciência, por exemplo). O filósofo lembra, igualmente, que se fala de princípio para designar a causa primitiva e não imanente da geração, ou de uma ação (os pais em relação aos filhos, o insulto em relação ao combate). Em suma, unificou todas as acepções da palavra, afirmando que princípio é sempre "a fonte de onde derivam o ser, a geração, ou o conhecimento", ou seja, a condição primeira da existência de algo (COMPARATO, 2000, p. 01-02).

Princípio, portanto, remete à ideia de gênese, de fundamento, sendo necessária a compreensão correta do termo para se vislumbrar como os pressupostos teóricos dos direitos humanos se compõem.

Somente com Kant é que a ética passa a ser empregada no campo do pensamento, sob o auspício de razão justificativa de nossas razões. A ética é um pensamento que nunca estará concluído, pois as condutas humanas são dinâmicas, surgindo novas discussões éticas a todo o momento, sempre que nos deparamos com novas condutas. O problema é que nunca é fácil chegar a uma conclusão do que é certo e do que é errado.

Por exemplo, Maquiavel (1515), com seu pensamento pragmático, ilustrado na obra *O princípe*, defende a ideia que uma conduta é boa, e, portanto, ética, quando, independentemente dos meios utilizados, alcançam-se os fins desejados. Seu pensamento encontra-se imortalizado na expressão"os fins justificam os meios". Há, no entanto, diversas falhas nesse sistema de pensamento, a começar pelo fato de que "qualquer fim" seria justificado pela obtenção do resultado desejado, inclusive por meios imorais, ilícitos e falsos.

A ideia de Maquiavel estimula Kant a dizer que, para se atribuir valor a uma conduta, não se deve valorar o resultado dela obtido, mas sim a intenção de quem age. Se a intenção foi

boa, agiu-se bem. Se a intenção foi ruim, agiu-se mal. Por isso, o pensamento de Kant é chamado de intencionalismo. O argumento de Kant é de que um resultado nunca depende só de uma conduta, mas de um conjunto de variáveis que, quem age, não controla.AfirmaKant, então, que o indivíduo nunca pode ser julgado pelo resultado, pois este, na sua complexidade, não pode ser previsto. O indivíduo só pode ser julgado por aquilo que realmente fez.

A ética é o aperfeiçoamento inteligente no modo de convivência humana. E se existe aperfeiçoamento, é porque há possibilidades de mudança. Assim, diferentemente do senso comum, que pensa existir uma única resposta para a convivência, a ética não é o cerceamento da liberdade, mas pressupõe a liberdade para a escolha do melhor caminho coletivo.

O desenvolvimento da noção de princípio para a noção de fundamento, no pensamento kantiano, tem origem num raciocínio tipicamente jurídico, apresentado na obra *Crítica da Razão Pura*, em torno da noção de dedução transcendental (*transzendent Deduktion*). Após apresentar o raciocínio que os juristas desenvolvem num processo jurídico quando tratam de faculdades e pretensões (afirmando que o que é de direito – *quid juris* – exige prova por meio de dedução), Kant (2009, p. 77-78) estabelece a problemática da compreensão de um conceito *a priori* de um objeto a que diz respeito:

> Entretanto, entre os conceitos imersos que formam o muito mesclado tecido do conhecimento humano, existem alguns determinados para o uso puro *a priori* (completamente independente de qualquer experiência). Essa faculdade sempre requer uma dedução, pois, para a legitimidade desse uso, são insuficientes provas da experiência, mas é preciso saber de que modo esses conceitos podem se referir a objetos que não se extraem de nenhuma experiência.
> Dedução transcendental é a explicação da maneira como os conceitos podem se referir *a priori* a objetos. Eu diferencio da dedução empírica, que mostra a maneira como um conceito foi adquirido mediante experiência e reflexão sobre ela, e, portanto, diz respeito ao fato pelo qual a posse ocorreu, não à legitimidade.

Em síntese, Kant apresenta a dedução transcendental como técnica que torna possível a explicação de que o conceito pode anteceder o próprio objeto a que diz respeito (conceito → objeto), em contraposição à dedução empírica, onde o objeto fornece os elementos necessários para a compreensão do conceito (objeto → conceito).

A dedução transcendental, assim, se apresenta como a técnica necessária de raciocínio para compreendermos os fundamentos dos direitos humanos. Isso porque, para nós, o conceito de direitos humanos antecede o seu próprio objeto, sendo necessária a apreensão *a priori* da sua designação, para, só então, termos os direitos humanos como objeto concreto e *per si*.

Em continuidade, ao introduzir a filosofia ética, na obra intitulada *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Kant, no campo ético, toma claramente a acepção da razão

justificativa, e visa a encontrar, em última instância, o "supremo princípio da moralidade" (*das oberste Prinzip der Moralität*), o qual não é outro senão o que Kant denominou imperativo categórico, isto é, uma "lei prática incondicional" ou absoluta, que serve de fundamento último para todas as ações humanas (COMPARATO, 2000, p. 2).

Após formular três proposições acerca do caráter moralmente mais elevado, consistente em fazer o bem, não por inclinação, mas por dever, que é a necessidade de uma ação por respeito à lei, Kant (2011, p. 29) afirma:

> Mas qual pode ser essa lei, cuja representação, mesmo sem tomar em consideração o efeito que se espera dela, tem de determinar a vontade para que esta se possa chamar boa, absolutamente e sem a menor restrição? Como tenho subtraído a vontade de todos os estímulos que pudessem afastá-la do cumprimento de uma lei, nada mais resta a não ser a legalidade universal as ações em geral, essa que deve ser o único princípio da vontade, isto é: devo agir sempre de modo que possa querer também que minha máxima se converta em lei universal.

Ao problematizar com a situação hipotética da licitude ou ilicitude de se fazer uma promessa, quando nos achamos em apuros, mesmo sabendo de nossas intenções de não cumpri-la, Kant (2011, p. 31) aponta:

> A fim de saber o que hei de fazer para que o meu querer seja moralmente bom, não preciso buscar muito longe uma penetração especial. Inexperiente a respeito do curso das coisas do mundo, incapaz de estar preparado para os acontecimentos que nele se venham a dar, basta que eu pergunte a mim mesmo: – Podes querer que a tua máxima se converta em lei universal? Se não podes, deves então rejeitá-la, e não por causa de qualquer prejuízo que dela pudesse resultar para ti ou para os outros, mas porque ela não pode caber como princípio em uma possível legislação universal.

Mas, qual legislação universal é essa que o filósofo menciona?

Ele mesmo busca responder:

> A razão, todavia, cobra-me respeito por essa legislação universal, da qual certamente ainda não conheço o fundamento (que o filósofo há de investigar); mas pelo menos compreendo se tratar de uma apreciação do valor que excede em muito o valor de tudo o que a inclinação louva, e compreendo também que a necessidade de minhas ações, por puro respeito à lei prática, é o que constitui o dever perante o qual tem de se inclinar qualquer outro fundamento determinante, pois ele é a condição de uma vontade boa em si, cujo valor a tudo supera (KANT, 2011, p. 31).

Ao concluir sua reconstrução filosófica ética, com *A Religião nos Limites da Simples Razão*, a noção de princípio ético, no sentido de razão justificativa, foi inteiramente substituída pela de fundamento (*Grund*). Interrogando-se, assim, sobre a bondade ou a maldade da natureza humana, Kant afirma que a resposta a essa indagação só pode ser encontrada num "primeiro fundamento" da aceitação pelo homem do bem ou do mal, sob a forma de máximas (subjetivas) de comportamento. Esse primeiro fundamento, não podendo ser um fato apreciável pela experiência, deve ser tido como inato, no sentido de ser posto

como algo que antecede a todo o uso da liberdade (COMPARATO, 2000, p. 02-03).

Verifica-se com a análise da evolução histórica dos direitos humanos que, no século XVI, como reação às guerras de cunho religioso entre católicos e protestantes, iniciou-se na Europa Ocidental a pesquisa de um fundamento exclusivamente terreno para a validade do direito. De um lado, a ressurreição da moral naturalista estoica (cujo princípio supremo, enunciado por Zenão, determinava "viver segundo a natureza") e a construção do chamado jusnaturalismo (as leis positivas, em todos os países, têm a sua validade fundada no direito natural, sempre igual a si mesmo). De outro lado, havia o antinaturalismo ou voluntarismo de Hobbes (2008), Locke (2005) e Rousseau (2002).

De acordo comThomas Hobbes, em sua obra *Leviatã*, em especial no Capítulo XIV, o primeiro direito do ser humano consistia no direito de usar seu próprio poder livremente, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida. É um dos primeiros textos que trata claramente do direito do ser humano, pleno somente no estado da natureza. Nesse estado, o homem é livre de quaisquer restrições e não se submete a qualquer poder. Contudo, Hobbes conduz sua análise para a seguinte conclusão: para sobreviver ao estado da natureza, no qual todos estão em confronto (o homem seria o lobo do próprio homem), o ser humano abdica dessa liberdade inicial e se submete ao poder do Estado (o *Leviatã*). A razão para a existência do Estado consiste na necessidade de se dar segurança ao indivíduo, diante das ameaças de seus semelhantes. Com base nessa espécie de contrato entre o homem e o Estado, justifica-se a antítese dos direitos humanos, que é a existência do Estado que tudo pode. AdmiteHobbes, ainda, que eventualmente o Soberano (identificado como o Estado) pode outorgar parcelas de liberdade aos indivíduos, desde que queira. Em síntese, os indivíduos não possuiriam qualquer proteção contra o poder do Estado. É claro que essa visão de Hobbes, em que pese a proclamação de um direito pleno no estado da natureza, o distancia da proteção atual dos direitos humanos (RAMOS, 2015, p. 39).

A defesa contemporânea dos direitos humanos, na verdade, demanda o reconhecimento de que os indivíduos possuem um escudo contra o poder do Estado. Na atual conjuntura, fala-se do dever dos Estados em garantir a defesa e a promoção dos direitos humanos, como forma de permitir aos indivíduos o pleno desenvolvimento de suas potencialidades, seja atuando de uma maneira negativa (no caso dos direitos de liberdade), seja de forma positiva (no caso dos direitos prestacionais).

No mesmo século XVII, outros autores defenderam a existência de direitos para além do estado da natureza de Hobbes. Em primeiro lugar, Hugo Grócio, considerado um dos pais fundadores do Direito Internacional, fez interessante debate sobre o direito natural e os

direitos de todos os seres humanos. No seu livro *O direito da guerra e da paz* (1625), Grócio defendeu a existência do direito natural, de cunho racionalista – mesmo sem Deus, ousou dizer em pleno século XII –, reconhecendo, assim, que suas normas decorrem de princípios inerentes ao ser humano. Assim, é dada mais uma contribuição – de marca jusnaturalista – ao arcabouço dos direitos humanos, em especial no que tange ao reconhecimento de normas inerentes à condição humana (RAMOS, 2015, p. 39).

Esse reconhecimento racional dos direitos humanos, apresentado por Grócio, é um dos pilares que sustentam a tese de que esses direitos não podem ser reféns da vontade estatal.

Por sua vez, a contribuição de John Locke é essencial, pois defendeu o direito dos indivíduos mesmo contra o Estado, um dos pilares do contemporâneo regime dos direitos humanos. Para Locke, em sua obra *Segundo tratado sobre o governo civil* (1689), o objetivo do governo em uma sociedade humana é salvaguardar os direitos naturais do homem, existentes desde o estado da natureza. Os homens, então, decidem livremente deixar o estado da natureza, justamente para que o Estado preserve os seus direitos existentes. Diferentemente de Hobbes, não é necessário que o governo seja autocrático. Pelo contrário. Para Locke, o grande e principal objetivo das sociedades políticas sob a tutela de um determinado governo é a preservação dos direitos à vida, à liberdade e à propriedade. Logo, o governo não pode ser arbitrário e deve seu poder ser limitado pela supremacia do bem público. Nesse sentido, os governados teriam o direito de se insurgir contra o governante que deixasse de proteger esses direitos (RAMOS, 2015, p. 39-40).

Percebe-se como Locke avança na fundamentação dos direitos humanos, afastando-os, cada vez mais, do pensamento hobbesiano de que o Estado é quem decide sobre o reconhecimento ou outorga dos direitos basilares do homem.

Além disso, Locke (1689, §§ 143 e 144) foi um dos pioneiros na defesa da divisão das funções do Poder, tendo escrito:

> The legislative power is that wich has a right to direct how the force of common-wealth shall be employed for preserving the community and the members of it. But because those laws which are constantly to be executed, and whose force is always to continue, may be made in a little time; therefore there is no need, that the legislative should be always in being, not having always business to do. And because it may be too great a temptation to human frailty, apt to grasp at power, for the same persons, who have the power of making laws, to have also in their hands the power to execute them, whereby they may exempt themselves from obedience to the laws they make, and suit the law, both in its making, and execution, to their own private advantage, and thereby come to have a distinct interest from the rest of the community, contrary to the end of society and governement: therefore in well-ordered common-wealths, where the good of the whole is do considered, as it ought, the legislative power is put into the hands of divers persons, who duly affembled, have by themselves, or jointly with others, a power to make laws, which when they have done, being separated again, they are themselves subject to the laws they have

> made; which is a new and near tie upon them, to take care, that they make them for the public good.[1]

Sustentou Locke a existência do Poder Legislativo (na sua visão, o mais importante, por representar a sociedade), Executivo e Federativo, este último vinculado às atividades de guerra e paz (política externa). Quanto ao Judiciário, Locke considerou-o parte do Poder Executivo, na sua função de executar as leis. Em síntese, Locke é um expoente do liberalismo emergente, tendo suas ideias influenciado o movimento de implantação do Estado Constitucional (com separação das funções do poder e direitos dos indivíduos em vários países) (RAMOS, 2015, p. 40).

Essa separação de funções, que será analisada mais adiante (*cf.* item 4), é essencial para que a implementação e promoção dos direitos humanos seja efetiva no plano interno, principalmente em face dos compromissos internacionais contemporâneos que os Estados assumem.

Na França, o reformista Abbé Charles de Saint-Pierre defendeu, em seu livro *Projeto de paz perpétua* (1762), o fim das guerras europeias e o estabelecimento de mecanismos pacíficos para superar as controvérsias entre os Estados em uma percursora ideia de federação mundial (RAMOS, 2015, p. 40).

Surgiu, então, o *O contrato social* (1762) de Jean-Jacques Rousseau, que defendeu uma vida em sociedade baseada em um contrato (o pacto social) entre homens livres e iguais, que estruturam o Estado para zelar pelo bem-estar da maioria. A igualdade e a liberdade são inerentes aos seres humanos, que, com isso, são aptos a expressar sua vontade e exercer o poder. A pretensa renúncia à liberdade e igualdade pelos homens nos Estados autocráticos (base do pensamento de Hobbes) é inadmissível para Rousseau, uma vez que tal renúncia seria incompatível com a natureza humana (RAMOS, 2015, p. 40).

De fato, uma das ideias primeiras que o homem tem sobre si mesmo é de que é livre.

---

[1]Tradução livre do autor: O poder legislativo é aquele que tem o direito de dirigir como a força da república será empregada para preservar a comunidade e os membros dela. Mas como as leis que estão constantemente sendo executadas, e cuja força é sempre contínua, podem ser feitas em pouco tempo; portanto, não há necessidade que o legislativo esteja sempre atuando, pois não é sempre que tem trabalho a fazer. E como pode ser muito grande para fragilidade humana a tentação de ascender ao poder, não convém que as memsas pessoas que detêm o poder de legislar tenham também em suas mãos o poder para executá-las, pois elas poderiam se isentar de obediência às leis que eles mesmos fizeram, e adequar a lei, tanto na sua elaboração e execução, em seu próprio benefício privado, e, assim, vir a ter um interesse distinto do resto da comunidade, contraários à finalidade da sociedade e do governo: portanto, em repúblicas bem organizadas, onde o bem de todos é realmente considerado, como deveria, o poder legislativo é colocado nas mãos de várias pessoas, que devidamente reunidas, têm por si só, ou em conjunto com outras, um poder para fazer leis, que quando eles o exercitarem, sendo separados de novo, eles estão eles próprios sujeitos às leis que fizeram; que é um laço novo e próximo a eles, para cuidar, para torná-las para o bem público.

Tal liberdade não é, obviamente, absoluta, pois, se o exercício de suas vontades violar o pacto social e comprometer a própria existência da organização política, ter-se-ia movimento autofágico gradual e extinção definitiva da agregação humana, pois ninguém aceitaria conviver com um semelhante que agisse de maneira imprevisível, temerária e potencialmente violadora dos sentidos de sobrevivência.

Para Rousseau, portanto, um governo arbitrário e liberticida não poderia sequer alegar que teria sido aceito pela população, pois a renúncia à liberdade seria o mesmo que renunciar à natureza humana. A inalienabilidade dos direitos humanos encontra já eco em Rousseau, que, consequentemente, combate a escravidão (aceita por Grócio e Locke, por exemplo).

Assim se expressa o pensador francês:

> Se um cidadão privado, diz Grotius, pode alienar sua liberdade e tornar-se escravo de um patrão, por que não poderia todo um povo alienar a sua e tornar-se súdito de um rei? [...]
> Dizer que um homem se dá gratuitamente é dizer coisa absurda e inconcebível. Tal ato é ilegítimo e nulo pelo simples fato de não se achar de posse de seu juízo quem faz isso. Dizer a mesma coisa de todo um povo é supor um povo de loucos; a loucura não produz direito. [...]
> Renunciar à própria liberdade é renunciar à qualidade de homem, aos direitos da humanidade, inclusive a seus deveres. Não há nenhum compensação possível para quem quer que renuncie a tudo. Semelhante renúncia é incompatível com a natureza do homem e tirar toda liberdade à sua vontade é arrebatar-lhe toda moralidade a suas ações. [...]
> Grotius e outros extraem da guerra uma outra origem do pretenso direito de escravatura. Segundo eles, tendo o vencedor o direito de matar o vencido, este pode resgatar a vida às expensas de sua liberdade, convenção tanto mais legítima porque beneficia a ambos. [...]
> A guerra não é, pois, uma relação de homem para homem, mas uma relação de Estado para Estado, na qual os cidadãos privados apenas acidentalmente são inimigos, não na qualidade de homens nem mesmo como cidadãos, mas como soldados; não como membros da pátria, mas como seus defensores. Enfim, cada Estado não pode ter por inimigos senão outros Estados, e não homens, porquanto entre coisas de naturezas diversas não se pode fixar uma verdadeira relação. [...]
> Como o objetivo da guerra consiste em destruir o Estado inimigo, tem-se o direito de matar os defensores enquanto estiverem com as armas na mão, mas desde que as deponham e se rendam, cessando ser inimigos ou instrumentos do inimigo, voltam a ser simplesmente homens e não se tem mais direitos sobre suas vidas. [...]
> O direito de escravizá-lo não vem, por conseguinte, do direito de matá-lo. Constitui-se, pois, em troca iníqua fazê-lo comprar, ao preço de sua liberdade, a vida sobre a qual não se possui nenhum direito. Estabelecendo o direito de vida e de morte sobre o direito de escravatura e o direito de escravatura sobre o direito de vida e de morte, não está claro que caímos num círculo vicioso? [...]
> Assim, por qualquer lado que se encarem as coisas, o direito de escravizar é nulo, não somente porque é ilegítimo, mas também porque é absurdo e nada significa. Estas palavras, escravidão e direito, excluem-se mutuamente. Seja de homem para homem, seja de um homem para um povo, este discurso será igualmente insensato: "Faço contigo um contrato, todo ele a teu encargo e todo em meu proveito, que haverei de observar enquanto me aprouver e que tu observarás enquanto me aprouver" (ROUSSEAU, 1999, p. 20-23).

Quanto à organização do Estado, Rousseau sustentou que os governos devem

representar a vontade da maioria, respeitando ainda os valores da vontade geral. Com isso, ele contribuiu tanto para a consolidação da democracia representativa quanto para o reconhecimento da supremacia da vontade geral em face das violações de direitos oriundas de paixões de momento da maioria.

Sabe-se que o movimento iluminista contribuiu de maneira ímpar para a fundamentação dos direitos humanos, na medida em que, diante da necessidade de superação do modelo absolutista, era necessária a formulação de uma nova ordem política.

Por sua vez, Cesare Beccaria defendeu ideias essenciais para os direitos humanos em uma área crítica: o Direito Penal. Em sua obra *Dos delitos e das penas* (1766), Beccaria sustentou a existência de limites para ação do Estado na repressão penal, balizando o *jus puniendi* com influência até os dias de hoje (RAMOS, 2015, p. 41).

Em seu livro, Beccaria (2011, p. 19) expõe:

> As leis foram as condições que agruparam os homens, no início independentes e isolados, à superfície da terra.
> Fatigados de só viver em meio a temores e de encontrar inimigos em toda parte, cansados de uma liberdade cuja incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para usufruir do restante com mais segurança. A soma dessas partes de liberdade, assim sacrificadas ao bem geral, constituiu a soberania na nação: e aquele que foi encarregado pelas leis como depositário dessas liberdades e dos trabalhos da administração foi proclamado o soberano do povo. [...]
> Desse modo, somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em pôs no depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante.
> A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que deste fundamento se afastar constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui uma usurpação e jamais um poder legítimo.
> As penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos.

Nota-se como Beccaria fundamenta o limite da imposição das penas (uma necessidade para manutenção das liberdades sacrificadas por todos) na soma das parcelas de liberdade conferidas ao soberano (o Estado). Logo, o próprio sacrifício do indivíduo é o fator limitador da atuação estatal, revelando sua preocupação antropocêntrico.

Por sua vez,Kant, no final do século XVIII (1785), em *Fundamentação da metafísica dos costumes*, defendeu a existência da dignidade intrínseca a todo ser racional, que não tem preço ou equivalente. Justamente em virtude dessa dignidade, não se pode tratar o ser humano como um meio, mas sim como um fim em si mesmo (RAMOS, 2015, p. 41).

Nesse ponto, necessária a análise mais detida do pensamento de Immanuel Kant, pois sua contribuição filosófica para a fundamentação dos direitos humanos impulsionou a

universalização desses valores.

1.1.1 Contribuição kantiana para o universalismo dos direitos humanos e para o conceito de dignidade da pessoa humana

Como marco teórico eleito para fundamentar toda a construção teórica que propomos no presente trabalho, analisaremos mais detalhadamente os ensinamentos de Immanuel Kant, em sua obra *Fundamentação da metafísica dos costumes*.

Na segunda seção de sua obra, ao tratar da transição da filosofia moral popular para a metafísica dos costumes, Kant reconhece que não se pode apresentar nenhum exemplo seguro da disposição do espírito de agir por puro dever (compreendido como a necessidade de uma ação por respeito à lei, havendo a eliminação total da influência da inclinação e com ela todo o objeto da vontade). Isso porque, apesar de muitas coisas ordenadas pelo dever acontecerem em conformidade com ele, é incerto que elas ocorram verdadeiramente por dever (totalmente despidas de influências) e tenham, portanto, valor moral.

O filósofo admite que a pior coisa que se pode fazer à moralidade é tentar deduzi-la de exemplos, pois cada exemplo que é apresentado tem de ser previamente julgado segundo princípios da moralidade para se saber se é digno de servir de exemplo original, ou seja, como modelo de conduta moral.

Ao retomar algumas conclusões já apresentadas em seu livro, Kant (2011, p. 42) elenca algumas reflexões:

> Pelo que foi dito, vê-se claramente que todos os conceitos morais têm sua sede e origem completamente *a priori* na razão, e isso tanto na razão humana mais vulgar como na mais especulativa; que tais conceitos não podem ser abstraídos de nenhum conhecimento empírico, o qual, portanto, seria puramente contingente; que precisamente nessa pureza da sua origem reside a sua dignidade para nos servir de princípios práticos supremos; que sempre que lhes acrescentamos algo empírico subtraímos em igual medida a sua pura influência e o valor ilimitado das ações; que não só a maior necessidade exige o sentido teórico quando se trata apenas de especulação, mas que é também da maior importância prática extrair da razão pura esses seus conceitos e leis, expô-los com pureza sem mescla, e mesmo determinar o âmbito de todo esse conhecimento racional prático, mas puro, isto é, toda faculdade da razão pura prática.

O filósofo pretende levar as reflexões sobre o valor moral da conduta do homem do patamar empírico (e vulgar) para o plano da metafísica (onde os exemplos práticos abandonam o raciocínio filosófico). “Cada coisa na natureza atua segundo certas leis”, afirma Kant (2011, p. 43). “Só um ser racional possui a capacidade de agir segundo a representação das leis, isto é, por princípios, ou, só ele possui uma vontade” (2011, p. 43). Como ser

racional, o filósofo se refere ao indivíduo que consegue dominar seus instintos, na maioria das vezes, por meio da razão.

Ele continua:

> Como para derivar as ações das leis se exige a razão, a vontade outra coisa não é senão a razão prática. Se a razão determina infalivelmente a vontade, então as ações de tal ser, que são conhecidas como objetivamente necessárias, são também subjetivamente necessárias, ou seja, a vontade é a faculdade de não escolher nada mais que a razão, independentemente da inclinação (KANT, 2011, p. 43).

Percebe-se, então, que razão e vontade estão intrinsecamente ligadas. Uma constitui pressuposto para a outra. Kant, todavia, reconhece que a razão por si só não determina suficientemente a vontade, porquanto esta ainda está sujeita a condições subjetivas (certos princípios) que nem sempre coincidem com as objetivas.

Dessa forma, se a vontade não é em si plenamente conformearazão, então as ações, que são reconhecidas objetivamente como necessárias, são subjetivamente contingentes, e a determinação de tal vontade, em conformidade com as leis objetivas, denomina-se *obrigação* (*Nötigung*). "A representação de um princípio objetivo, enquanto seja constitutivo para uma vontade, chama-se *mandamento* (da razão), e a fórmula do mandamento chama-se *imperativo*" (KANT, 2011, p. 44). A partir daqui, o filósofo inicia sua explanação acerca de um de seus ensinamentos mais importantes para a compreensão e fundamentação da universalidade dos direitos humanos e do conceito de dignidade da pessoa humana: o imperativo categórico.

Segundo ele, "os imperativos não são mais do que fórmulas para exprimir a relação entre as leis objetivas do querer em geral e a imperfeição subjetiva da vontade desse ou daquele ser racional – da vontade humana, por exemplo" (KANT, 2011, p. 45).

Parte-se da premissa de que todos os imperativos contêm comandos que ordenam a conduta do indivíduo racional, sejam esses imperativos hipotéticos ou categóricos. "Os hipotéticos representam a necessidade prática de uma ação possível como meio de conseguir qualquer outra coisa que se queira (ou que é possível que se queira)" (KANT, 2011, p. 45). Por sua vez, "o imperativo categórico seria o que nos representasse uma ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com nenhum outro fim" (KANT, 2011, p. 45). Aqui já despontam as ideias de "meio" e "fim", necessárias para a compreensão da dignidade humana.

Explica Kant (2011, p. 45):

> Uma vez que toda a lei prática representa uma ação possível como boa e, por isso, como necessária para um sujeito praticamente determinável pela razão, todos os imperativos são fórmulas da determinação da ação que é necessária segundo o princípio de uma vontade de qualquer forma boa. No caso de a ação ser apenas boa como meio para qualquer outra coisa, o imperativo é hipotético; se a ação é

> representada como boa em si, por conseguinte, como necessária em uma vontade em si, conforme a razão, como princípio dessa vontade, então o imperativo é categórico.

Como vemos, o imperativo categórico tem como essência representar uma ação boa por si mesma, ou seja, como fim de si mesma.

Interessante abordagem feita por Kant, nesse momento, acerca de um fim do qual se pode dizer que todos os seres racionais o perseguem realmente, sendo-lhes uma necessidade natural: a felicidade. Todavia, o pensador salienta que a busca pela felicidade se relaciona com um imperativo hipotético (e não categórico), o que permite concluir que a incessante busca pela felicidade se justifica pelo fato de esta ser uma ação não ordenada de maneira absoluta, mas unicamente como um meio para outro propósito: o bem-estar.

Avança Kant em suas reflexões e apresenta, então, três espécies de imperativos: de habilidade, conselhos da sagacidade e mandamentos (leis) da moralidade.

Ao abordá-los, ignora maiores digressões acerca do primeiro imperativo. "Quem deseja o fim [felicidade], deseja também (se a razão tem influência decisiva sobre as suas ações) o meio indispensavelmente necessário para o alcançar, que esteja em seu poder" (KANT, 2011, p. 48).

Com relação aos imperativos da prudência, salienta que, da mesma maneira que nos imperativos de habilidade, "quem quer o fim [felicidade] quer também (necessariamente conforme a razão) os únicos meios que para isso estão em seu poder" (KANT, 2011, p. 48).

Pontua o filósofo:

> Mas, infelizmente, o conceito de felicidade é tão indeterminado que, ainda que todo homem a queira alcançar, jamais ele pode dizer ao certo, e de acordo consigo mesmo, o que propriamente deseja e quer. A causa disso é que todos os elementos que pertencem ao conceito de felicidade são integralmente empíricos, isto é, têm de ser extraídos da experiência, mesmo que para a ideia de felicidade se exija um todo absoluto, uma máxima de bem-estar em meu estado presente e em todo estado futuro. Ora, é impossível que um ser, mesmo o mais perspicaz e ao mesmo tempo o mais poderoso, se for finito, possa fazer ideia exata do que propriamente quer. Se quer riqueza, quantos cuidados, quanta inveja e quantas ciladas não poderá chamar para si! Se quer conhecimento e saber, talvez isso lhe proporcione uma visão mais penetrante que lhe mostre ainda mais terríveis os males que até agora se lhe estão ocultos e não poder ser evitados, ou talvez venha a impor novas e ardentes necessidades a seus desejos, que agora já lhe dão bastante que fazer! Se quer vida longa, quem há de lhe assegurar que ela não será uma longa miséria? Se quer, pelo menos, saúde, quantas vezes a fraqueza do corpo nos preserva de excessos que uma saúde ilimitada nos teria feito cometer! (KANT, 2011, p. 48-49).

A nosso ver, em que pese o tom pessimista na fala do filósofo, parece-nos que seus pensamentos avançam no caminho do realismo. Tanto é verdade que aponta que, com relação à felicidade, "não é possível nenhum imperativo que possa ordenar no sentido rigoroso do termo, que se faça aquilo que nos torna felizes, já que a felicidade não é um ideal da razão,

mas da imaginação" (KANT, 2011, p. 49).

Tanto o imperativo da habilidade quanto da sagacidade são analíticos, porquanto ambos se limitam a ordenar os meios para aquilo que se pressupõe ser desejado como fim. Por outro lado, o imperativo da moralidade, segundo Kant, é o que exige uma solução, pois, em razão de ser um imperativo categórico, não se pode apoiar em nenhum pressuposto, ou seja, não se pode demonstrar por nenhum exemplo.

A fim de esclarecer essa afirmação, e demonstrar que é possível que todos os imperativos categóricos que se ilustram possam ser, na verdade, disfarçadamente hipotéticos, o filósofo aponta:

> Quando, por exemplo, dizemos: "não deves fazer promessas enganadoras", admitimos que a necessidade dessa abstenção não é somente um conselho para evitar algum outro mal, como se disséssemos: "não deves fazer promessas mentirosas para não perderes o crédito quando se descobrir o teu procedimento"; admitimos, pelo contrário, que uma ação desse gênero tem de ser considerada má por si mesma, que o imperativo da proibição é, portanto, categórico; mas não poderemos encontrar nenhum exemplo seguro em que a vontade seja determinada somente pela lei, sem nenhum outro motor, embora assim apareça; pois é sempre possível que o temor da vergonha, e quem sabe também a sura apreensão de outros perigos, tenham influído secretamente sobre a vontade (KANT, 2011, p. 50).

Antes de apresentar, por fim, a descrição do imperativo categórico, Kant faz outra ressalva quanto a seu conteúdo. "Quando imagino um imperativo categórico, sei imediatamente o que ele contém. Pois não contendo imperativo além da lei senão a necessidade da máxima que manda se conformar com essa lei, e não contendo a lei nenhuma condição que a limite, nada mais resta senão a universalidade de uma lei em geral" (KANT, 2011, p. 51).

Eis, portanto, a descrição de um imperativo categórico, segundo o filósofo alemão: "Age só segundo a máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal" (KANT, 2011, p. 51).

Nota-se como o imperativo categórico serve de fundamento para a universalidade dos direitos humanos, que pretendem ser leis universais formuladas a partir de um exercício de alteridade formulado pelo indivíduo intrinsicamente e que, por conta de sua generalidade, devem ser obrigatoriamente observadas, pois são fruto da razão universal de todo ser racional.

Com relação à contribuição kantiana para a formulação e compreensão do conceito de dignidade da pessoa humana, preceito axial e irradiante dos direitos humanos, deve-se continuar analisando sua *Fundamentação da metafísica dos costumes* e verificar como o filósofo tece seu raciocínio até chegar ao ápice de sua teoria, que distingue aquilo que serve como meio e aquilo que é um fim em si mesmo, aplicando-a ao próprio homem.

Toda a fundamentação de Kant se pauta pela busca do agir ético de acordo com um dever universal de conduta, relacionando-o com a vontade inerente aos seres racionais. Para ele, "concebe-se a vontade como uma faculdade de se determinar a si mesmo, agindo em conformidade com a representação de certas leis" (KANT, 2011, p. 58).

Afirma o pensador:

> Ora, aquilo que serve à vontade como princípio objetivo de sua autodeterminação é o fim [*Zweck*], e este, se é posto pela só razão, deve valer igualmente para todos os seres racionais. O que, pelo contrário, constitui apenas o princípio da possibilidade da ação, cujo efeito é um fim, chama-se meio. O princípio subjetivo do desejar é o impulso [*Tribfeder*], o princípio objetivo do querer é o motivo [*Bewegungsgrund*]; daí a distinção entre fins subjetivos, que se assentam em impulsos, e objetivos, que dependem de motivos, válidos para todo o ser racional. [...] Os fins que um ser racional se propõe ao seu capricho como efeitos da sua ação (fins materiais) são todos simplesmente relativos, pois somente a sua relação com a faculdade de desejar do sujeito, especialmente constituída, lhes confere o valor, o qual, por isso mesmo, não pode fornecer princípios universais válidos e necessários para todos os seres racionais que o sejam também para todo o querer, isto é, leis práticas (KANT, 2011, p. 58).

Nota-se como Kant inicia o arremate de sua teoria. O fim, como resultado da razão que serve à vontade, deve ser universalizável, porquanto a razão está presente em todos os seres racionais. Por outro lado, a atuação do sujeito contaminada em certa medida pelos seus desejos, não pode ser universalizável, pois somente atende a seus interesses válidos.

Eis que o filósofo continua sua caminhada: "Mas, supondo que haja alguma coisa cuja existência em si mesma tenha um valor absoluto e que, como fim em si mesma, possa ter o fundamento de determinadas leis, nessa coisa, e somente nela, é que estará o fundamento de um possível imperativo categórico, quer dizer, de uma lei prática" (KANT, 2011, p. 58).

Aqui reside o fundamento dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana. A coisa cuja existência em si mesma detém um valor absoluto e que serve de base irradiante para determinadas leis é o próprio homem.

Alcança-se o vértice da contribuição kantiana para o tema:

> Agora eu afirmo: o homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim. Todos os objetos das inclinações têm um valor apenas condicional, pois se não existissem as inclinações e as necessidades que nelas se fundamentam seria sem valor o seu objeto. As próprias inclinações, porém como fontes das necessidades, tão longe estão de possuir um valor absoluto que as tornem desejáveis em si mesmas que, muito pelo contrário, melhor deve ser o desejo universal de todos os seres racionais em libertar-se totalmente delas. Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional (KANT, 2011, p. 58).

Segundo a teoria kantiana, o que difere as coisas das pessoas é o fato de aquelas

serem irracionais, logo, deterem valor relativo e poderem servir como meio, enquanto que estas são dotadas de racionalidade, sendo distinguidos como fins em si mesmos, ou seja, "como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, portanto, nessa medida, limita todo o arbítrio (e é um objeto de respeito)" (KANT, 2011, p. 59).

A existência humana racional garante um valor e um fim tal que "em seu lugar não se pode pôr nenhum outro em seu lugar, em relação ao qual essas coisas serviriam de meios" (KANT, 2011, p. 59).

O fundamento desse princípio é: "a natureza racional existe como fim em si" (KANT, 2011, p. 59). O imperativo prático resultante é enunciado por Kant (2011, p. 59) da seguinte forma: "age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio".

Interessante como Kant, apesar de estar tratando do imperativo categórico, consegue antecipar e explicar um dos problemas mais sensíveis da teoria dos direitos humanos: a violação de direitos humanos, sob uma ótica prementemente utilitarista:

> Se agora atentarmos ao que se passa em nós mesmos sempre que transgredimos qualquer dever, descobriremos que realmente não queremos que a nossa máxima se torne lei universal, porque isso nos é impossível; bem ao contrário dela é o que se deve manter como lei universal; tomamos apenas a liberdade de abrir nela uma exceção para nós mesmos ou (também só para esse caso) em proveito de nossa inclinação. Por conseguinte, se tudo considerássemos partindo de um único ponto de vista, que seria o da razão, acharíamos uma contradição em nossa própria vontade, a saber: que certo princípio seja objetivamente necessário como lei universal sem valer subjetivamente em universalidade, mas permitindo exceções. Porém, já consideramos a nossa ação ora do ponto de vista de uma vontade totalmente conforme à razão, ora, por outro lado, do ponto de vista de uma vontade afetada pela inclinação; disso resulta que aqui não há em verdade nenhuma contradição, mas sim uma resistência da inclinação à prescrição da razão (*antagonismus*); decorre daí, mais uma vez, que a universalidade do princípio (*universalitas*) se transforma em mera validez comum (*generalitas*), de tal modo que o princípio prático da razão deve coincidir com a máxima no meio do caminho. Ainda que isso não se possa justificar em nosso próprio juízo imparcial, prova, contudo, que, verdadeiramente, reconhecemos a validade do imperativo categórico, permitindo-nos apenas (com todo o respeito por ele) algumas exceções forçadas e, ao que nos parece, insignificantes (KANT, 2011, p. 55).

Nossas reflexões sobre esse tema restringir-se-ão a apontar um trecho do diálogo travado entre Sócrates e Glauco, no Livro II de *A República*, de Platão. A fim de tentar demonstrar a Sócrates que a justiça praticada por todos é feita de maneira contrária às suas vontades, como uma coisa necessária a ser feita, e não como uma coisa boa por si só, Glauco lança mão de uma alegoria sobre moralidade. Trata-se da história do "Anel de Giges" (PLATÃO, 2000, p. 46).

Em apertada síntese, um pastor encontrou um cadáver com um anel, tomando-o para

si. Quando reunido com os demais pastores do soberano da Lídia, ele percebeu que, quando escondia o engaste do anel na parte interna de sua mão, as pessoas não o viam. Mas, quando ele voltava o engaste para fora, as pessoas passavam a vê-lo. Giges, então, percebeu que o anel lhe conferia o atributo da invisibilidade quando o usava, mas não o mostrava, e que esse atributo o deixava imune ao julgamento dos outros. Percebeu que se encontrava blindado por aquele anel. "Assim, senhor de si, logo fez com que fosse um dos delegados que iam junto do rei. Uma vez lá chegado, seduziu a mulher do soberano, e com o auxílio dela, atacou-o e matou-o, e assim se tomou o poder" (PLATÃO, 2000, p. 46).

Glauco, então, transporta o fundamento da alegoria para a conclusão que pretende alcançar sobre a obrigatoriedade do agir com justiça.

Ele conclui:

> Se, portanto, houvesse dois anéis como este, e o homem justo pusesse um, e o injusto outro, não haveria ninguém, ao que parece, tão inabalável que permanecesse no caminho da justiça, e que fosse capaz de se abster dos bens alheios e de não lhes tocar, sendo-lhe dado tirar à vontade o que quisesse do mercado, entrar nas casas e unir-se a quem lhe apetecesse, matar ou libertar das algemas a quem lhe aprouvesse, e fazer tudo o mais entre os homens, como se fosse igual aos deuses. Comparando-se desta maneira, os seus atos em nada difeririam dos do outro, mas ambos levariam o mesmo caminho. E disto se poderá afirmar que é uma grande prova, de que ninguém é justo por sua vontade, mas forçado, por entender que a justiça não é um bem para si, individualmente, uma vez que, quando cada um julga que lhe é possível cometer injustiças, comete-as. Efetivamente, todos os homens acreditam que lhes é muito mais vantajosa, individualmente, a injustiça do que a justiça. E têm razão, como dirá o defensor desta argumentação. Uma vez que, se alguém que usurpasse tal poder não quisesse jamais cometer injustiças, nem apropriar-se dos bens alheios, pareceria aos que disso soubessem muito desgraçado e insensato. Contudo, haviam de elogiá-lo em presença uns dos outros, enganando-se reciprocamente, com receio de serem vítimas de alguma injustiça. Assim são, pois, estes fatos (PLATÃO, 2000, p. 46-47).

Com essa alegoria, Glauco pretende introduzir a discussão sobre uma ideia de moral na contramão do senso comum, segundo a qual a conduta moral é uma conduta que depende de uma atividade da consciência de quem age e que, de certa maneira, não está submetida a interferências outras além da consciência do agente. Isso significa que a conduta moral tem a ver com o que a pessoa faz, mesmo, ou, sobretudo, em condições de neutralidade repressiva, ou, se se preferir, em condições de invisibilidade (quando ninguém está olhando). A conduta moral está relacionada, então, com aquilo que se limita no comportamento, mesmo sendo invisível. A conduta moral está ligada com aquilo que se faz, sobretudo, com o que não se faz. Mas, o que não se faz ou faz, não em função de uma repressão externa, mas em razão de uma ideia de moral.Quanto mais vivermos numa sociedade repressiva, que determine os comportamentos, menos espaço existe para a moral. Mais polícia, menos moral. Uma sociedade imoral necessita de maiores níveis de interferências no comportamento no

humano.Parece que é isso o que experimentamos atualmente.

A grande controvérsia atual sobre os direitos humanos, principalmente no atual contexto da sociedade brasileira – onde bandeiras como "direitos humanos para humanos direitos" são hasteadas – pode ser compreendida com as reflexões apresentadas. Compactuar com violações de direitos humanos é atuar de maneira imoral, porquanto, se não existissem leis repressoras às diversas modalidades de violações a direitos humanos ou leis asseguradoras desses direitos, possivelmente, segundo Glauco, atuaríamos sob o atributo da invisibilidade, pois estaríamos imunes ao julgamento de nossas condutas.

Da mesma forma, podemos deslocar essa reflexão da conduta moral sobre violações de direitos humanos para o agir dos Estados, no âmbito da responsabilidade internacional, objeto principal do presente trabalho.

A necessidade de criação de organismos internacionais para a implementação, manutenção e fiscalização dos compromissos assumidos pelos Estados em matéria de direitos humanos reflete como, por meio de indução, os países também exigem a interferência coercitiva, principalmente de órgãos jurisdicionais internacionais, para não quebrarem suas promessas.

Como dito por Glauco, os homens elogiariam alguém que detivesse o atributo da imunidade ao julgamento e não o utilizasse para cometer injustiças, enganando-se reciprocamente, com receio de serem os alvos das possíveis injustiças praticáveis pelo imune. Mas, no íntimo, considerá-lo-iam um desgraçado e insensato por não tirar vantagem de seu poder. Os Estados, por vezes, assim também atuam, principalmente quanto a si mesmos. No plano das relações internacionais, invocar o predicado de defensor dos direitos humanos, como verdadeiro Estado Humanístico Democrático de Direito, objetiva garantir a falsa imunidade da invisibilidade ao julgamento pelas violações que diuturnamente são praticadas, porquanto, se descobertas, afastam o véu da aparente conduta moral e justa e revelam a nefasta realidade que assola o povo subjugado e violado.

Vale a fórmula de Ésquilo, citada por Glauco (PLATÃO, 2000, p. 47), de que "o homem justo, simples e generoso não quer parecer bom, mas sê-lo", convertida na sapiência vulgar que propala que, "tal como a mulher de César, além de ser honesto, precisa parecer honesto".

Vivemos num momento em que o pensamento kantiano, que fundamenta os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana, convive em constante conflito com o pensamento utilitarista.

A fim de compreendermos a contraposição estabelecida entre a ética kantiana e a

ética utilitarista, faremos o necessário diálogo entre as duas vertentes da filosofia moral que tantos embates propiciam no campo da fundamentação filosófica dos direitos humanos.

1.1.2 Diálogo necessário entre a ética kantiana e a ética utilitarista de Jeremy Benthan e John Stuart Mill

O utilitarismo é uma vertente da filosofia ética que afirma que uma ação deve ser moralmente julgada de acordo com o bem-estar (utilidade) por ela produzida. Sustenta que uma boa ação é aquela que maximiza a felicidade, sendo, portanto, um pensamento filosófico consequencialista, em razão de julgar ações ou omissões com base em suas consequências.

Uma de suas premissas fundamentais é de que não existe "nenhum bem tão precioso que não possa ter parte sacrificada em detrimento de outro bem" (GUTMAN, THOMPSON, 1996, p. 179).

O filósofoJeremy Bentham (1748-1832) desprezava profundamente a ideia dos direitos naturais, considerando-os um "absurdo total". Sua ideia central é formulada de maneira simples e tem apelo intuitivo: o mais elevado objetivo da moral é maximizar a felicidade, assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor. De acordo com Bentham, a coisa certa a fazer é aquela que maximizará a utilidade. Como "utilidade" ele define qualquer coisa que produza prazer ou felicidade e que evite a dor ou o sofrimento. Bentham chega a esse princípio por meio da seguinte linha de raciocínio: todos somos governados pelos sentimentos de dor e prazer. São nossos "mestres soberanos" (SANDEL, 2013, p. 48).

Ainda segundo Bentham, ao determinar as leis ou diretrizes a serem seguidas, um governo deve fazer o possível para maximizar a felicidade da comunidade geral.

A vulnerabilidade mais flagrante do utilitarismo, muitos argumentam, é que ele não consegue respeitar os direitos individuais. Ao considerar apenas a soma das satisfações, pode ser muito cruel com o indivíduo isolado. Para o utilitarista, os indivíduos têm importância, mas apenas enquanto as preferências de cada um forem consideradas em conjunto com as de todos os demais. E isso significa que a lógica utilitarista, se aplicada de forma consistente, poderia sancionar a violação do que consideramos normas fundamentais da decência e do respeito no trato humano (SANDEL, 2013, p. 51).

O pensadorJohn Stuart Mill (1806-1873) era filho de James Mill, amigo e discípulo de Bentham. Mill tentou salvar o utilitarismo, reformulando-o como uma doutrina mais humana e menos calculista (SANDEL, 2013, p. 63).

Os trabalhos de Mill são uma árdua tentativa de conciliar os direitos do indivíduo

com a filosofia utilitarista que herdara do pai e adotada de Bentham. Seu livro *On Liberty* (1859) é a clássica defesa da liberdade individual nos países de língua inglesa. Seu princípio central é o de que as pessoas devem ser livres para fazer o que quiserem, contanto que não façam mal aos outros. O governo não deve interferir na liberdade individual a fim de proteger uma pessoa de si mesma ou impor as crenças da maioria no que concerne à melhor maneira de viver. Os únicos atos pelos quais uma pessoa deve explicações à sociedade, segundo Mill, são aqueles que atingem os demais. Desde que eu não esteja prejudicando o próximo, minha "independência é, por direito, absoluta. No que diz respeito a si mesmo, ao próprio corpo e à própria mente, o indivíduo é soberano" (SANDEL, 2013, p. 64).

Ele dirige crítica acentuada à teoria kantiana apresentada na obra *Fundamentação da metafísica dos costumes*:

> This remarkable man, whose system of thought will long remain one of the landmarks in the history of philosophical speculation, does, in the treatise in question, lay down a universal first principle as the origin and ground of moral obligation; it is this: "So act, that the rule on which thou actest would admit of being adopted as a law by all rational beings". But when he begins to deduce from this precept any of the actual duties of morality, he fails, almost grotesquely, to show that there would be any contradiction, any logical (not to say physical) impossibility, in the adoption by all rational beings of the most outrageously immoral rules of conduct. All he shows is that the consequences of their universal adoption would be such as no one would choose to incur (MILL, 2001, p. 8).[2]

A fim de esclarecer o que é o utilitarismo, Mill (2001, p. 10) afirma:

> The creed which accepts as the foundation of morals, Utility, or the Greatest Happiness Principle, holds that actions are right in proportion as they tend to promote happiness, wrong as they tend to produce the reverse of happiness. By happiness is intended pleasure, and the absence of pain; by unhappiness, pain, and the privation of pleasure. […] Pleasure and freedom from pain are the only things desirable as ends; and that all desirable things (which are as numerous in the utilitarian as in any other scheme) are desirable either for the pleasure inherent in themselves, or as means to the promotion of pleasure and the prevention of pain.[3]

Tem-se no Utilitarismo uma fórmula para se determinar se uma conduta é moral ou

[2] Tradução livre do autor: "Este homem notável, cujo sistema de pensamento permanecerá durante muito tempo um dos marcos na história da especulação filosófica, faz, no tratado em questão, estabelecer um primeiro princípio universal como a origem e fundamento da obrigação moral: "Age segundo uma máxima que contenha ao mesmo tempo em si a sua própria validade univesal para todo ser racional". Mas quando ele começa a deduzir deste preceito alguns dos deveres reais de moralidade,ele falhar, quase grotescamente, para mostrar que não haveria qualquer contradição, qualquer impossibilidade lógica (para não dizer física), na adoção por todos os seres racionais das regras mais escandalosamente imorais de conduta. Tudo o que ele mostra é que as conseqüências de sua adoção universal seria como ninguém iria escolher".

[3] Tradução livre do autor: "A corrente que aceita como fundamento da moral, Utilidade, ou o Princípio da Maior Felicidade, sustenta que as ações são corretas na proporção em que elas tendem a promover a felicidade; erradas, já que tendem a produzir o oposto da felicidade. Por felicidade se compreende prazer e ausência de dor; por infelicidade, dor e privação de prazer. [...] O prazer e a liberdade da dor são as únicas coisas desejáveis como fins; e que todas as coisas desejáveis (que são tão numerosas no utilitarismo como em qualquer outro regime) são desejáveis quer para o prazer inerentes a si mesmos, ou como meios para a promoção do prazer e da prevenção da dor."

não de acordo com o nível de prazer (felicidade) que ela causa na coletividade. A noção utilitarista do sacrifício de bens em detrimentos de outros, e, aqui, entenda-se a possibilidade de se sacrificar até mesmo uma vida humana, é o que contrapõe esse pensamento à moral kantiana de que o homem é um fim em si mesmo.

Nota-se isso na passagem abaixo:

> The utilitarian morality does recognize in human beings the power of sacrificing their own greatest good for the good of others. It only refuses to admit that the sacrifice is itself a good. A sacrifice which does not increase, or tend to increase, the sum total of happiness, it considers as wasted. The only self-renunciation which it applauds, is devotion to the happiness, or to some of the means of happiness, of others; either of mankind collectively, or of individuals within the limits imposed by the collective interests of mankind (MILL, 2001, p. 19).[4]

Para enfatizar seu argumento, Mill (2001, p. 18) questiona: "I ask, would the sacrifice bemade if the hero or martyr did not believe that it would earn for others immunity from similar sacrifices?"[5].E salienta: "Would it be made if he thought that his renunciation of happiness for himself would produce no fruit for any of his fellow creatures, but to make their lot like his, and place them also in the condition of persons who have renounced happiness[6]?".

Curiosamente, Mill (2001, p. 19 e 23) invoca argumentos cristãos para justificar a ética utilitarista:

> I must again repeat, what the assailants of utilitarianism seldom have the justice to acknowledge, that the happiness which forms the utilitarian standard of what is right in conduct, is not the agent's own happiness, but that of all concerned. As between his own happiness and that of others, utilitarianism requires him to be as strictly impartial as a disinterested and benevolent spectator. In the golden rule of Jesus of Nazareth, we read the complete spirit of the ethics of utility. To do as you would be done by, and to love your neighbor as yourself, constitute the ideal perfection of utilitarian morality. […] If it be a true belief that God desires, above all things, the happiness of his creatures, and that this was his purpose in their creation, utility is not only not a godless doctrine, but more profoundly religious than any other[7].

RevelaMill como os críticos do utilitarismo confundem as regras que regem as

---

[4] Tradução livre do autor: "A moral utilitária de fato reconhece nos seres humanos o poder de sacrificar seu próprio maior bem para o bem dos outros. Ela só se recusa a admitir que o sacrifício é em si um a coisa boa. Um sacrifício que não aumente, ou tenda a aumentar, a soma total de felicidade, é considerado como um desperdício. A única auto-renúncia que aplaude é a devoção à felicidade, ou a algum dos meios de felicidade dos outros; quer da humanidade coletivamente, ou de indivíduos dentro dos limites impostos pelos interesses coletivos da humanidade".

[5] Tradução livre do autor: "Eu pergunto, seria o sacrifício realizado pelo heroi ou pelo mártir se ele não acreditasse que isso significaria o ganho de imunidade em relação a esse sacrifício para outros?".

[6] Tradução livre do autor: "Isso seria feito se ele pensasse que a renúncia à sua própria felicidade não produziria nenhum fruto para qualquer de seus companheiros, mas apenas os colocaria em situação como a dele, e nas mesmas condições das pessoas que renunciaram à felicidade?".

[7] Tradução livre do autor: "Devo repetir novamente, o que os críticos do utilitarismo raramente são justos em reconhecer é que a felicidade que forma o padrão utilitarista do que é certo na conduta, não é a própria felicidade do indivíduo, mas a de todos os interessados. Como entre a sua própria felicidade e a de outras pessoas, o utilitarismo exige que ele seja tão estritamente imparcial como um espectador desinteressado e benevolente. Na regra de ouro de Jesus de Nazaré, lemos o espírito completo da ética do serviço público. Para fazer o que seria feito por mim, e amar o próximo como a si mesmo, constitui a perfeição ideal da moralidade utilitarista. [...] Se há uma crença verdadeira de que Deus deseja, acima de todas as coisas, a felicidade de suas criaturas, e que esse era seu propósito em sua criação, utilidade não é somente uma doutrina sem a ausência de Deus, mas a mais profundamente religiosa do que qualquer outra."

condutas dos indivíduos com os motivos de suas ações quando apontam ser uma exigência muito grande à humanidade que as pessoas devam sempre agir a fim de promover os interesses gerais da sociedade. Para Mill, é o objetivo da ética revelar quais são nossos deveres, ou por meio de quais testes nós podemos encontrá-los, mas nenhum sistema ético exige que saibamos somente o motivo pelo qual tudo o que nós fazemos deva ser feito de acordo com um sentimento de dever. Ao contrário, "ninety-nine hundredths of all our actions are done from other motives, and rightly so done, if the rule of duty does not condemn them"[8].

De acordo com os críticos liberais, o utilitarismo leva inexoravelmente a soluções inaceitáveis porque tenta justificar ou até mesmo exigir atos os quais são obviamente imorais. Esse tipo de argumento é tipicamente sustentado por exemplos de sacrifícios de um indivíduo em face do interesse da coletividade, tais como: a morte de uma pessoal saudável, a fim de se providenciar órgãos saudáveis a um número de pessoas que precisam deles; a prisão de uma pessoa inocente que foi publicamente reconhecida como o culpado para facilitar o restabelecimento da paz e da ordem em uma situação de motim; a tortura de um terrorista a fim de se descobrir planos de ataque e salvar vidas (DEMBOUR, 2006, p. 69).

Interessante a posição apresentada por Marié-Bénedicte Dembour (2006, p. 69), ao afirmar que:

> The ever-present possibility of sacrificing one good to another good has been presented as the central embarrassment of utilitarianism. I fail to detect this embarrassment. It is nonetheless clear that utilitarianism and rights-based liberalism seem to work at cross-purposes. Utilitarianism is concerned with pursuing the collective interests, this kind of liberalism with pursuing the interest of the individual. Utilitarianism must logically neglect principled respect for individual rights when their application can be expected to run counter the maximization of happiness; the foundation of rights based liberalism is the protection of these very rights, irrespective of the consequences for the public good. In terms of method, utilitarianism is deductive and context-oriented; liberalism, in this variant, inductive and abstract-oriented.[9]

Para combater o ideal utilitarista, tomamos como ponto de partida o argumento de Ronald Dworkin (1984, p. 152-167) sobre os direitos como trunfos (*rights-as-trumps*). Ele é informado, basicamente, pela filosofia de Immanuel Kant, que, como visto, sustentou que os

[8]Tradução livre do autor: "Noventa e nove por cento de todas as nossas ações são realizadas por força de outros motivos, e certamente são feitas, se a regra do dever não as condená-las".

[9]Tradução livre do autor: "A possibilidade sempre presente de sacrificar um bem em detrimento de outro bem tem sido apresentada como o constrangimento central do utilitarismo. Eu não consigo detectar esse constrangimento. No entanto, é claro que o utilitarismo se baseia nos direitos que o liberalismo parece trabalhar, mas com objetivos opostos. O utilitarismo está preocupado com a realização dos interesses coletivos, enquanto o liberalismo com a realização do interesse do indivíduo. O utilitarismo deve logicamente negligenciar o respeito aos direitos individuais, quando a sua aplicação puder ir contra a maximização da felicidade; o fundamento dos direitos baseados no liberalismo é a proteção desses mesmos direitos, independentemente das consequências para o bem público. Em termos de método, o utilitarismo é dedutivo e orientado para o contexto; o liberalismo, nesta variante, indutivo e orientado abstratamente".

indivíduos devem ter autonomia para determinar seus próprios fins. A liberdade de escolha é o cerne da filosofia kantiana.

Seguindo o pensamento de Kant, Dworkin não associa a dignidade humana com nenhum conceito particular de bem comum. Ele defende a visão de que uma teoria liberal de justiça não deveria adotar nenhuma posição sobre o que compõe o ideal de uma boa vida. Isso leva Dworkin, inicialmente, a demonstrar seu interesse pelos princípios do procedimentalismo em contraposição aos princípios do substantivismo.

Ele exige que os indivíduos sejam tratados justamente e que sua dignidade, como indivíduos humanos capazes de decidir seus próprios fins, seja defendida. Para ele, o Estado deve tratar seus cidadãos com igual respeito e consideração, enquanto se mantém neutro em relação às visões concorrentes sobre do que uma boa vida é composta. Dworkin sustenta que os direitos individuais – que proporcionam o espaço para a democracia atuar – devem se sobrepor às noções substantivas do que é bom.

Em seu ensaio, Dworkin (1984, p. 152) assim inicia suas considerações:

> Rights are best understood as trumps over some background justification for political decisions that states a goal for the community as a whole. If someone has a right to publish pornography, this means that it is for some reason wrong for officials to act in violation of that right, even if they (correctly) believe that the community as a whole would be better off if they did.[10]

Nota-se como o termo *correctly*, em parênteses, desempenha importante papel no pensamento de Dworkin. Ele não está dizendo que, em um conflito entre um direito individual e o bem da coletividade, o direito deve ser primordial quando a visão do que é bom para a comunidade é equivocada, ou, pelo menos, possivelmente equivocada. Na sua visão, o direito é superior em tal conflito. O fato de o direito poder se contrapor aos benefícios da comunidade é irrelevante. O interesse coletivo deve ceder espaço, quaisquer sejam as consequências disso.

Para Dworkin (2002, p 294), "se os cidadãos têm um direito moral à liberdade de expressão, o governo cometeria um erro ao revogar a Primeira Emenda, que o garante, mesmo que estivesse convencido de que a maioria ficaria em melhor situação se esse direito fosse restringido". Ele afirma que um direito corretamente compreendido é um trunfo que não permite nenhum tipo de sacrifício em face do interesse coletivo, como defendido pelos utilitaristas.

Nas palavras de Dworkin (1984, p. 166):

[10]Tradução livre do autor: "Direitos são melhor entendidos como trunfos comouma forma de justificação para as decisões políticas que estabelecem uma meta para a comunidade como um todo. Se alguém tem o direito de publicar pornografia, isso significa que é, por algum motivo, errado para os agentes do Estadoviolar esse direito, mesmo que eles (corretamente) acreditem que a comunidade, como um todo, seria melhor se eles o violassem.

> We need rights, as a distinct element in political theory, when some decision that injures some people nevertheless finds prima-facie support in the claim that it will make the community as a whole better off on some plausible account of where the community's general welfare lies. The most natural source of any objection we might have to such a decision is that it pays insufficient attention to its impact on the minority. We want to say that the decision is wrong, in spite of its apparent merit, because it does not take the damage it causes to some into account in the right way and therefore does not treat these people as equals entitles to the same concern as others.[11]

Para ele, o mérito evidente da decisão política seria somente aparente, pois a teoria liberal que o filósofo americano sustenta é baseada na ideia que de nenhuma quantidade de benefício resultante de uma violação de um direito trunfo será capaz de justificar sua violação. Na sua visão, a violação de um trunfo jamais pode ser permitida. Por outro lado, um utilitarista, para quem os sacrifícios de direitos são possíveis pode considerar como evidente o mérito da violação de um direito fundamental.

Defende Dworkin o poder de trunfo dos direitos. Um direito é um trunfo quando um cálculo do que poderia superá-lo é descartado. Com tais direitos não há ponderação de interesses a ser feita, nem teste de proporcionalidade a ser aplicado.

Portanto, a fundamentação dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana, como um fim em si mesmo, não se coaduna com os ensinamentos utilitaristas, porquanto estes permitem justificar violações a direitos tidos como inerentes a cada sujeito por si só.

Em virtude da promessa moral de igual respeito a todo ser humano, deve-se concretizar tais fundamentos teóricos e filosóficos em um conceito jurídico exigível. Os direitos humanos exibem uma característica que os permitem observar, simultaneamente, a moral e o direito. Apesar de seu conteúdo exclusivamente moral, os direitos humanos têm a forma de direitos subjetivos exigíveis que concedem liberdades e pretensões específicas. Eles têm sido construídos por meio da tradução em termos concretos na legislação democrática para serem especificados, caso a caso, nas decisões judiciais, e para serem invocados nos casos de violações. Os direitos humanos se apresentam de maneira precisa quando a moral pode ser traduzida no âmbito da lei coercitiva e transformada em uma realidade política mediante a fórmula de direitos civis efetivos. Eis o desafio introduzido anteriormente por Bobbio.

---

[11]Tradução livre do autor: "Precisamos de direitos, como um elemento distinto na teoria política, quando alguma decisão que fere algumas pessoas, no entanto, encontra apoio prima facie na alegação de que elafará a comunidade como um todo melhor sob alguma explicação plausível de onde está o bem-estar geral da comunidade. A fonte mais natural de qualquer objeção que podemos ter é de que tal decisão não dá atenção suficiente ao seu impacto sobre a minoria. Queremos dizer que a decisão é errada, apesar do seu mérito aparente, porque ele não leva em consideração os danos causados a alguns e, portanto, não trata essas pessoas como iguais com os mesmos direitos que os outros".

Assim, é possível verificar como a vertente jusnaturalista contrapõe-se ao positivismo e deve ser resgatada para exigir dos Estados a observância das obrigações por eles assumidas, sob pena de serem responsabilizados por atos violadores dos direitos basilares do homem.

Tecidas essas breves reflexões teóricas e filosóficas sobre o tema que irá nos acompanhar ao longo do trabalho, abrem-se as portas para que os direitos humanos sejam analisados ao longo da história do homem.

1.2 Direitos humanos na história: breve retrospecto

A construção dos direitos humanos ao longo da história ilustra as conquistas políticas que antecedem a positivação e a conscientização dos povos acerca do núcleo dos direitos fundamentais de todos os seres humanos. A partir do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como cerne irradiante de direitos é que os direitos humanos foram alçados ao centro das discussões e reflexões da atuação do Estado em relação às pessoas.

Reconstruir cronologicamente a história dos direitos humanos permite avaliar o modo como se desenvolveram e foram sendo gradativamente reconhecidos, ora mais, ora menos, pelo Estado.

Inicialmente, trazemos a reflexão de Jürgen Habermas (2010), apresentada em um artigo de sua autoria, onde o pensador alemão expõe que os textos normativos se referem a direitos humanos e fundamentais desde as declarações do século XVIII, mas não se referem ao conceito de dignidade humana, apesar de este ser pressuposto para a sua concepção jurídica. Aponta o autor que a dignidade humana só passou a ter maior destaque e previsão expressa após a Segunda Guerra Mundial.

Apesar dessa revelação historicamente recente do interesse sobre o conceito da dignidade da pessoa humana, Habermas (2010, p. 6) defende a coexistência implícita e anterior da dignidade à positivação dos direitos humanos.

> De esta manera, nos enfrentamos a la pregunta de si la "dignidad humana" es un concepto normativo fundamental y sustantivo, a partir del cual los derechos humanos pueden ser deducidos mediante la especificación de las condiciones en que son vulnerados, o si, por el contrario, se trata de una expresión que simplemente provee una fórmula vacía que resume un catálogo de derechos humanos individuales no relacionados entre sí. Quiero ofrecer algunas razones legales para mostrar que la "dignidad humana" no es únicamente una expresión clasificatoria, como si se tratara de un parámetro de sustitución vacío que agrupara una multiplicidad de fenómenos diferentes. Por el contrario, pretendo sostener (I) que constituye la "fuente" moral de la que todos los derechos fundamentales derivan su sustento.

Em razão de seu caráter abstrato, os direitos humanosprecisam ser especificados em

termos concretos em cada caso particular. Nesse processo, em contextos culturais diferentes, os legisladores e juízes podem chegar a resultados diferentes. Atualmente, isso pode ser percebido, por exemplo, na tentativa de regulamentação de assuntos éticos controvertidos como o suicídio assistido, o aborto e a manipulação genética. É inquestionável, também, que, em virtude dessa necessidade de interpretação, os conceitos legais universais facilitem a negociação de acordos, o que revela a influência da Teoria do Agir Comunicativo de Habermas. Assim, apelar ao conceito de dignidade humana proporcionou o alcance de um consenso, por exemplo, na fundação da Organização das Nações Unidas.

Continua o mestre alemão (2010, p. 8):

> Todo el mundo podía estar de acuerdo en que la dignidad humana era algo central, pero no por qué ni cómo. A pesar de esta observación, el significado jurídico de la dignidad humana no se agota en la función de crear una cortina de humo para ocultar diferencias más profundas. El hecho de que el concepto de "dignidad humana" también pueda ocasionalmente facilitar acuerdos al momento de precisar y extender los derechos humanos mediante la neutralización de diferencias abismales no puede servir como explicación para su tardía aparición como concepto legal. […] De ahí que la experiencia de violaciones a la dignidad humana haya desempeñado en muchos casos, y pude desempeñar aún, una función creativa, ya sea antelas insoportables condiciones de vida y la marginación de las clases sociales empobrecidas; o ante el trato desigual a hombres y mujeres en el lugar de trabajo, o la discriminación de extranjeros y minorías raciales, religiosas, lingüísticas o culturales; o también ante la terrible experiencia de mujeres jóvenes provenientes de familias inmigrantes que tienen que liberarse ellas mismas de la violencia de códigos de honor tradicionales; o, por último, ante la brutal expulsión de inmigrantes ilegales y solicitantes de asilo.

Para Habermas (2010, p. 10), a dignidade humana desempenha a função de um sismógrafo que registra o que é constitutivo em uma ordem democrática e legal, precisamente aqueles direitos que os cidadãos de uma comunidade política devem conceder-se a si mesmos e que são capazes de respeitar entre si, como membros de uma associação voluntária de pessoas livres e iguais.

Relacionando as gerações (ou dimensões) dos direitos humanos, o pensador disserta:

> Después de doscientos años de historia constitucional moderna, poseemos ya un mejor entendimiento de lo que distinguió este desarrollo desde sus inicios: la dignidad humana configura el portal a través del cual el sustrato igualitario y universalista de la moral se traslada al ámbito del derecho. La idea de la dignidad humana es el eje conceptual que conecta la moral del respeto igualitario de toda persona con el derecho positivo y el proceso de legislación democrático, de tal forma que su interacción puede dar origen a un orden político fundado en los derechos humanos (HABERMAS, 2010, p. 10).

Todavia, Habermas apresenta argumentos céticos, referindo-se à utopia dos direitos humanos. Para ele (2010, p. 18), a prática sem precedentes de redigir constituições abriu uma brecha utópica. De um lado, os direitos humanos podem adquirir qualidade de direitos

exigíveis unicamente no interior de uma comunidade política, isso é, no interior de um Estado-nação; mas, de outro, os direitos humanos estão conectados a uma demanda universal de validade que transborda as fronteiras nacionais. Conseguir ampliar a proteção dos direitos humanos no interior dos Estados, ou pressionar para que se difundam mais além das fronteiras nacionais, nunca foi possível sem movimentos de lutas sociais e políticas, ou sem a resistência à opressão e à degradação.

Antes de continuar nessa análise, façamos a reconstrução cronológica dos direitos humanos, desde os primórdios que deles se tem notícia.

A evolução dos direitos humanos passou por uma fase em que eram vistos a partir de um prisma divino, pois, se cada pessoa, como filho de Deus, foi criada à sua imagem e semelhança, logo era dotada de direitos intangíveis e invioláveis.

Fábio Konder Comparato (2010, p. 4) inicia sua obra *A afirmação histórica dos direitos humanos* com a seguinte passagem:

> O que se conta, nestas páginas, é a parte mais bela e importante de toda a História: a revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. E o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais.

Criados à imagem e semelhança de Deus, todos os homens têm uma liberdade irrenunciável que nenhuma sujeição política ou social pode destruir (MIRANDA, 1998, p. 17). Esse início metafísico da fundamentação dos direitos humanos encontra respaldo nos ensinamentos de crenças religiosas, como o Cristianismo, o Judaísmo e o Islamismo, e em reflexões de cunho epistemológico, como o Budismo e o Xintoísmo, para mencionar somente algumas das existentes. Mais tarde, já na Idade Moderna, esses direitos eram vistos como direitos inerentes às pessoas por sua condição de seres humanos dotados de dignidade, o que evoluiu por meio de declarações que proclamavam um número cada vez maior de direitos, considerados essenciais à própria sobrevivência.

Dessa forma, partiu-se de um momento de consagração dos “direitos naturais”, passando pelo processo de constitucionalização dos direitos fundamentais, ao atual estágio de internacionalização do reconhecimento desses direitos e dos seus meios de proteção e controle.

A fim de se compreender o objeto principal deste trabalho, deve-se analisar o tema dos direitos humanos desde a sua forma ovular, partindo da ideia de que, no caso dos direitos humanos, o seu cerne é a luta contra a opressão e busca do bem-estar do indivíduo;

consequentemente, suas "ideias-âncoras" são referentes à justiça, igualdade e liberdade, cujo conteúdo impregna a vida social desde o surgimento das primeiras comunidades humanas (RAMOS, 2015, p. 31).

Com a atenção e respeito merecidos aos filósofos e pensadores de cada época, devemos analisar o que se construiu, até o momento, sobre a fundamentação histórica dos direitos humanos para podermos prosseguir em sua análise dogmática.

Este trabalho adotará a mesma evolução histórica proposta por André de Carvalho Ramos (2015), referência na temática ora abordada. Sua proposição visa a analisar os seguintes parâmetros das contribuições do passado à atual teoria geral dos direitos humanos: 1) o indicativo do respeito à dignidade humana e igualdade entre os seres humanos; 2) o reconhecimento de direitos fundado na própria existência humana; 3) o reconhecimento da superioridade normativa mesmo em face do Poder do Estado e, finalmente, 4) o reconhecimento de direitos voltados ao mínimo existencial.

Na Antiguidade, no período compreendido entre os séculos VIII e II a.C., vários filósofos trataram de direitos dos indivíduos, cujas influências se mostram presentes atualmente no estudo dos direitos humanos. Zaratrusta, na Pérsia, Buda, na Índia, Confúcio, na China e Dêutero-Isaías, em Israel. O ponto em comum entre os ensinamentos filosóficos (e religiosos) dessas figuras históricas reside na adoção de códigos de comportamento baseados no amor e respeito ao outro (COMPARATO, 2010).

A partir da perspectiva normativa, tem-se a codificação de Menes (3100-2850 a.C), no Antigo Egito, o Código de Hammurabi (1792-1750 a.C) e o Cilindro de Ciro, editado no século VI a.C., também na região da Suméria e Pérsia. Na China, com seus ensinamentos filosóficos, Confúcio lançou as bases de seu pensamento, no século VI e V a.C., com ênfase na defesa do amor aos indivíduos. Por sua vez, o Budismo introduziu código de conduta por meio do qual se prega o bem comum e uma sociedade pacífica, sem prejuízo a qualquer ser humano (GORCZEVSKI, 2005, p. 32).

Na Grécia, berço do pensamento ocidental, Platão, em sua obra *A República* (400 a.C.), defendeu a igualdade e a noção do bem comum, enquanto Aristóteles, na *Ética a Nicômaco*, salientou a importância do agir com justiça, para o bem de todos da *pólis*, mesmo em face de leis injustas (VILLEY, 2007).

Importante ponto diz respeito aos ensinamentos de Sófocles, na peça *Antígona* (421 a.C., parte da chamada Trilogia Tebana), onde estimula-se a reflexão sobre a superioridade de determinadas normas, mesmo em face da vontade contrária do poder. Na obra-prima, Antígona, a protagonista, é retratada em sua luta para enterrar seu irmão Polinice, mesmo

contra ordem do tirano da cidade, Creonte, que havia promulgado uma lei proibindo que aqueles que atentassem contra a lei fossem enterrados. Para Antígona, não se pode cumprir as leis humanas que se chocarem com as leis divinas. O confronto de visões entre Antígona e Creonte é um dos pontos altos da peça. Uma das ideias centrais dos direitos humanos, que já é encontrada nessa obra de Sófocles, é a superioridade de determinadas regras de conduta, em especial contra a tirania e injustiça (RAMOS, 2015, p. 33).

Valiosa contribuição romana para o tema se encontra na sedimentação do princípio da legalidade, por meio da Lei das Doze Tábuas, que, ao estipular a *lex scripta* como regente das condutas, deu um passo na direção da vedação ao arbítrio (RAMOS, 2015, p. 34).

Entre os hebreus, os cinco livros de Moisés (Torah) apregoam solidariedade e preocupação com o bem-estar de todos (1800-1500 a.C.). No Antigo Testamento, a passagem do êxodo é clara quanto à necessidade de respeito a todos, em especial aos vulneráveis:

> Não afligirás o estrangeiro nem o oprimirás, pois vós mesmos fostes estrangeiros no país do Egito. Não afligireis a nenhuma viúva ou órfão. Se o afligires e ele clamar a mim escutarei o seu clamor; minha ira se ascenderá e vos farei perecer pela espada: vossas mulheres ficarão viúvas e vossos filhos órfãos. (BÍBLIA, Êxodo, 22: 20-26)

O Cristianismo também influenciou na temática dos direitos humanos, havendo vários trechos no Novo Testamento que pregam a igualdade e solidariedade entre semelhantes. São Paulo, em sua Epístola aos Gálatas, predizia que "não há judeu nem grego; não há escravo nem livre; não há homem nem mulher; porque todos vós sois um em Cristo Jesus" (BÍBLIA, III, 28).

No campo da filosofia, São Tomás de Aquino merece destaque por conta de seu capítulo sobre o Direito na obra Suma Teológica (1273), na qual defendeu a igualdade dos seres humanos e a aplicação justa da lei. Para a escolástica aquiniana, aquilo que é justo (*id quod justum est*) é aquilo que corresponde a cada ser humano na ordem social, o que reverberará no futuro, em especial na busca da justiça social constante dos diplomas de direitos humanos (RAMOS, 2015, p. 34-35). Com a afirmação de que toda pessoa tinha seu valor intrínseco, pregava a igualdade de todos os homens, independente da origem, raça, sexo ou cultura.

Tomás de Aquino pregava a supremacia da lei eterna (que só Deus conhece na plenitude), abaixo da qual estão, por um lado, a lei divina (parte da lei eterna revelada por Deus ou declarada pela Igreja), por outro, a lei natural (gravada na natureza humana que o homem descobre por meio da razão), e mais abaixo, a lei humana (a lei positivada editada pelo legislador) (BREGA FILHO, 2002, p. 5).

Se comparadas as concepções de liberdade dos antigos com a dos modernos, percebe-se que, para os primeiros, essa ideia consistia na participação na vida social do núcleo em que estavam inseridos, enquanto que, para os segundos, ser livre é atuar sem amarras na vida privada.

As normas que organizam o Estado pré-constitucional não asseguravam ao indivíduo direitos de contenção ao poder estatal. Por isso, na visão de parte da doutrina, não há efetivamente regras de direitos humanos na época pré-Estado Constitucional. Porém, essa importante crítica doutrinária – que deve ser realçada – não elimina a valiosa influência de culturas antigas na afirmação dos direitos humanos (RAMOS, 2015, p. 35).

No período da Idade Média, com atenção especial para a Europa, o absolutismo dos monarcas vigorava como a forma de manutenção, gerenciamento e governo do Estado, onde a vontade do Estado se confundia e se consubstanciava na própria vontade do governante. Seus poderes eram ilimitados, em razão da fundamentação metafísica e religiosa que lhe atribuía caráter divino e intangível. Nesse contexto, surgem as primeiras mostras de que a atuação estatal deve ser balizada por limites e liberdades da própria população. Nesse momento, os movimentos de reivindicação de liberdade se restringiam aos estamentos superiores, como a Declaração das Cortes de Leão, adotada na Península Ibérica em 1188 e a Magna Carta inglesa de 1215.

A Declaração de Leão consistiu em manifestação que consagrou a luta dos senhores feudais contra a centralização e o nascimento futuro do Estado Nacional. Por sua vez, a Magna Carta consistiu em um diploma que continha um ingrediente – ainda faltante – essencial ao futuro regime jurídico dos direitos humanos: o catálogo de direitos dos indivíduos contra o Estado. Regida em latim, em 1215, – o que explicita o seu caráter elitista – a *Magna Charta Libertatum* consistia em disposições de proteção ao Baronato inglês, contra os abusos do monarca João Sem Terra (RAMOS, 2015, p.36-37).

Canotilho (1999, p. 358) anota que a Magna Carta não se tratava de uma manifestação da ideia de direitos fundamentais inatos, mas da afirmação de direitos corporativos da aristocracia feudal em face de seu suserano. A finalidade da *Magna Charta* era, pois, o estabelecimento de um *modus vivendi* entre o rei e os barões, que consistia fundamentalmente no reconhecimento de certos direitos de supremacia ao rei, em troca de certos direitos de liberdade testamentais consagrados nas cartas de franquia.

Vieira de Andrade (1998, p. 25) afirma que o caráter da Magna Carta era determinado pela concessão ou reconhecimento de liberdades-privilégios aos estamentos sociais (regalias da Nobreza, prerrogativas da Igreja, liberdades municipais, direitos

corporativos), além de que verdadeiramente não se reconheciam direitos gerais, mas obrigações concretas daqueles reis que os subscreviam.

No caminhar da história, o movimento Renascentista e a Reforma Protestante configuraram o período de crise da Idade Média. Nesse cenário, surgem os Estados nacionais absolutistas europeus, a dissolução da importância da sociedade estamental e a igualdade de todos submetidos ao poder absoluto do rei, o que, todavia, não os protegia da opressão e da violência.

No século XVII, o Estado Absolutista é questionado, novamente e em especial, na Inglaterra, onde a busca pela limitação do poder, já incipiente na Magna Carta, consagrou-se na *Petition of Rights* de 1628, pela qual o baronato inglês, representado pelo Parlamento, estabelece o dever do Rei de não cobrar impostos sem a autorização do Parlamento (*no taxation without representation* – o embrião do atual princípio da legalidade tributária), bem como se reafirma que "nenhum homem livre podia ser detido ou preso ou privado dos seus bens, das suas liberdades e franquias, ou posto fora da lei e exilado ou de qualquer modo molestado, a não ser por virtude de sentença legal dos seus pares ou da lei do país". Essa exigência – lei da terra – consiste em parte importante do devido processo legal a ser implementada posteriormente (RAMOS, 2015, p. 37).

Ainda no século XVII, há a edição do *Habeas Corpus Act* (1679), que formalizou o mandado de proteção judicial aos que haviam sido injustamente presos, existente até então somente no direito consuetudinário inglês (*common law*) (RAMOS, 2015, p. 38).

Ainda na Inglaterra, em 1689, após a chamada Revolução Gloriosa, com a abdicação do Rei autocrático Jaime II e com a coroação do Príncipe de Orange, Guilherme III, é editada a "Declaração Inglesa de Direitos", a *Bill of Rights* (1689), pela qual o poder autocrático dos reis ingleses é reduzido de forma definitiva. Nela consta, basicamente, a afirmação da vontade da lei sobre a vontade absolutista do rei. Entre seus pontos, estabelece-se "que é ilegal o pretendido poder de suspender leis, ou a execução de leis, pela autoridade real, sem o consentimento do Parlamento"; "que devem ser livres as eleições dos membros do Parlamento" e que "a liberdade de expressão, e debates ou procedimentos no Parlamento, não devem ser impedidos ou questionados por qualquer tribunal ou local fora do Parlamento" (RAMOS, 2015, p. 38).

Inquestionável a assertiva de que as revoluções liberais ocorridas na Inglaterra, nas Treze Colônias americanas e na França, que produziram suas respectivas Declarações de Direitos, marcaram a primeira clara afirmação histórica dos direitos humanos.

A contribuição do movimento inglês por meio da *Petition of Right*, de 1628 e da *Bill*

of Rights, de 1689, sedimentaram a supremacia do Parlamento e o império da lei.

Decorrentes do movimento de independência na América, a declaração de independência em 1776 e a formulação da Constituição norte-americana de 1787 representam a legítima emancipação dos súditos frente ao poder absolutista dos monarcas, no caso, do Reino Britânico.

A Declaração do Bom Povo de Virgínia de 12 de junho de 1776 representa importante marco histórico e teórico para este trabalho. Composta por 18 artigos, que contêm afirmações típicas da promoção de direitos humanos com viés jusnaturalista, como, por exemplo, "todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes" (artigo I) e ainda "todo poder é inerente ao povo e, consequentemente, dele procede; que os magistrados são seus mandatários e seus servidores e, em qualquer momento, perante ele responsáveis" (artigo II) (RAMOS, 2015, p. 42).

Na Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 4 de julho de 1776, há em seu início a seguinte passagem: "todos os homens são criados iguais, sendo-lhes conferidos pelo seu Criador certos Direitos inalienáveis, entre os quais se contam a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade. Que para garantir estes Direitos, são instituídos Governos entre os Homens, derivando os seus justos poderes do consentimento dos governados"[12].

Por sua vez, a Constituição norte-americana de 1787 não possuía um rol de direitos, porquanto a constitucionalização de direitos humanos que organizaria a federação norte-americana era vista com receio por parte dos membros da Convenção de Filadélfia. Para eles, essa positivação permitira a federalização de diversas facetas da vida social, o que, naquele primeiro momento, não era desejado por alguns estados, que prezavam por sua autonomia. Em 1791, a resistência dos partidários da Confederação foi vencida e foram aprovadas dez Emendas que introduziram um rol de direitos na Constituição norte-americana.

A Revolução Francesa, com seus ideais de Liberdade, Igualdade e Fraternidade, teve participação significativa na proteção dos direitos humanos no âmbito doméstico. A Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, adotada pela Assembleia Nacional Constituinte francesa em 27 de agosto de 1789, é fruto de um momento único e marco nas relações sociais na França.

O Estado francês pré-Revolução era ineficiente, caro e incapaz de organizar minimamente a economia de modo a atender as necessidades de uma população cada vez maior. As elites religiosas e da nobreza também se mostraram insensíveis a qualquer alteração do *status quo* capitaneada pela monarquia. Esse impasse político na cúpula dirigente associado

[12]Disponível em: http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration_transcript.html. Acesso em 18/01/2016.

à crescente insatisfação popular foi o caldo de cultura para a ruptura, que se iniciou na autoproclamação de uma "Assembleia Nacional Constituinte", em junho de 1789, pelos representantes dos Estados Gerais (instituição representativa dos três estamentos da França pré-revolução que aglomerava a grande e pequena burguesia, bem como a camada urbana sem posses). Em 12 de julho de 1789, iniciaram-se os motins populares em Paris (capital da França), que culminaram, em 14 de julho de 1789, na tomada da Bastilha (prisão quase desativada), cuja queda é, até hoje, o símbolo maior da Revolução Francesa (RAMOS, 2015, p. 43).

A Declaração Francesa dos Direitos do Homem e dos Povos, que consagrou a igualdade e a liberdade como direitos inatos a todos os indivíduos, foi adotada pela Assembleia Nacional Constituinte em 27 de agosto de 1789.

A Declaração proclamou os direitos humanos a partir de uma premissa que permeará os diplomas futuros: *todos os homens nascem livres e com direitos iguais*. Há uma clara influência jusnaturalista, pois, já no seu início, a Declaração menciona "os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem". São apenas dezessete artigos, que acabaram sendo adotados como preâmbulo da Constituição Francesa de 1791 e que condensam várias ideias depois esmiuçadas pelas Constituições e tratados de direitos humanos posteriores, como, por exemplo: a soberania popular, sistema de governo representativo, igualdade de todos perante a lei, presunção de inocência, direito à propriedade, à segurança, liberdade de consciência, de opinião, de pensamento, bem como o dever do Estado Constitucional de garantir os direitos humanos. Esse dever de garantia ficou expresso no sempre lembrado artigo 16 da Declaração, que dispõe: "Toda sociedade onde a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição" (RAMOS, 2015, p. 43-44).

Percebe-se, assim, o papel do constitucionalismo moderno para o reconhecimento e a positivação dos direitos humanos como deveres a serem observados pelos Estados. Nesse cenário pioneiro, os direitos humanos surgidos tinham por característica o individualismo. Eram os direitos do indivíduo frente ao Estado, chamados de direitos de defesa, marcando uma zona de não intervenção do Estado (negativos) (BREGA FILHO, 2002, p. 12).

Apesar desse importante passo no reconhecimento da abstenção do Estado na vida dos indivíduos, tem-se, no início do século XX, que a garantia dos direitos individuais não era o suficiente. Verificou-se que, além da positivação de direitos que afastassem o Estado da vida privada dos cidadãos, havia, também, a necessidade de garantir o exercício desses direitos. Havia necessidade de garantir também o seu exercício. O direito à vida não é simplesmente "direito a não ser morto, mas também direito a viver, no sentido do direito a dispor de

condições de subsistência mínimas" (CANOTILHO, 1999, p. 375).

Constatou-se que a consagração formal dos direitos não garantia o seu gozo. Havia a necessidade de uma evolução dos direitos do homem e alguns fatores determinaram esta evolução (BREGA FILHO, 2002, p. 13).

Proudhon, socialista francês, fez apelo inflamado à rejeição do direito de propriedade privada, que considerou "um roubo", em seu livro de 1840, "*O que é a propriedade*". Karl Marx, na obra *A questão judaica* (1843), questionou os fundamentos liberais da Declaração Francesa de 1789, defendendo que o homem não é um ser abstrato, isolado das engrenagens sociais. Para Marx, os direitos humanos até então defendidos eram focados no indivíduo voltado para si mesmo, para atender seu interesse particular egoístico dissociado da comunidade. Assim, não seria possível defender direitos individuais em uma realidade na qual os trabalhadores – em especial na indústria europeia – eram fortemente explorados. Em 1848, Marx e Engels publicam o *Manifesto do Partido Comunista*, no qual são defendidas novas formas de organização social, de modo a atingir o *comunismo*, forma de organização social na qual seria dado *a cada um segundo a sua necessidade e exigido de cada um segundo a sua possibilidade* (RAMOS, 2015, p. 45).

Dentre os fatores empíricos, o social foi um dos mais importantes. Baseava-se na crítica socialista ao caráter formal das liberdades, pois, embora garantidos por diplomas legais da época, a maioria da população não podia exercê-las e a organização social vigente na época ao mesmo tempo em que garantia os direitos fundamentais, os negava. Era necessária uma reforma do sistema econômico-social e uma maior intervenção do Estado para garantir estes direitos. Ao lado dos fatores sociais, surgiram fatores políticos. Com a extensão do sufrágio a toda a população, a influência das massas se tornou maior. O número de eleitores na classe operária era maior e por isso havia necessidade de privilegiar as massas com direitos sociais, conquistando a sua confiança e mantendo o poder (BREGA FILHO, 2002, p. 13).

Os fatores econômicos também influenciaram a evolução dos direitos sociais. Na época, estava instalada a revolução industrial e o capitalismo se expandia. As máquinas, por fazerem o serviço de muitos trabalhadores, aumentavam o número de homens disponíveis no mercado, ocorrendo desemprego em larga escala, forçando os operários a aceitar salários ínfimos, o que exigia que eles trabalhassem cada vez mais, sem que houvesse um limite, ou seja, sem a fixação de uma jornada de trabalho. Esta situação forçava a dissolução da família e as mulheres e filhos, para que houvesse alimento, eram obrigados a trabalhar, havendo, então, uma maior oferta de mão-de-obra e uma diminuição ainda maior dos salários. Como resultado de tudo isso, o enriquecimento gerado pelo capitalismo se limitava a poucas pessoas, enquanto

a maioria da população empobrecia. Nesse aspecto, também a tese de que o Estado deveria proteger os economicamente fracos foi ganhando força junto à opinião pública (BREGA FILHO, 2002, p. 14).

Assim, no plano constitucional, houve a introdução de direitos sociais, que visavam restabelecer a igualdade entre os homens, em razão das disparidades geradas pelos direitos de liberdade pioneiramente experimentados pelos cidadãos. Esses direitos pretendiam assegurar condições materiais mínimas de existência, tendo sido inicialmente positivados na Constituição do México de 1917, da República da Alemanha de 1919 (também chamada de República de Weimar) e, no Brasil, na Constituição de 1934.

Percorrida, até este momento, parte da trajetória histórica na evolução dos direitos humanos, pode-se formular uma primeira reflexão sobre os fatos ensejadores do reconhecimento de atributos tidos como inerentes a todos os seres humanos pelo simples fato de serem humanos.

Ao observamos os complexos fatores e as engrenagens históricas da política, da economia e da sociedade, cuja interaçãoincessante movimenta a máquina do tempo e revela episódios cíclicos no caminhar do homem, percebemos que a evolução histórica dos direitos humanos mostra que, apesar de estar incutido na percepção de todo ser humano que ele é titular de prerrogativas inerentes que o protegem da intervenção indevida em sua vida por parte de outrem (aqui incluído o Estado), não bastava esse reconhecimento íntimo de cada um para que as relações interpessoais preservassem a liberdade e a igualdade de todos. Fez-se necessária a positivação do sentimento da violação da essência humana para que todos aprendessem o limite da atuação de cada um. Não bastou o indivíduo compreender que, se determinada conduta fosse contra ele praticada, sua essência estaria sendo violada e, consequentemente, um sentimento de injustiça e de rebaixamento nele seria gerado.

E não é só isso. Fez-se necessária a descoberta dos direitos inerentes a cada ser humano de maneira gradual, traduzindo, em palavras, em enunciados normativos, as sensações e os sentimentos que cada ser humano externa e exige para sua sobrevivência digna.

Num primeiro momento, era necessário delimitar que, independentemente da posição social, do tamanho do patrimônio ou da ascendência dos homens, nenhum deles podia avocar para si o direito de decidir sobre como o outrem deveria conduzir a sua vida. Esse desequilíbrio no poder de escolhas é o eixo central da liberdade. Ser livre para poder determinar, por si só, como eleger as vontades. Para isso, há uma batalha constante para a conquista da liberdade.

Num segundo momento, após a positivação da liberdade e a consequente conquista

da igualdade formal entre os homens, ou seja, após a formulação de uma expressão, por meio de uma sequência lógica de signos, de que todos os homens são livres para poder fazer as escolhas que bem entenderem e, assim, serem tratados de maneira igual por todos, compreendeu-se que tal formalidade não era a situação necessária e suficiente que se buscava para garantir a inviolabilidade da essência do indivíduo. De nada adiantava ser livre e receber tratamento formalmente isonômico ao do próximo se, nesse contexto, as necessidades basilares daqueles que não detinham recursos não estavam sendo atendidas, comprometendo, inclusive, a sua própria liberdade. Se carecedor de insumos suficientes para a manutenção de suas necessidades biológicas primárias, o indivíduo deixa de se portar de maneira racional e se torna escravo do próprio instinto de sobrevivência, empreendendo-se, exclusivamente, assim, na busca incessante da sobrevida.

A liberdade permitiu a exploração do homem pelo próprio homem. De um lado, um tinha a liberdade de exigir a força humana de outrem que a punha à sua disposição, em troca da contraprestação mínima que ambos, livremente, estipulavam. Todavia, como salientado, a liberdade daquele que somente reagia aos instintos de seu corpo estava comprometida, senão anulada. Logo, necessário o reequilíbrio das forças, mantendo a liberdade, mas assegurando, também, a igualdade material entre os homens. Se o primeiro detinha condições de agir livremente e racionalmente, o segundo deveria contar com o suprimento de suas carências biológicas, para que, só assim, abandonasse sua atuação instintiva e retomasse a razão e a plena liberdade de escolha. Daí a necessidade da positivação dos direitos sociais, que, ainda de acordo com esse raciocínio de conquistas positivadas das necessidades inerentes de todo ser humano, exigiu a intervenção do Estado, a fim de que este reequilibrasse a liberdade e a igualdade, por meio de uma justiça distributiva.

Apresentadas essas reflexões iniciais sobre o caminhar dos direitos humanos até o início do século XX, adentra-se no momento em que esses direitos passam do plano interno para o plano internacional, revelando a contribuição da filosofia kantiana para o universalismo dos direitos do homem.

2. INTERNACIONALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: DA INFRACONSTITUCIONALIDADE À SUPRACONSTITUCIONALIDADE

O século XX foi marcado por dois conflitos bélicos notadamente conhecidos pelo fato de vários países terem se organizado em dois grandes blocos que declararam guerra um contra o outro.

Extraem-se das lições de História os motivos deflagradores da Primeira e da Segunda Guerras Mundiais, não sendo este trabalho o palco com extensão suficiente para serem traçados seus antecedentes políticos. Restringiremos a análise às consequências diretas desses dois marcos temporais para o tema da internacionalização da proteção dos direitos humanos.

A humanidade jamais havia testemunhado combates com tantas vítimas de inúmeras nacionalidades. O continente europeu, principal cenário desses dois grandes conflitos mundiais, testemunhou o poder do armamento bélico produzido pelo homem com o objetivo de exterminar membros de sua própria espécie. No curso de 31 anos de conflito mundial, entre a declaração de guerra austríaca à Sérvia, em 28 de julho de 1914, e a rendição incondicional do Japão, em 14 de agosto de 1945 – quatro dias após a explosão da primeira bomba nuclear – considerável porção da população humana teve suas vidas encerradas por meio dos mais diversos tipos de armas e práticas de genocídio.

A Primeira Guerra Mundial envolveu todas as grandes potências, e na verdade, todos os Estados europeus, com exceção da Espanha, os Países Baixos, os três países da Escandinávia e a Suíça. E mais: tropas do ultramar foram, muitas vezes pela primeira vez, enviadas para lutar e operar fora de suas regiões. Canadenses lutaram na França, australianos e neozelandeses forjaram a consciência nacional numa península do Egeu – "Gallipoli" tornou-se seu mito nacional – e, mais importante, os Estados Unidos rejeitaram a advertência de George Washington quanto a "complicações europeias" e mandaram seus soldados para lá, determinando assim a forma da história do século XX. Indianos foram enviados para a Europa e para o Oriente Médio, batalhões de trabalhadores chineses vieram para o Ocidente, africanos lutaram no exercício francês. Embora a ação militar fora da Europa não fosse muito significativa a não ser no Oriente Médio, a guerra naval foi mais uma vez global (HOBSBAWM, 2008, p. 31).

De um lado, a Tríplice Aliança de França, Grã-Bretanha e Rússia, e, do outro, as chamadas "Potências Centrais", Alemanha e Áustria-Hungria. Cada lado, com seus respectivos aliados, levou ao conflito generalizado.

A "Frente Ocidental", que se tornou uma máquina de massacre provavelmente sem

precedentes na história da guerra, consistiu na permanência de milhões de homens entrincheirados, que ficavam uns diante dos outros nos parapeitos de barricadas com sacos de areia, sob as quais viviam como (e com) ratos e piolhos. Não surpreende que na memória dos britânicos e franceses, que travaram a maior parte da Primeira Guerra Mundial na Frente Ocidental, esta tenha permanecido como a "Grande Guerra", mais terrível e traumática na memória que a Segunda Guerra Mundial (HOBSBAWM, 2008, p. 33).

Ambos os lados sabiam que aquele primeiro conflito mundial só seria resolvido quando a Frente Ocidental fosse dominada por um deles. Para tanto, os beligerantes tentaram vencer seus inimigos por meio do uso da tecnologia.

Os alemães – sempre fortes em química – levaram o gás venenoso ao campo de batalha, onde ele se revelou ao mesmo tempo bárbaro e ineficaz, ocasionando o único caso autêntico de repulsa humanitária governamental a um meio de fazer a guerra: a Convenção de Genebra de 1925, pela qual o mundo se comprometia a não usar guerra química (HOBSBAWM, 2008, p. 35).

Pioneiro e fracassado legado para o Direito Internacional, resultante da Primeira Guerra Mundial, foi a criação da "Liga das Nações" cujo objetivo era solucionar, pacífica e democraticamente os problemas entre os Estados, antes que se descontrolassem.

A Liga das Nações foi de fato estabelecida como parte do acordo de paz e revelou-se um quase total fracasso, a não ser como uma instituição para coleta de estatísticas. Contudo, em seus primeiros dias resolveu uma ou duas disputas menores, que não punham a paz mundial em grande risco, como a da Finlândia e Suécia sobre as ilhas Åland. A recusa dos EUA a juntar-se à Liga das Nações privou-a de qualquer significado real (HOBSBAWM, 2008, p. 42).

A Segunda Guerra Mundial, por sua vez, foi global. Praticamente todos os Estados independentes do mundo se envolveram, quisessem ou não, embora muitos Estados latino-americanos só participassem de maneira formal.

Os Estados arrastados à guerra contra Alemanha, Japão e Itália, capitalistas ou socialistas, não queriam o conflito, e a maioria fez o que pode para evitá-lo. Em termos mais simples, a pergunta sobre quem ou o quê causou a Segunda Guerra Mundial pode ser respondia em duas palavras: Adolf Hitler. Mas a conjuntura internacional imposta aos alemães também foi um fator decisivo. Todo partido na Alemanha, dos comunistas na extrema esquerda aos nacional-socialistas de Hitler na extrema direita, combinava-se na condenação do Tratado de Versalhes como injusto e inaceitável (HOBSBAWM, 2008, p. 43).

Mas o traço marcante da Segunda Guerra Mundial foi a barbárie praticada pelo

regime nazista em desfavor de populações consideradas como “impuras”. Com a inclusão de alvos civis nos conflitos daquela guerra, experimentou-se o que Hobsbawm (2008, p. 56) chama de “democratização da guerra”.

Os conflitos totais viraram “guerras populares”, tanto porque os civis e a vida civil se tornaram os alvos estratégicos certos, e, às vezes, principais, quanto porque em guerras democráticas, como na política democrática, os adversários são naturalmente demonizados para fazê-los devidamente odiosos ou pelo menos desprezíveis. As maiores crueldades de nosso século foram as crueldades impessoais decididas à distância, de sistema e rotina, sobretudo quando podiam ser justificadas como lamentáveis necessidades operacionais (HOBSBAWM, 2008, p. 56-57).

Os reflexos desse novo tipo de conflito são bem conhecidos e ilustrados pelos livros de história. É no contexto das grandes guerras mundiais que são cunhados os termos “apátrida” e “genocídio” (HOBSBAWM, 2008, p. 57).

Na Primeira Guerra, o Holocausto Armênio praticado pelo Império Turco contabilizou 1,5 milhão de vítimas, o que pode figurar como a primeira tentativa moderna de eliminar toda uma população. Por sua vez, as cifras contabilizam seis milhões de judeus mortos no Holocausto Judeu, mais tantos milhares de ciganos, homossexuais e deficientes físicos eliminados pelo regime nazista em nome da purificação da raça ariana.

O Estado Racial em que se converteu a Alemanha Nazista no período sombrio do Holocausto – considerado o marco definitivo de desrespeito e ruptura para com a dignidade da pessoa humana, em virtude das barbáries e atrocidades cometidas a milhares de seres humanos – acabou dando ensejo aos debates envolvendo a necessidade de se universalizar, por meio da internacionalização, a proteção dos direitos humanos.

A segunda grande guerra, que ensanguentou a Europa entre 1939 e 1945, ficou marcada na consciência coletiva mundial por apresentar o ser humano como algo simplesmente descartável e destituído de dignidade e direitos. O que fez a chamada “Era Hitler” foi condicionar a titularidade de direitos dos seres humanos ao fato de pertencerem a determinada raça, qual seja, a “raça pura” ariana, atingindo-se, com isto, toda e qualquer pessoa destituída da referida condição (MAZZUOLI, 2011, p. 29).

O principal legado do Holocausto para a internacionalização dos direitos humanos consistiu na preocupação que gerou no mundo pós-Segunda Guerra, acerca da falta que fazia uma arquitetura internacional de proteção de direitos humanos, com vistas a impedir que atrocidades daquela monta viessem a ocorrer novamente no planeta. Daí porque o período do pós-guerra significou o resgate da cidadania mundial – ou a reconstrução dos direitos

humanos –, baseado no princípio do "direito a ter direitos", para se falar como Hannah Arendt (LAFER, 1988, p. 117).

É nesse cenário que se vislumbra o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Como efeito, no momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que é cruelmente abolido o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor-fonte do Direito (PIOVESAN, 2014, p. 43).

Sob essa perspectiva, se manifesta a aguda crítica e o repúdio à concepção positivista de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, confinado à ótica meramente formal – tendo em vista que o nazismo e o fascismo ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade e promoveram a barbárie em nome da lei. Há um reencontro com o pensamento kantiano, com as ideias de moralidade, dignidade, Direito cosmopolita e paz perpétua (PIOVESAN, 2014, p. 44).

No esforço de reconstrução dos direitos humanos do Pós-Guerra, há, de um lado, a emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e, de outro, a emergência da nova feição do Direito Constitucional ocidental, aberto a princípios e a valores, com ênfase no valor da dignidade humana (PIOVESAN, p. 45).

Após a constatação das tragédias provocadas pelas mãos do próprio homem, tendo à frente a atuação dos Estados e de seus líderes políticos para a deflagração de conflitos e práticas potencialmente causadoras da extinção da espécie humana, novos horizontes se abriram e despertou-se a consciência de que a manutenção da vida humana no planeta só seria possível por meio da colaboração de todos os povos com a reorganização das relações internacionais, respeitando-se, incondicionalmente, a dignidade humana. Assim, surge o movimento centrífugo de universalização e internacionalização da proteção dos direitos humanos.

2.1 Internacionalização em sentido amplo

Quando se aborda o tema da internacionalização, deve-se ter em mente o que o termo "internacionalização" representa no universo técnico do Direito. Trata-se da existência de

normas do Direito Internacional (tratados, costumes internacionais e princípios de Direito Internacional, atos unilaterais, resoluções de organismos internacionais) que regulam a matéria dos direitos humanos no plano internacional.

Como são os próprios Estados, em geral, que criam as normas internacionais, por meio das manifestações apresentadas por seus representantes diplomáticos reunidos em assembleias, o processo de internacionalização dos direitos humanos, obrigatoriamente, deveria ser submetido ao debate e à reflexão de cada sociedade diretamente envolvida. Somente à luz de uma verdadeira democratização do tema no âmbito doméstico, os representantes estatais teriam condições de se manifestar sobre a temática, com respaldo em informações coletadas dos cidadãos que serão diretamente afetados pelas obrigações internacionais contraídas por seus países.

A manifestação expressa dos Estados sobre um tema universalizável (ou internacionalizável, como queiram) relaciona-se com o exercício de sua soberania. Isso porque os Estados abrem mão de uma regulação estritamente local, devendo cumprir as normas internacionais, sob pena de serem sancionados por seu descumprimento.

Segundo Jorge Miranda (2000), o Direito Internacional Público moderno é fruto de um desenvolvimento histórico que abrange, atualmente, algumas tendências que por ele são assim referidas:

> O contexto do Direito Internacional em transição, atual, vindo da Carta das Nações Unidas, da Declaração Universal e de todo um conjunto de instrumentos e práticas que remontam a cinquenta anos. Um Direito Internacional que acusa agora algumas tendências, umas certamente positivas para alguns, outras, porventura, menos positivas para outros, mas tendências que consideraria irreversíveis, apesar de também haver sinais contraditórios. Essas tendências do atual Direito Internacional, seriam oito, na minha maneira de ver: a universalização; a regionalização; a institucionalização; a funcionalização; a humanização; a objetivação; a codificação; e a jurisdicionalização.

A universalização volta-se para a autodeterminação dos povos, oriunda da desagregação dos impérios marítimos europeus, depois do império continental soviético e, mais recentemente, a alguns movimentos de independência. O Direito Internacional, atualmente, não é mais um Direito euro-americano, mas sim um Direito universal (MIRANDA, 2000).

Após a universalização, tem-se a regionalização, com a consequente criação de espaços regionais por razões econômicas, políticas, estratégicas ou culturais, dentro dos quais as várias comunidades políticas e os vários Estados encontram formas de solidariedade e de cooperação bem mais qualificadas. O exemplo mais avançado é a União Europeia, mas o Mercosul é também um bom exemplo (MIRANDA, 2000).

Em seguida, surge a institucionalização, segundo o qual o Direito Internacional deixa de ser um direito das relações bilaterais ou multilaterais entre os Estados para se tornar um direito cada vez mais presente nos organismos internacionais, na Organização das Nações Unidas, bem como em suas agências especializadas (MIRANDA, 2000).

A funcionalização aparece em seguida, relacionando-se com a institucionalização, num duplo sentido. Primeiro porque o Direito Internacional passa a extravasar cada vez mais o âmbito das meras relações externas entre os Estados e penetra, cada vez mais, em quaisquer matérias relativas tanto ao direito interno como ao próprio contexto das relações internacionais. No plano do direito interno, assume tarefas de regulamentação e de solução de problemas. Em segundo lugar, essa funcionalização acompanha a criação de organismos internacionais capazes de permitir essa solução, sendo uma espécie de ministérios internacionais que fazem o complemento dos ministérios nacionais (MIRANDA, 2000).

Em quinto lugar, está a humanização, que, nas palavras de José Antonio Rivera Santivañez (2004, p. 10), pode ser assim compreendida:

> […] la disciplina que se encarga de estudiar el conjunto de normas internacionales, convencionales o consuetudinarias, en los que se estipula el comportamiento y los beneficios que las personas o grupos de personas pueden esperar o exigir de los gobiernos. Esta disciplina del Derecho tiene por objeto de estudio el conjunto de normas previstas por las declaraciones, tratados o convenciones sobre derechos humanos adoptados por la Comunidad Internacional a nivel universal o regional, aquellas normas internacionales que consagran los derechos humanos, que crean y regulan los sistemas supranacionales de promoción y protección de los derechos humanos, así como las que regulan los procedimientos a substanciarse ante dichos organismos para el conocimiento y consideración de las peticiones, denuncias y quejas por la violación de los derechos humanos.

Essa humanização levou ao surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, principalmente com a formação normativa de proteção desses direitos após a Segunda Guerra, desde a Carta das Nações Unidas, de 1945, passando pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e prosseguindo com os inúmeros tratados internacionais de proteção dos direitos humanos surgidos no plano internacional. Nesse contexto:

> Desde la creación de la Organización de las Naciones Unidas, la Comunidad Internacional ha adoptado alrededor de treinta declaraciones, convenciones o pactos internacionales que consagran los derechos humanos, establecen obligaciones y compromisos para los Estados Partes para respetar y proteger los derechos y libertades consagrados, garantizar su libre y pleno ejercicio en el ámbito de su jurisdicción y adoptar las medidas legislativas o de otro carácter para hacerlos efectivos. El Estado boliviano, como parte de los referidos instrumentos internacionales ha adoptado un sistema de control tutelar de los derechos humanos, creando el Tribunal Constitucional con la misión de velar por el respeto y vigencia de los derechos humanos positivizados como derechos fundamentales (SANTIVAÑEZ, 2004, p. 01).

Para Jorge Miranda (2000), a humanização do Direito Internacional está relacionada a três momentos históricos conexos. Vejamos:

> Podemos citar três fases na criação e no desenvolvimento desse Direito Internacional dos Direitos do Homem.
> A primeira fase é a da definição internacional ou da consagração internacional dos direitos do homem. A Declaração Universal, hoje, é considerada, pelo menos em parte, um conjunto de princípios: os pactos internacionais, as grandes convenções, os documentos e os textos especializados das Nações Unidas e das agências especializadas. A consagração internacional dos direitos rege também a ordem interna dos Estados.
> A segunda fase, iniciada com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e passada para a Convenção Interamericana, é a consagração de um direito de queixa, ou de um direito de recurso, ou de comunicação dos cidadãos contra o seu Estado perante as instâncias internacionais; é a necessária sujeição de órgãos do Estado a decisões provenientes de órgãos jurisdicionais internacionais ainda crescentes em tratados também subscritos pelos mesmos Estados de que são cidadãos os queixosos.
> A terceira fase é a criação da Justiça Penal Internacional com origem nos Tribunais de Nuremberg e Tóquio, recentemente manifestada nos Tribunais da Iugoslávia e de Ruanda. Com a criação do Tribunal Penal Internacional, o Direito Internacional dos Direitos do Homem desenvolve-se, concretiza-se, enriquece-se, alarga-se cada vez mais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 passa a ser considerado um código de ética universal de direitos humanos, que fomenta a criação de grandes pactos e convenções internacionais, de documentos e de textos especializados das Nações Unidas e de suas agências especializadas (MAZZUOLI, 2011, p. 24).

A sexta tendência apontada por Jorge Miranda (2000) é a objetivação, ou seja, a superação definitiva do dogma "voluntarista", segundo o qual a vontade dos atores internacionais é o fundamento único da existência do Direito Internacional Público.

O Direito Internacional é o Direito da comunidade internacional; é um conjunto de princípios, sem a observância dos quais não são possíveis: a convivência internacional; a proteção objetivista das normas dos tratados internacionais na linha da Convenção de Viena sobre Direitos e Tratados de 1969, que prevê a cláusula do *pacta sunt servanda*; o crescente papel dos tratados multilaterais; e o desenvolvimento de todo um regime dos tratados internacionais, particularmente no que tange às reservas em que a vontade dos Estados é cada vez de menor importância perante a função objetiva das normas do Direito Internacional (MIRANDA, 2000).

A penúltima característica desse desenvolvimento histórico é a codificação do Direito Internacional, expresso no art. 13, § 1º, alínea *a*, da Carta das Nações Unidas, de 1945, que prevê ser um dos propósitos da Assembleia Geral das Nações Unidas "incentivar o desenvolvimento progressivo do direito internacional e a sua codificação".

Por último, como oitava tendência, Jorge Miranda (2000) aponta a jurisdicionalização, que passa a ser a consequência lógica da acumulação de todas as tendências anteriores.

O Direito Internacional dota-se de tribunais de variada natureza para resolverem as mais variadas questões. O Direito Internacional procura superar os regimes de cláusula facultativa, tende a evoluir para impor a jurisdição obrigatória (MIRANDA, 2000).

SegundoAndré de Carvalho Ramos (2014, p. 54-55), surgem momentos históricos relacionados à internacionalização dos direitos humanos, referindo-se, inclusive, a momentos anteriores ao contexto das duas grandes guerras mundiais.

O combate à escravidão, motivada pelo desejo de Estados industrializados – em especial a Inglaterra – de aumentar os mercados para seus produtos manufaturados. A busca da proteção dos direitos dos estrangeiros, o que consolidou o costume internacional da proteção diplomática, pelo qual um estrangeiro cujos direitos tenham sido lesados solicitava endosso ao seu Estado patrial, que, se concedido, iniciava um litígio internacional com o Estado infrator, que poderia, no século XIX, ser inclusive resolvido pela força. A proteção dos feridos e enfermos nos conflitos armados, motivados pela crescente mortalidade na guerra, o que geraria o Direito Internacional Humanitário. A proteção das minorias, logo após a 1ª Guerra Mundial, sob os auspícios da Liga das Nações, na qual os grupos de identidade cultural distinta e numericamente inferiorizados teriam direito assegurados pelo próprio Direito Internacional. A proteção de direitos sociais pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), em clara reação dos Estados ocidentais capitalistas à Revolução Comunista na Rússia, em 1917.

Essas normas esparsas, no entanto, são meros antecedentes da internacionalização em sentido estrito dos direitos humanos, que consiste, na criação de um corpo sistematizado e coerente de normas, com princípios, objeto e metodologia próprios, o que inexistia na época de tais antecedentes (RAMOS, 2014, p. 55).

Tem-se, assim, que o processo de internacionalização dos direitos humanos, em sentido amplo, corresponde à expansão pulverizada da proteção dos direitos humanos no âmbito supranacional. Nesse momento, percebeu-se que a positivação dos direitos fundamentais nos textos constitucionais domésticos não era suficiente para a efetiva observância que os Estados soberanos deveriam dispensar aos direitos mais básicos do homem. Fez-se necessária uma internacionalização mais concreta ou, em outras palavras, em sentido estrito.

2.2 Internacionalização em sentido estrito

Analisar o fenômeno da internacionalização de maneira ampla exige, num segundo momento, analisá-lo de forma estrita, de maneira que a compreensão sobre o fenômeno seja inteiramente absorvida e criticamente refletida.

Como proteger os direitos dos indivíduos se as leis e Constituições locais falhassem? (RAMOS, 2014, p. 56). Essa era a grande pergunta a ser respondida.

Para respondê-la, reconheceu-se uma vinculação entre a defesa da democracia e dos direitos humanos e os interesses dos Estados em manter um relacionamento pacífico na comunidade internacional (RAMOS, 2014, p. 56).

A internacionalização dos direitos humanos não ocorreu de maneira descendente, mas sim, de maneira ascendente. Os Estados, principalmente os que se sagraram vencedores nas duas grandes guerras mundiais, liderando a economia e a política no ocidente, entenderam que já era a hora de se buscar a universalização de valores basilares a todos os homens. A crítica sobre esse movimento de agregação das nações para a formação de uma declaração universal reside no fato de ser facilmente perceptível a valorização de valores ocidentais e provenientes do hemisfério norte em detrimento das realidades orientais e sulistas.

Os Estados que já adotavam a proteção de direitos humanos no plano interno não viram dificuldade em aceitar a internacionalização da temática. Pelo contrário, estimularam essa internacionalização, uma vez que poderiam influenciar a organização interna de outras sociedades. Nessa linha, vários Estados ocidentais – em especial os Estados Unidos – aceitaram a internacionalização definitiva dos direitos humanos no plano internacional por entender que poderiam influenciar outros países a adotar formas de organização próximas às suas (RAMOS, 2014, p. 56).

Curiosa a posição do Brasil que, nesse momento histórico, era governado por Getúlio Vargas em meio à sua ditadura do Estado Novo. O governo Vargas apoiou a consagração dos direitos humanos internacionais no pós-2ª Guerra Mundial, acreditando que tal internacionalização seria meramente programática e sem efeitos práticos nas sociedades locais (RAMOS, 2014, p. 56).

Essa postura do Estado brasileiro postergou-se ao longo dos anos, pois, como se verá mais adiante, em pleno período ditatorial militar, houve a adesão do país aos tratados regionais de proteção dos direitos humanos, como a Convenção Americana, acreditando que tais diplomas internacionais não teriam o condão de alterar substancialmente o ordenamento jurídico nacional e a forma de se conduzir e resolver os problemas internos.

Os antecedentes da Declaração Universal dos Direitos do Homem remetem às discussões surgidas na Conferência Intergovernamental entre países aliados na Mansão de Dumbarton Oaks (21 de agosto a 7 de outubro de 1944), nos arredores de Washington D.C., que discutiu o formato de uma nova organização internacional apta a assegurar a paz e a segurança internacionais. As diretrizes aprovadas (*Dumbarton Oaks Proposals*) continham menção ao Conselho Econômico e Social, futuro órgão interno da ONU incumbido de, entre outras tarefas, promover o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais. No mesmo sentido, em fevereiro de 1945, os países latino-americanos reuniram-se na Conferência Interamericana sobre Problemas da Guerra e da Paz, em Chapultepec (México), para manifestar seu desejo de incluir a temática dos direitos humanos no processo de criação da ONU (RAMOS, 2014, p. 57).

Todas essas rodadas de negociações internacionais culminaram na aprovação, em 4 de setembro de 1945, da Carta das Nações Unidas, assinada em São Francisco em 26 de junho de 1945, que marcou a criação daquele organismo internacional. Em seu preâmbulo, a Carta expõe:

> NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS
> a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, ea promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.
> E para tais finspraticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos,eunir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum,a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos.
> Resolvemos conjugar nossos esforços para a consecução desses objetivos.
> Em vista disso, nossos respectivos Governos, por intermédio de representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem seus plenos poderes, que foram achados em boa e devida forma, concordaram com a presente Carta das Nações Unidas e estabelecem, por meio dela, uma organização internacional que será conhecida pelo nome de Nações Unidas.

Mais tarde, em 10 de dezembro de 1948, a Organização das Nações Unidas, por meio de sua Assembleia Geral, aprovava a Declaração Universal dos Direitos do Homem cujo preâmbulo traz os seguintes dizeres:

> Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;
> Considerando que o desconhecimento e o desprezo dos direitos do Homem

> conduziram a atos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e de crer, libertos do terror e da miséria, foi proclamado como a mais alta inspiração do Homem;
> Considerando que é essencial a proteção dos direitos do Homem através de um regime de direito, para que o Homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão;
> Considerando que é essencial encorajar o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações;
> Considerando que, na Carta, os povos das Nações Unidas proclamam, de novo, a sua fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres e se declaram resolvidos a favorecer o progresso social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla;
> Considerando que os Estados membros se comprometeram a promover, em cooperação com a Organização das Nações Unidas, o respeito universal e efetivo dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais;
> Considerando que uma concepção comum destes direitos e liberdades é da mais alta importância para dar plena satisfação a tal compromisso.

Comparando-se a Carta de São Francisco de 1945 com a Declaração Universal de 1948, percebe-se que, naquela, há menção esparsa a direitos humanos, revelando duas fragilidades iniciais da embrionária universalização dos direitos humanos: a primeira diz respeito à ausência de consenso sobre o rol dos direitos humanos e a segunda refere-se à timidez redacional utilizada para apontar os deveres dos Estados na implementação e promoção dos direitos humanos. Foram utilizadas expressões como “favorecer” e “promover”, no lugar de termos mais incisivos e cogentes.

A Declaração Universal, por sua vez, prestou-se para elencar quais eram os direitos humanos previstos genericamente na Carta de São Francisco. Em razão de vários Estados signatários já adotarem a proteção dos direitos fundamentais em suas constituições ou legislações domésticas, não foi novidade para os países a universalização da maioria dos direitos. Tampouco era coincidência o fato de vários direitos previstos na Declaração Universal terem sido retirados da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão e de outros textos constitucionais.

Para que chegasse à sua redação final, a Assembleia Geral, por meio de sua Terceira Comissão, votou cada um de seus dispositivos, totalizando aproximadamente 1.400 (mil e quatrocentas) sessões (RAMOS, 2014, p. 58).

A Declaração Universal de Direitos Humanos deve sua existência a seis “padrinhos” da Comissão de Direitos Humanos (criada em 1947 e encarregada de elaborar o projeto), que são Eleanor Roosevelt (Presidente da Comissão de Direitos Humanos, EUA), René Cassin (França), Charles Malik (Líbano), Peng-Chan Chung (China), John P. Humphrey (Canadá) e Hernán Santa Cruz (Chile). Esses “padrinhos” empenharam-se, utilizando seus atributos

políticos e intelectuais, para compor um texto de conciliação em plena época de início da guerra fria (LAFER, 2008, p. 307).

A República Federativa do Brasil foi representada por uma delegação de diplomatas, dentre os quais estava Belarmino Maria Austregésilo Augusto de Athayde (Caruaru, 25 de setembro de 1898 — Rio de Janeiro, 13 de setembro de 1993), escolhido como delegado orador para proferir o seguinte discurso em nome de seu país:

> A Delegação do Brasil quer exprimir aqui, nesta Assembleia Plenária das Nações Unidas, a satisfação do seu governo ante a obra realizada pela Terceira Comissão, na Terceira Assembleia Geral, redigindo e aprovando a Declaração Universal dos Direitos do Homem.
> Estamos em face de um documento que não será talvez sem defeitos, mas todos nós que trabalhamos durante mais de dois meses para estabelecer essa Declaração não ignoramos esses defeitos. A perfeição não está sempre ao alcance dos homens e é de nossa natureza que tudo o que é humano seja igualmente perfectível.
> O importante para a humanidade é que nossa longa, e por vezes penosa tarefa, esteja concluída e haja resultado nessa Declaração e ainda que todos os povos representados na Assembleia das Nações Unidas a aprovem em testemunho de boa vontade.
> Realizamos uma obra de colaboração. Cada um de nós fez concessões, tanto as grandes quanto as pequenas potências, porque nossa ideia não era impor pontos de vista particulares de um povo ou grupo de povos, nem doutrinas políticas ou sistemas de filosofia. Se nosso trabalho resultasse de uma imposição qualquer e não fosse de uma cooperação intelectual e moral das nações, não estaria evidentemente à altura de nossas responsabilidades, nem responderia ao espírito de compreensão universal que é a própria base de nossa organização internacional. A sua força vem precisamente da diversidade de pensamento, de cultura e de concepção de vida de cada representante. Unidos formamos a grande comunidade do mundo e é exatamente dessa união que decorre a nossa autoridade moral e política.
> Declaramos, solenemente, em nome de todos os homens e mulheres que os seus direitos devem ser protegidos por todos os povos agindo, coletivamente, em nome da Justiça internacional.
> A Delegação Brasileira, de conformidade com a tradição do seu país e com as instruções de seu governo, deu caloroso apoio às ideias mais generosas e liberais da declaração. Tentou ao mesmo tempo ligar a Declaração dos Direitos do Homem aos sentimentos mais profundos das massas, inserindo em seu texto a expressão da origem superior do homem, no sentido do seu destino eterno, sem o qual não se poderia entender nem justificar a razão dos direitos que asseguram a sua dignidade.
> O Brasil sente-se feliz em haver trazido um pouco de sua experiência e de seu idealismo a essa obra comum das Nações Unidas, convencido de que a Declaração Universal dos Direitos do Homem abrirá à Humanidade uma nova era de liberdade e justiça.[13]

Segundo Celso Lafer (2008, p. 316-317), a Declaração é um templo, em cujo pórtico foi fixada a dignidade inerente a todos os seres humanos. O universalismo, então, firma lá sua bandeira. Sobre esse pórtico há quatro colunas, todas de igual importância. A primeira coluna representa os direitos e liberdades de ordem pessoal (artigos III a XI); a segunda engloba os direitos do indivíduo no seu relacionamento com os grupos a que pertence (artigos XII a XVII); a terceira coluna é a das liberdades pessoais e dos direitos políticos (artigos XVIII a

[13] Disponível em: http://ajonu.org/2012/10/17/austregesilo-de-athayde-e-sua-fundamental-importancia-aos-direitos-humanos/. Último acesso em 22/02/2016.

XXI); e a última coluna é a dos direitos econômicos, sociais e culturais (artigos XXII a XXVII). O topo das colunas e fechado por um frontão que cimenta os laços do indivíduo com a sociedade, nos quais há menção à necessidade de uma ordem social e internacional na qual os direitos possam vicejar, sendo ainda dever de todos não praticar atos contrários à Declaração.

Em que pesem a abrangência (rol amplo de direitos, direitos de todos sem qualquer diferenciação), o consenso (aprovação sem vetos ou votos contrários) e ainda a amplitude (menção à ordem internacional justa) a Declaração Universal foi aprovada sob a forma de resolução da Assembleia Geral da ONU, que, nessa matéria, não possui força vinculante (RAMOS, 2014, p. 60).

Em virtude de ser a Declaração Universal uma declaração e não um tratado, há discussões na doutrina e na prática dos Estados sobre sua força vinculante.

A fim de esclarecer este ponto, é necessário compreender os conceitos de tratado e de declaração.

Arnold Duncan McNair, o conhecido *LordMcNair*, em sua obra clássica sobre o Direito dos Tratados, com base nos primeiros relatórios de Lauterpacht para a Comissão de Direito Internacional da ONU, chegou a definir o tratado como "um acordo escrito por meio do qual dois ou mais Estados ou organizações internacionais criam ou pretendem criar uma relação entre eles para produzir efeito na esfera do direito internacional" (MCNAIR *apud* MAZZUOLI, 2011, p. 39).

Por sua vez, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, conhecida por ser a Lei dos Tratados, o Código dos Tratados ou o Tratado dos Tratados, numa verdadeira referência metalinguística, apresenta conceito bastante detalhado sobre o que se deve compreender como um tratado:

> 1. Para os fins da presente Convenção:
> a)"tratado" significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica;

Já a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais de 1986 define tratado da seguinte maneira:

> Artigo 2º Termos empregados
> 1. Para efeitos da presente Convenção:
> a) Por "tratado" entende-se um acordo internacional regido pelo direito internacional e celebrado por escrito:
> i) Entre um ou vários Estados e uma ou várias organizações internacionais; ou
> ii) Entre organizações internacionais, quer esse acordo conste de um instrumento

> único ou de dois ou mais instrumentos conexos e qualquer que seja a sua denominação particular.

Ambas as definições estão colocadas em termos eminentemente formais, sem levar em consideração o conteúdo ou a natureza das disposições convencionais.

Nessa esteira,à luz do Direito Internacional Público o tratado nada mais é do que um instrumento de veiculação de regras jurídicas (MAZZUOLI, 2011, p. 40).

Portanto, sob o aspecto que ora nos ocupa, entende-se por tratado todo acordo formal, concluído entre sujeitos do Direito Internacional Público, regido pelo Direito das Gentes e que visa à produção de efeitos de direito para as partes contratantes (MAZZUOLI, 2011, p. 40).

Assim, "tratado" é o termo mais genérico por natureza, eleito pela Convenção de Viena de 1969 para designar todo acordo internacional, bilateral ou multilateral, de especial relevo político, qualquer que seja sua denominação específica (art. 2º, § 1º, *a*). O termo tem normalmente designado os ajustes solenes concluídos entre Estados e/ou organizações internacionais, cujo objeto, finalidade, número e poderes das partes têm maior importância (MAZZUOLI, 2011, p. 50).

Por sua vez, o termo declaração, utilizado para se referir à resolução da Assembleia Geral da ONU que aprovou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, apresenta características distintas.

Inicialmente, deve-se consignar que as deliberações da Assembleia Geral adotam, em regra, a forma de resolução, que normalmente têm o caráter de meras recomendações (PORTELA, 2015, p. 265).

Nesse contexto, declaração é expressão utilizada para aqueles atos que estabelecem certas regras ou princípios jurídicos, ou ainda para as normas de Direito Internacional indicativas de uma posição política comum de interesse coletivo (MAZZUOLI, 2011, p. 57).

Dessa forma, sobre a possibilidade de a Declaração Universal de Direitos Humanos ter força vinculante ou não, formaram-se três vertentes possíveis: (i) a Declaração possui força vinculante por se constituir em interpretação autêntica do termo "direitos humanos", prevista na Carta das Nações Unidas (a Declaração é um verdadeiro tratado, ou seja, tem força vinculante); (ii) a Declaração possui força vinculante por representar o costume internacional sobre a matéria; (iii) a Declaração representa tão somente a *soft law* na matéria, que consiste em um conjunto de normas ainda não vinculantes, mas que buscam orientar a ação futura dos Estados, para que, então, venham a ter força vinculante (RAMOS, 2014, p. 60).

Para nós, a fim de se obter a melhor efetivação e proteção dos direitos humanos, a Declaração Universal de Direitos Humanos se amolda à segunda vertente, ou seja, possui

força vinculante por representar o costume internacional sobre a matéria.

Isso porque, o costume internacional, uma das fontes desse ramo do Direito, nos termos do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça[14], resulta de uma prática real aceita como sendo o direito. Ou seja, para que se reconheça uma norma vinculante derivada do costume internacional, deve-se ter a prática (a repetição, ao longo do tempo, de certo modo de proceder ante determinado quadro de fato) e da convicção de que assim se procede não sem motivo, mas por ser necessário, justo e, consequentemente, jurídico agir da forma que se age.

Para o jurista e magistrado internacional Francisco Rezek (2011, p. 149-150), os elementos material (repetição) e subjetivo (convicção) do costume internacional como fonte vinculante do direito internacional:

> O procedimento cuja repetição regula o aspecto material do costume não é necessariamente positivo: pode, também, cuidar-se de uma omissão, de uma abstenção, de um não fazer, frente a determinado contexto. Ação ou omissão, os respectivos sujeitos hão de ser sempre pessoas jurídicas de direito internacional público – categoria que não compartilha com indivíduos, empresas ou quaisquer outras entidades imagináveis, a prerrogativa de *produzir* o direito das gentes, sem dar à luz suas normas costumeiras ou convencionais. [...] Fala-se numa repetição de certo procedimento *ao longo do tempo*, e isto gera no espírito do estudioso a questão: *quanto tempo?* Regras costumeiras existem – por exemplo, no domínio do direito relativo ao alto mar, à guerra, à gênese dos tratados – que se forjaram num passado remoto, e que se supõem consolidadas ao cabo de alguns séculos de uma prática rarefeita, em razão das circunstâncias. Observe-se, porém, que a celeridade das coisas contemporâneas contagiou o processo de produção do direito costumeiro. No julgamento do caso da *plataforma continental no mar do Norte*, a Corte Internacional de Justiça teve ocasião de estatuir que "...o transcurso de um período de tempo reduzido não é necessariamente, ou não constitui em si mesmo, um impedimento à formação de uma nova norma de direito internacional consuetudinário..."[15]. [...] Pode-se, ao longo do tempo, repetir determinado procedimento por mero hábito, moda ou praxe. O elemento material não seria bastante para dar ensejo à norma costumeira. É necessário, para tanto, que a prática seja determinada pela *opinio juris*, vale dizer, pelo entendimento, pela convicção de que assim se procede por ser necessário, correto, justo e, pois, de bom direito.

Ora, a compreensão da Declaração como um costume internacional se relaciona ao referencial teórico inicialmente trazido: o imperativo categórico apresentado pela ética kantiana. "Age só segundo a máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal" (KANT, 2011, p. 51).

Quando reunidos em Assembleia Geral das Nações Unidas, de forma equânime e cooperativa, os Estados resolveram aprovar a Declaração Universal de Direitos Humanos de livre e espontânea vontade, após longos debates sobre seus termos. Logo, como exposto por Rezek (2011), a declaração cumpre os requisitos necessários para apresentar com natureza

[14]Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Corte-Internacional-de-Justi%C3%A7a/estatuto-da-corte-internacional-de-justica.html. Acessado em 29/02/2016.
[15]*Recueil CIJ (1969)*, p. 43.

jurídica de costume internacional vinculante e irradiador de efeitos para aqueles que se propuseram a aprová-la.

Com isso, a comunidade internacional sedimentou a necessidade e a relevância da internacionalização dos direitos humanos, como uma matéria de *jus cogens*, de observância necessária e que gera obrigações aos Estados, devendo todos eles atuarem de maneira a implementarem, promoverem e defenderem esses direitos no plano interno.

Apresentamos, ainda, um argumento do filósofo político Terry Nardin, cuja obra *Lei, moralidade e as relações entre Estados* apresenta sua visão acerca da forma como os Estados se associam no plano internacional.

Inicialmente, ele diferencia as "associações de objetivos" das "associações práticas". As primeiras se consubstanciam naqueles que "estão associados num empreendimento cooperativo para a promoção de valores, crenças ou interesses partilhados", de modo que "estão unidos por seus desejos convergentes de realização de certo resultado que constitui o bem cuja obtenção os reuniu" (NARDIN, 1987, p. 20-21).

Por sua vez, ao tratar das associações práticas, Nardin (1987, p. 21) assim o faz:

> A associação na base de uma prática imperativa, por outro lado, é apropriadamente chamada de "associação prática", porque neste caso os associados estão relacionados em termos de restrições que se espera que todos observem, quaisquer que possam ser seus objetivos pessoais. Frequentemente, não há um objetivo partilhado unindo aquele cuja conduta é governada por uma prática imperativa como uma moralidade ou um sistema de leis, e, em tais casos, não há outra base de associação que não estas restrições comuns. A associação prática é uma relação entre aqueles que estão engajados na busca de objetivos diferentes e possivelmente incompatíveis e que estão associados uns aos outros, se por algum motivo, apenas por respeito a certas restrições comuns contidas nas leis eleitorais e na ética da competição política que governa a relação entre aqueles que apoiam candidatos diferentes a um cargo.

É possível transpor a reflexão de Nardin para o contexto de formação da Organização das Nações Unidas e da própria deliberação e aprovação da Declaração Universal de Direitos Humanos. Os Estados soberanos e independentes entre si possuem distintos objetivos que pretendem alcançar para resolver suas questões domésticas. Associam-se, não por conta de um objetivo comum, mas sim, para que seja possível prever o que cada um fará no plano internacional, estabelecendo-se, com isso, um código de condutas mínimas, que deverão ser observadas por todos os membros da associação.

Arremata Nardin (1987, p. 22-23):

> A associação de objetivos e prática pode, portanto, ser distinguida de acordo com as diferentes espécies de característica de autoridade de cada uma. Na associação de objetivos, a autoridade das normas que governam as relações entre os associados deriva dos objetivos partilhados que a associação existe para promover. É a busca destes objetivos partilhados que fornece a justificação para as normas através das quais os associados procuram promover o fim comum. [...] Na associação de

> objetivos é a existência de objetivos partilhados que fornece a razão para determinados atos, mas a associação prática não pressupõe tais objetivos partilhados. Na associação prática as razões para agir derivam dos padrões de excelência ou das normas de dever que constituem uma prática. As razões para ação fornecidas por uma prática imperativa são, portanto, de uma ordem diferente daquelas derivadas de objetivos individuais ou coletivos. Quando a conduta em determinada situação é governada por normas imperativas, outras considerações são, comumente, excluídas como razões para agir ao contrário da norma. As normas imperativas, em outras palavras, fornecem "razões excluidoras" para ação – razões para abster-se de agir por outras razões, não imperativas. [...] Na associação prática, então, a autoridade dos padrões ou das normas que governam as relações entre os associados independe dos fins em particular buscados por cada um.

Quando os Estados se unem para a formação da ONU e, posteriormente, para deliberação e aprovação da Declaração Universal de Direitos Humanos, formam uma "associação prática", porquanto o elo que os une não reside na busca de um bem comum universal. Na verdade, o que os mantêm unidos e legitima a observância daquilo que eles mesmos produziram são as normas imperativas que lhes apresentam as "razões excluidoras", ou seja, as práticas que eles devem se abster de realizar para bem manter suas relações.

Com isso, demonstra-se o processo de internacionalização dos direitos humanos e como os Estados, desde o fim da Segunda Guerra Mundial estão unidos para a implementação, promoção e defesa dos direitos humanos. Tem-se, assim, uma prática mínima a ser observada por todos os membros da comunidade internacional.

Para avançarmos na compreensão desse fenômeno, devemos abordar as consequências da internacionalização, de maneira a compreendermos as características que os direitos humanos adquiriram na seara do direito internacional e como eles, então, devem ser interpretados.

2.3 Características dos direitos humanos no direito internacional

Diretamente relacionada com o ramo do Direito Constitucional, a análise das características dos direitos humanos no plano internacional perpassa pela prévia compreensão das características dos direitos fundamentais previstos nos textos constitucionais domésticos.

O fenômeno de internacionalização, como apresentado anteriormente, alçou a temática dos direitos fundamentais a um patamar antes intocado. Num primeiro momento, tentou-se amoldar as características da jusfundamentalização já atribuídas aos direitos fundamentais aos próprios direitos humanos. Todavia, percebeu-se que, ao serem tratados no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, esses direitos exigiriam uma taxonomia específica, que os definisse e os distinguisse dos direitos fundamentais.

Nesse diapasão, percebe-se que os direitos humanos foram colocados como eixo central de atuação do direito internacional público contemporâneo.

Com a ascensão da temática dos direitos humanos previstos em diversas normas internacionais, os direitos humanos promoveram a entrada em cena da preocupação internacional referente à promoção da dignidade humana em todos os seus aspectos (RAMOS, 2015, p. 89).

Assim, a primeira característica que se pode apontar em relação aos direitos humanos no plano internacional é a sua centralidade, ou seja, sua posição medial que lhe permite irradiar efeitos desde o plano internacional até o plano interno, vinculando sua observância, implementação e promoção.

Como decorrência do próprio movimento de internacionalização, calcado na ética universalista kantiana, já abordada, tem-se como segunda característica a universalidade dos direitos humanos.

A universalidade consiste na atribuição desses direitos a todos os seres humanos, não importando nenhuma outra qualidade adicional, como nacionalidade, opção política, orientação sexual, credo, entre outras (RAMOS, 2015, p. 89).

A Constituição Federal de 1988 revela a influência da universalidade dos direitos humanos em seu art. 3º, IV, quando elenca, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, "promover o bem de todos, sem preconceitos e origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

O reconhecimento da universalidade foi explicitamente apresentado no parágrafo 5º da Convenção de Viena, que prevê que "todos os direitos humanos são universais". Na visão de Weis (2011, p. 162), alcançou-se a transnacionalidade, que consiste no reconhecimento dos direitos humanos onde quer que o indivíduo esteja, o que implica em importantes consequências quanto à proteção de apátridas e de refugiados.

Não se objetiva, nesse espaço, abordar a discussão acerca da divisão entre os universalistas e os relativistas, porquanto, para o presente trabalho, basta ressaltar que o universalismo é o modelo que melhor se adequa aos objetivos visados pela proteção internacional dos direitos humanos como obrigação de todos os Estados.

A terceira característica que se abordará, na verdade, apresenta-se na forma de três desdobramentos: a indivisibilidade, a interdependência e a unidade dos direitos humanos.

A indivisibilidade consiste no reconhecimento de que todos os direitos humanos possuem a mesma proteção jurídica, uma vez que são essenciais para uma vida digna. A indivisibilidade possui duas facetas. A primeira implica reconhecer que o direito protegido

apresenta uma unidade incindível em si. A segunda faceta, mais conhecida, assegura que não é possível proteger apenas alguns dos direitos humanos reconhecidos (RAMOS, 2015, p. 91).

Essa característica se relaciona com o chamado núcleo duro ou sensível dos direitos fundamentais, teoria também aplicável aos direitos humanos, porquanto necessário, na análise concreta de eventuais violações, ponderar a coexistência entre esses direitos, de maneira que a prevalência de um sobre outro não implique em sacrifício da essência daquele sobreposto.

A indivisibilidade acaba por se relacionar, intrinsicamente, com a interdependência (ou inter-relação), pois esta consiste no reconhecimento de que todos os direitos humanos contribuem para a realização da dignidade humana, interagindo para a satisfação das necessidades essenciais do indivíduo, o que exige, novamente, a atenção integral a todos os direitos humanos, sem exclusão. O conteúdo de um direto pode se vincular ao conteúdo de outro, demonstrando a interação e a complementariedade entre eles, bem como que certos direitos são desdobramentos de outros (RAMOS, 2015, p. 92).

A interdependência e o reconhecimento de que certos direitos humanos são desdobramentos de outros demonstram a ideia de que esses direitos, previamente reconhecidos como inerentes a todo indivíduo, comportam gradativa revelação por meio da positivação estatal. Por isso não causa estranheza a "descoberta" de novos direitos humanos, quando da análise mais detalhada daqueles direitos humanos tidos como "clássicos".

Por meio da interdependência, não é rara a situação em que se vislumbra a violação de diversos direitos humanos correlatos, mesmo que de maneira oblíqua ou reflexa.

Ressalta-se que a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos foram confirmadas em tratados internacionais, como a Proclamação de Direitos Humanos da 1ª Conferência Mundial de Direitos Humanos da ONU, realizada em Teerã (1968), que foi o primeiro texto a reconhecer que "os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis", e "a realização dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais resulta impossível". Em 1986, na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, positivou-se que "todos os direitos humanos e todas as liberdades fundamentais são indivisíveis e interdependentes; a realização, a promoção e a proteção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais devem se beneficiar de uma atenção igual e ser encaradas com uma urgência igual (art. 6º, § 2º)". Por sua vez, a Declaração de Viena, de 1993, repetiu a Proclamação de Teerã e reiterou que "todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase" (§ 5º).

Somam-se a essas características a abertura, a não exaustividade e a fundamentalidade dos direitos humanos.

O fato de os direitos humanos comportarem possibilidade de expansão do rol dos direitos necessários a uma vida digna demonstra a abertura dos direitos humanos (RAMOS, 2014, p. 93), como já salientado. A não exaustividade, decorrente da própria abertura, aponta que qualquer rol de direitos fundamentais ou humanos é meramente exemplificativo, o que não exclui a revelação futura de outros direitos.

Essa revelação pode se dar tanto no plano doméstico, seja por meio da atuação das cortes competentes ou por meio da atuação do legislador constituinte ou infraconstituinte, quanto no plano internacional, principalmente em decorrência da interpretação (que será analisada mais a frente) dos órgãos jurisdicionais internacionais competentes para extrair as normas de direitos humanos previstas em tratados internacionais ou pela redação de novas convenções pelos Estados.

Tais situações se relacionam com a fundamentalidade dos direitos humanos, pois estes são fundamentais para se alcançar, concretizar e garantir uma vida digna, de maneira que, ao serem compreendidos como basilares, novos direitos podem surgir na medida em que a própria sociedade evolui e assim o exija.

Ainda como características, apontam-se a imprescritibilidade, a inalienabilidade e a indisponibilidade dos direitos humanos, de modo que, reconhecidos como essenciais, permitem a busca de uma vida digna.

A imprescritibilidade, exceção à regra fundamental da segurança jurídica, permite defender a tese de que os direitos humanos não se perdem com o transcurso do tempo, de maneira que seja possível concluir que, em razão, mais uma vez, de sua fundamentalidade ou inerência à própria natureza do ser humano, tais direitos devem ser tutelados.

Existindo o ser humano, há esses direitos inerentes (RAMOS, 2014, p. 94).

A inalienabilidade demonstra a impossibilidade de se conferir valor pecuniário aos direitos humanos, de maneira que estejam imunes à livre negociação. Inadmissível, assim, qualquer forma de disposição onerosa dos direitos humanos, sendo que, quanto às disposições gratuitas, deve-se considerar eventual conflito entre os direitos. Por exemplo, admite-se a doação de órgãos, desde que tal disposição não comprometa o próprio direito à vida, de forma que a doação de órgãos dúplices em vida é possível, mas a doação de um órgão único vital, por mais benevolente que seja a intenção, compromete a própria existência do indivíduo, o que não é possível acatar.

A indisponibilidade ou irrenunciabilidade revela a impossibilidade de o próprio

titular do direito abrir mão de sua condição humana e permitir a violação de seus direitos mais basilares.

Essa proteção de intangibilidade foi importante na afirmação dos direitos humanos, nas revoluções liberais e suas declarações de direitos. Era importante gravar os direitos de cláusulas protetivas, contra a vontade do Estado e até mesmo contra a vontade de seu titular, demonstrando a essencialidade desses direitos e sua inerência à condição humana (RAMOS, 2014, p. 95).

Por fim, e não menos importante, é o reconhecimento da proibição de retrocesso dos direitos humanos, uma característica que vincula a atuação dos Estados, tanto no plano nacional quanto no plano internacional.

A especial força jurídica dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, decorrente tanto da privilegiada posição que recebem na arquitetura constitucional quanto da vinculação de todos, Poderes Públicos e particulares, aos seus ditames, traz a necessidade de que sejam devidamente protegidos, valendo destacar que um dos elementos caracterizadores da fundametalidade de tais direitos reside na circunstância de terem sido erigidos à condição de "cláusulas pétreas", integrando o rol do art. 60, § 4º, da Constituição Federal em vigor. Por isso essa proteção reforçada pode ser encarada como um dos efeitos jurídicos gerados pelos direitos fundamentais e, portanto, caracteriza-se como uma dimensão de sua eficácia (SARLET, 2007, p. 407).

Os direitos humanos têm como característica a cumulatividade, ou seja, dentro de uma ideia de patrimônio político-jurídico, os direitos reconhecidos por um Estado passam a constituir um verdadeiro patrimônio dos indivíduos, que não pode ser suprimido. Fala-se, então, que o estágio de concretização dos direitos não pode retroceder, reconhecendo-se a existência do princípio da proibição do retrocesso, também conhecido por proibição da não reversibilidade dos direitos fundamentais e humanos (BREGA FILHO, 2013, p. 104-105).

A garantia de manutenção das conquistas alcançadas e concretizadas também deve ser analisada à luz da segurança jurídica.

A segurança jurídica, dentro da qual estão as posições jurídicas dos indivíduos, depende da estabilidade jurídica. O cidadão faz escolhas em sua vida que não podem ficar à mercê da vontade momentânea do poder estatal. Muitas vezes as pessoas fazem opções relacionadas à carreira, à saúde, à educação, entre outros direitos sociais, imaginando um cenário estável. Perdem em alguns momentos, para ganhar em outros. Assim, as modificações legislativas não podem vir a prejudicar esse patrimônio jurídico das pessoas (BREGA FILHO, 2013, p. 108).

No Brasil, o princípio da vedação do retrocesso não encontra previsão expressa no texto constitucional, mas surge de forma implícita. Nesse sentido:

> A proibição do retrocesso, de acordo com o entendimento consolidado da doutrina, consiste em um princípio constitucional implícito, tendo como fundamento constitucional, entre outros, o princípio do Estado (Democrático e Social) de Direito, o princípio da máxima eficácia e da segurança jurídica e seus desdobramentos, o dever de progressividade em matéria de direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais, apenas para citar os mais relevantes fundamentos jurídico-constitucionais invocados (SARLET e FENSTERSEIFER, 2011, p. 192).

Em que pese a ausência expressa no ordenamento jurídico produzido nacionalmente, o Brasil se vincula a documentos internacionais que contemplam em sua redação a proibição do retrocesso dos direitos humanos.

Nesse sentido, tem-se, em especial, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, nos quais se assegurou a proibição de qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado-parte (BREGA FILHO, 2013, p. 110).

Por sua vez, no sistema regional de proteção dos direitos humanos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos também apresenta previsão expressa em seu artigo 29[16] acerca da impossibilidade de supressão ou limitação do gozo de direitos e liberdades nela reconhecidos.

Todavia, como lembra Eduardo Cambi (2009, p. 290), "tal proibição de retrocesso não é absoluta, não servindo para engessar a argumentação e os espaços democráticos, mas apenas para assegurar condições materiais básicas para o exercício democrático de todos".

Apresentadas as principais características dos direitos humanos no plano internacional, percebe-se como elas se relacionam com a própria teoria dos direitos fundamentais, tão explorada no plano interno, mas exigindo classificação e análise peculiares em razão de os direitos humanos serem tratados em plano distinto.

Necessária, nesse momento, a análise de como os direitos humanos são interpretados no direito internacional, de modo que os pronunciamentos jurisdicionais emitidos pelos tribunais competentes criados pelos documentos internacionais se revelam como verdadeiras fontes do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

---

[16] O texto do artigo 29, do Pacto de San José da Costa Rica prevê: "Art. 29. Normas de interpretação. Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados;c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo;d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza."

2.4 Interpretação dos direitos humanos e seus principais intérpretes internacionais

Difícil a missão de conceituar o exercício mais basilar do mundo das ciências jurídicas. Todavia, não só os profissionais e cientistas do Direito interpretam. Na verdade, todos aqueles que se comunicam, seja de forma escrita, falada ou por meio de gestos, cheiros e sabores, interpretam, ou seja, extraem significado e compreensão de sinais provocadores dos sentidos humanos (fala, audição, tato, olfato e paladar).

Eis aí a importância da interpretação: extrair significado e compreensão, o que, no mundo jurídico, principalmente no Direito Internacional dos Direitos Humanos, se mostra primordial.

Interpretar consiste na principal atividade do operador do Direito. Para isso é que os cursos de Direito preparam e treinam os acadêmicos e futuros bacharéis. Interpretar significa determinar o significado e fixar o alcance das palavras. Compreendendo diversos momentos e aspectos, a tarefa interpretativa apresenta um tal caráter unitário, que não atinge o seu objetivo senão na sua inteireza e complexidade (CINTRA; GRINOVER, DINAMARCO, 2011, p. 107).

A interpretação no Direito é toda atividade intelectual que visa solucionar problemas jurídicos por meio dos seguintes passos: 1) escolha dos textos normativos relevantes; 2) atribuição de significados a esses textos; 3) resolução da questão jurídica à luz dos parâmetros eleitos (PEREIRA, 2006, p. 37).

No plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a interpretação assume posição especial na proteção dos direitos previstos nos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. Isso ocorre em razão das cláusulas gerais em que são redigidos os dispositivos que contêm os enunciados normativos de direitos humanos. Por meio da jurisdição internacional (*juris dictio*) é que os artigos dos documentos internacionais são interpretados e a tutela efetiva dos direitos humanos no caso concreto é exercida.

Nas palavras do ex-Ministro Eros Grau do Supremo Tribunal Federal, em passagem de seu voto proferido na ADPF 153, julgada em 29/04/2010:

> As normas resultam da interpretação e podemos dizer que elas, enquanto textos, enunciados, disposições, não dizem nada: elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem.

Nota-se que a interpretação dos direitos humanos deriva de ativismo judicial importante e necessário das cortes internacionais, formadas por juízes apontados e eleitos pelos próprios Estados que fazem parte dos tratados e convenções que criaram o próprio órgão

jurisdicional.

Nesse contexto, a Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados, de 1969, anteriormente mencionada como o Tratado dos Tratados, por exercer verdadeira função metalinguística em relação a esses documentos jurídicos, traz o regramento básico sobre a interpretação dos tratados, servindo de orientação para a doutrina e a jurisprudência internacional dos direitos humanos.

A própria Corte Americana de Direitos Humanos, que será devidamente analisada mais à frente, já se manifestou sobre a atividade interpretativa, de modo a fixar, em sua jurisprudência, que "*loscriterios de interpretación consagrados em laConvención de Viena sobre elDerecho de los Tratados puedenconsiderarsereglas de derecho internacional sobre el tema*"(CORTE IDH, 1983, § 48).

Preocupada com a legitimidade da interpretação que possa ser conferida a um enunciado normativo de um tratado, a Convenção de Viena, em seu art. 32, estabelece que, caso a interpretação resulte em sentido ambíguo ou obscuro ou conduza a um resultado que é manifestamente absurdo ou desarrazoado, podem os intérpretes recorrer a meios suplementares de interpretação, inclusive aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão, a fim de confirmar o sentido resultado da aplicação do art. 31, da mesma Convenção, que prevê:

> 1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.
> 2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos:
> a)qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado;
> b)qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado.
> 3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto:
> a)qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições;
> b)qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação;
> c)quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes.
> 4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes.

Vale lembrara preocupação que os Estados-partes atribuíram ao exercício interpretativo das cláusulas dos tratados internacionais, fazendo menção expressa, inclusive, aos documentos que revelam as discussões e os debates realizados no período de formulação dos termos dos tratados, de modo que eles possam apontar para o verdadeiro significado interpretativo que deve ser atribuído a determinado enunciado.

Tanto a Corte Europeia quanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos adotam a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados como norma fundamental para o exercício hermenêutico por elas realizado.

Por sua vez, outros princípios interpretativos foram extraídos, por meio da interpretação da própria Convenção de Viena, a fim de se obter a melhor técnica hermenêutica possível dos enunciados sobre direitos humanos, sem deturpar seus significados.

Dentre esses princípios, destacam-se o princípio *pro homine*, que faz com que os tratados de direitos humanos deixem de ser interpretados restritivamente (para preservar a soberania dos Estados) e sejam interpretados sempre no sentido da máxima proteção do ser humano (RAMOS, 2014, p. 104).

Percebe-se a proximidade do princípio da interpretação *pro homine* com o da máxima efetividade dos direitos fundamentais, porquanto ambos apresentam objetivos semelhantes com objetos bem próximos.

Além disso, consolidou-se no Direito Internacional dos Direitos Humanos o princípio da efetividade (*effetutile*), pelo qual é imperioso assegurar às disposições convencionais os seus efeitos pretendidos (RAMOS, 2014, p. 104).

Como apontado, da mesma forma, o princípio da efetividade se aproxima com o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, visando a melhor forma de se extrair a plena aplicação e alcance dos enunciados de direitos humanos.

Outro princípio é o da primazia da norma mais favorável ao indivíduo, que possibilita a harmonização das diversas normas internacionais e internas de proteção dos direitos humanos. De acordo com tal princípio, deve prevalecer a norma que ofereça a maior proteção ao ser humano (RAMOS, 2014, p. 104).

Nesse caso, tem-se um princípio hermenêutico de matiz notadamente internacionalista, pois pretende compatibilizar a orientação interna com a externa, de maneira que, aquela que se apresentar mais favorável ao indivíduo no caso concreto, deverá prevalecer. Assim, se a jurisprudência doméstica confere interpretação mais ampla a determinado enunciado normativo de direitos humanos do que aquela conferida pela jurisprudência internacional deve a primeira prevalecer sobre a segunda, por força do princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo. Deve-se lembrar que norma não se confunde com enunciado normativo.

Dessa forma, pode ser que o enunciado normativo doméstico seja menos amplo que o internacional, todavia, a interpretação que lhe é conferida no plano interno pode ser mais benéfica e protetiva do que aquela atribuída pela jurisprudência internacional, de modo que a

primeira deve prevalecer sobre a segunda, pois é norma mais benéfica.

No caso da interpretação *pro homine*, toda obrigação internacional de respeito aos direitos humanos não pode ser interpretada restritivamente em prol dos Estados, mas sim, em prol do destinatário da proteção internacional dos direitos humanos.

Assim, consolidaram-se na jurisprudência internacional diversas diretrizes hermenêuticas nascidas desse princípio. A primeira delas impõe interpretação sistemática do conjunto de normas de direitos humanos, de modo a reconhecer *direitos inerentes, mesmo que implícitos* (RAMOS, 2014, p. 105).

Essa primeira premissa se relaciona com o viés jusnaturalista que se defende neste trabalho a partir da ética kantiana, de modo a se reconhecer os direitos humanos, oriundos da atividade interpretativa, como verdadeiros imperativos categóricos universalizáveis e gerados a partir da compreensão racional do ser humano.

A segunda diretriz estabelece que a interpretação das eventuais limitações permitidas, contidas nos tratados internacionais deve ser *restritiva* (RAMOS, 2014, p. 106). Dessa forma, todas as vezes em que o próprio texto do tratado sobre direitos humanos prevê a possibilidade de os Estados restringirem, de alguma forma, o enunciado normativo, deve-se interpretar essa restrição de maneira que ela não ofenda o núcleo duro do próprio direito positivado, utilizando-se de verdadeira interpretação teleológica do dispositivo.

A terceira diretriz é relativa ao uso da interpretação *pro homine*na análise das omissões e lacunas das normas de direitos humanos (RAMOS, 2014, p. 106). Trata-se de considerar esta técnica hermenêutica como verdadeira forma de suprir eventuais espaços normativos existentes no ordenamento jurídico internacional.

Utilizando-se deste princípio, a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos têm precedentes em suas jurisprudências que adotam as três diretrizes mencionadas.

No continente europeu, a Corte, no caso *Golder v. United Kingdom* (1975), assim se manifestou sobre a necessária interpretação sistêmica, considerando, inclusive, a influência do preâmbulo da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos:

> 36. A partir de todas as considerações anteriores, tem-se que o direito de acesso constitui um elemento que é inerente ao direito previsto pelo artigo 6, parágrafo 1 (art. 6-1). Ele não decorre de uma interpretação extensiva forçando novas obrigações ao Estado contratante: ele é baseado nos termos específicos da primeira frase do artigo 6, parágrafo 1 (art. 6-1), lido em seu contexto e tendo em conta o objeto e propósito da Convenção, um tratado jurídico (cf. Caso Wemhoff, de 27 de Junho de 1968, Série A no. 7, p. 23, par. 8), e de acordo com os princípios gerais do Direito. A Corte, portanto, encontra sua conclusão, sem precisar de recorrer à "meios suplementares de interpretação" como previsto no artigo 32 da Convenção de Viena, que o artigo 6, parágrafo 1 (art. 6-1) assegura a todos o direito a ter qualquer

> pretensão a seus direitos e obrigações civis trazidos à apreciação de um corte ou tribunal. Dessa maneira, o artigo incorpora o "direito à corte", o qual o direito de acesso, que é o direito a iniciar processos perante tribunais em casos cíveis, constitui somente um aspecto. A isso, adicionam-se as garantias previstas pelo artigo 6, parágrafo 1 (art. 6-1), que trata tanto da organização e composição do tribunal, quanto da condução dos processos. Em suma, o conjunto revela o direito à devida apreciação. A Corte não precisa determinar, no presente caso, se e sob que extensão o artigo 6, parágrafo 1 (art. 6-1) exige uma decisão de mérito da disputa (Inglês "determination", Francês "décidera").[17]

No caso da Corte Interamericana, em seu parecer consultivo nº 02 (1982), a Corte sustentou que as reservas à Convenção Americana devem ser interpretadas restritivamente, evitando, assim, a diminuição da proteção do ser humano. Nesse sentido:

> 29. A Corte deve enfatizar, ainda, que os tratados modernos sobre direitos humanos, em geral, e, em particular, a Convenção Americana, não são tratados multilaterais do tipo tradicional, celebrados em função de um intercâmbio recíproco de direitos, para o benefício mútuo dos Estados contratantes. Seu objeto e finalidade são a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos, independentemente de sua nacionalidade, tanto frente a seu próprio Estado quanto frente a outros Estados contratantes. Ao aprovar esses tratados sobre direitos humanos, os Estados se submetem a uma ordem legal dentro da qual eles, pelo bem comum, assumem várias obrigações, não em relação a outros Estados, mas sim em relação aos indivíduos sob sua jurisdição.[18]

Por sua vez, quanto à complementação das omissões e lacunas, a Corte Interamericana concluiu que, diante da ausência de previsão expressa sobre a possibilidade de um Estado poder denunciar o reconhecimento da jurisdição contenciosa da Corte, não é possível ao Estado fazê-lo, pois a interpretação *pro homine* veda, também, o retrocesso ou qualquer diminuição na proteção já acordada ao indivíduo.

---

[17] Tradução livre do autor a partir do original: "36. Taking all the preceding considerations together, it follows that the right of access constitutes an element which is inherent in the right stated by Article 6 para. 1 (art. 6-1). This is not an extensive interpretation forcing new obligations on the Contracting States: it is based on the very terms of the first sentence of Article 6 para. 1 (art. 6-1) read in its context and having regard to the object and purpose of the Convention, a lawmaking treaty (see the Wemhoff judgment of 27 June 1968, Series A no. 7, p. 23, para. 8), and to general principles of law. The Court thus reaches the conclusion, without needing to resort to "supplementary means of interpretation" as envisaged at Article 32 of the Vienna Convention, that Article 6 para. 1 (art. 6-1) secures to everyone the right to have any claim relating to his civil rights and obligations brought before a court or tribunal. In this way the Article embodies the "right to a court", of which the right of access, that is the right to institute proceedings before courts in civil matters, constitutes one aspect only. To this are added the guarantees laid down by Article 6 para. 1 (art. 6-1) as regards both the organisation and composition of the court, and the conduct of the proceedings. In sum, the whole makes up the right to a fair hearing. The Court has no need to ascertain in the present case whether and to what extent Article 6 para. 1 (art. 6-1) further requires a decision on the very substance of the dispute (English "determination", French "décidera")".

[18] Tradução livre do autor a partir do original: "29. La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción".

Nota-se como são peculiares as técnicas a serem desenvolvidas e utilizadas pelos intérpretes e aplicadores dos direitos humanos no plano internacional. Conhecê-las e dominá-las compreendem habilidades necessárias para a efetivação dos tratados internacionais que, compreendidos como instrumentos vivos, merecem o tratamento adequado à dinâmica doméstica e internacional.

Somente por meio da integral compreensão desses mecanismos hermenêuticos é que se pode garantir a implementação, a promoção e a defesa dos direitos humanos no plano legislativo, executivo e jurisdicional.

Após termos visitado as características dos direitos humanos e suas principais técnicas interpretativas, faz-se necessário compreender o ponto-chave do presente trabalho: a posição hierárquica dos tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico dos Estados.

2.5Posição hierárquica dos tratados internacionais sobre direitos humanos: da infraconstitucionalidade à supraconstitucionalidade

Como já analisado no presente trabalho, a fundamentação teórica e jusfilosófica dos direitos humanos ainda é um campo rico para que debates sejam travados. Há diversas correntes que pretendem justificá-los enquanto outras pretendem, até mesmo, rechaçá-los. Nesse campo de batalha ideológico, uma questão bastante delicada acende discussões ainda mais acaloradas.

Pretendemos, no presente trabalho, defender a supraconstitucionalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos, a fim de demonstrar que todo o ordenamento jurídico doméstico, o que inclui a Constituição, deve ser verticalmente compatível com as regras internacionais.

Para tanto, partimos da análise evolutiva do Estado.

No primeiro estágio dessa evolução, tem-se o Estado absoluto monárquico. Nessa época, era necessário tratar de soberania, que, na essência, se contrapõe à ideia de direito. Isso porque na soberania não há limites, enquanto que no direito, há sempre limites. O Estado ou é soberano ou está limitado pelo direito. Na atualidade, os Estados civilizados são Estados de Direito (não soberanos, no plano internacional) (GOMES; MAZZUOLI, 2010, p. 24).

Nesse período, tem-se que o homem existia para o poder monárquico, que exercia soberania absoluta sobre seus súditos, controlados por meio de um poder punitivo

extremamente arbitrário e cruel, consubstanciado, por exemplo, nas penas corporais.

Após esse primeiro estágio, caminhou-se em direção ao legalismo, no período compreendido entre o final do século XVIII e início do século XIX. Como símbolo desse legalismo, tem-se o Código Civil francês, de 1804, que acabou por restringir o direito à lei.

Entendia-se que a positivação da vida social em códigos impedia o arbítrio dos intérpretes, vez que agora o direito se encontraria em textos autenticados pelo Estado (GOMES; MAZZUOLI, 2010, p. 26). Para conhecer o direito, bastava conhecer os enunciados normativos. Para aplicar o direito, bastava subsumir o fato ao texto legal.

Nesse cenário, houve um verdadeiro esvaziamento ético quanto à formação e à aplicação do direito. Qualquer tipo de exercício hermenêutico que buscasse fundamentos alheios aos limites técnicos não era aceitável, de modo que o resultado nu e frio conduzia a situações legais, mas injustas.

O modelo mais difundido, nesse contexto, é o chamado legalista-positivista, segundo o qual o juiz, na sua função de julgar, deve atender exclusivamente à lei e à sua consciência. Essa linha legalista-positivista seguia antes a codificação napoleônica e, depois, a pirâmide kelsiana, que procura distinguir a atividade política do legislador da atividade técnica do juiz. Referida "pirâmide" tem seu ponto alto na Constituição, que abre um campo de decisão ao legislador. Isto é, dentro dos limites constitucionais, ele toma suas decisões políticas no momento da elaboração das leis e, assim, vai construindo o ordenamento jurídico; o juiz, num momento posterior, partindo do texto legal, tem também um amplo campo de liberdade, sobretudo em sua interpretação, mas é uma liberdade técnica, não política (GOMES; MAZZUOLI, 2010, p. 27).

Esse modelo, durante muito tempo adotado e aceito, padece de vícios que o torna superado no atual estágio evolutivo do Estado. A vinculação do magistrado exclusivamente ao texto legal, limitando sua atuação, impossibilitando-o de atuar dentro do campo político no momento em que constrói sua decisão, impõe-lhe grilhões e o reduz a mero escravo da lei. Não lhe é permitido qualquer análise crítica daquilo que o Estado institucionalizou como norma jurídica a ser cumprida. Torna sua atuação jurisdicional conveniente para o sistema, pois o impede de afastar enunciados normativos que geram situações injustas. Preza-se pela vinculação plena à legalidade.

Esse tipo de atuação atende às necessidades dos detentores do poder, desprezando a defesa dos direitos mais basilares dos indivíduos. Por meio dessa leitura acrítica do direito, atendem-se os interesses econômicos em detrimento do fortalecimento das liberdades individuais e do desabrochar das potencialidades de cada ser humano.

Para atender esse *desideratum*, nada melhor do que contar com um direito instrumentalizado, que se caracteriza pela separação kantiana entre moralidade, de um lado, e legalidade e positividade do outro (PREUSS, 1991, p. 70).

A aplicação neutra do direito, segundo o modelo legalista-positivista, primava pela harmonia do sistema, pois, uma vez criada a regra, deveria ela ser aplicada em razão de sua validade. As questões políticas não deveriam influenciar na decisão. O juiz deveria obedecer, cegamente, a lei, ainda que dela discordasse; ainda que, como consequência de sua aplicação, situações injustas surgissem.

Levando em conta a ordem constitucional e internacional, hoje devemos reescrever esse mandamento: jamais deve o juiz "obedecer a lei injusta" quando inconstitucional ou inconvencional; deve dela "discordar" e, não só isso, recusar sua aplicação, invocando diretamente o dispositivo constitucional ou internacional pertinente; jamais o juiz deve suportar esse "constrangimento" de ter de aplicar uma lei inconstitucional (ou inconvencional) e injusta, exatamente porque não é um simples "aplicador" de leis, mas sim, o encarregado de declarar o ordenamento jurídico (o direito), em nome do Poder Jurídico, que pertence à sociedade (GOMES; MAZZUOLI, 2010, p. 32).

Desse império legalista-positivista, engessado pela aplicação neutra das leis, passou-se para outro estágio de evolução do Estado. A crise do legalismo alavancou esse caminhar quando, nas palavras de Ferrajoli (1999, p. 15-16), verificou-se a crise na função social dos Estados, que se tornaram cada vez mais neoliberais, deixando de cumprir suas tarefas básicas, consistentes na distribuição da justiça, saúde, educação e tantos outros direitos sociais, bem como a crise do tradicional conceito de soberania, porquanto os Estados decidem, cada vez menos, os seus destinos, que são frequentemente ditados e guiados por órgãos internacionais.

O importante a se saber nesse momento é que do governo dos homens (Estado absoluto) evoluímos para o governo das leis (Estado legalista), e deste ingressamos no governo de um novo modelo de direito, sob a égide do documento fundamental chamado Constituição. E essa revolução jurídica na história do direito passou, então, a significar fundamentalmente três coisas: (a) a garantia dos direitos; (b) a separação dos poderes; e (c) o princípio do governo limitado (GOMES; MAZZUOLI, 2010, p. 37).

Surge, assim, o neoconstitucionalismo que introduz inúmeras mudanças no até então vigente sistema legalista. Dentre seus expoentes, podem ser citados Alexy, Ferrajoli e Dworkin.

Robert Alexy (2008) propõe em sua obra que, diante da escolha entre o constitucionalismo e o legalismo, deve-se optar por um constitucionalismo moderado, além de

apontar para a presença dos princípios em convivência com as regras, assemelhando-se os primeiros aos valores, na medida em que seu conteúdo é moral e sua forma é jurídica. Também defende que o discurso jurídico é um caso especial de discurso prático ou moral e que a aplicação do direito deve pautar-se pela resposta correta para cada caso como ideia reguladora.

Luigi Ferrajoli (2001) afirma que, dentre outras situações necessárias para a construção do neoconstitucionalismo, está a renúncia à epistemologia kelseniana e à jusfilosofia analítica italiana do pós-guerra, propondo uma ciência jurídica funcional ao paradigma constitucional, com um papel crítico e construtivo e descritivo do ser do direito e prescritivo de seu dever ser jurídico, o que obriga os juristas a assumir a responsabilidade cívica e política de superar as antinomias e as lacunas do sistema. Leciona, também, sobre uma nova noção de validade das normas, não circunscrita à análise meramente formal, e sim interessada com a coerência de seus conteúdos com os princípios constitucionais. Ademais, apresenta a definição dos direitos fundamentais como "todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos porque dotados do *status* de pessoa, de cidadão ou de pessoas com capacidade de agir", resgatando a ideia kantiana mencionada no início deste trabalho.

A visão aprofundada de Dworkin (2000) sobre o tema apresenta o conceito de direitos morais. Esses consistem no conjunto de direitos subjetivos originados diretamente de valores contidos em princípios, independentemente da existência de prévias regras postas.

> Utilizando tal conceito, podemos ver que os direitos humanos podem ser considerados direitos morais que, por definição, não aferem sua validade por normas positivadas, mas diretamente de valores morais da coletividade humana. Para o citado autor, a moralidade integra o ordenamento jurídico por meio de princípios, mesmo que não positivados. Princípios são, segundo esse autor, exigências de justiça, de equidade ou de qualquer outra dimensão moral. (RAMOS, 2014, p. 52).

A partir do neoconstitucionalismo, tem-se o fenômeno da constitucionalização do direito, de modo que, por conta do efeito irradiante das normas constitucionais, dotadas de força normativa, todos os ramos do direito passam a ser interpretados e aplicados a partir dos princípios constitucionais pertinentes.

Dentre os inúmeros desdobramentos trazidos pelo movimento neoconstitucionalista, tem-se a passagem da soberania nacional ao direito transnacional. Na tradicional visão da soberania, é ela que permite o Estado criar o direito. A ordem jurídica, assim, é fruto da soberania estatal.

Todavia, a soberania do Estado começou a perder valor absoluto com a criação do

direito comunitário e hoje se encontra totalmente questionada diante do direito regional (tratados de direitos humanos etc.), do direito internacional (Tratado de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional), do império das Cortes de Justiça internacionais. A primeira noção de soberania estava centrada no Estado criador do direito: no seu espaço territorial, todos (em princípio) sujeitavam-se a este direito. Hoje os Estados (não tão soberanos) convivem com regras e princípios comunitários (União Europeia e MERCOSUL, por exemplo) ou regionais (sistemas de proteção de direitos humanos) ou globais (Tribunal Penal Internacional, por exemplo). As decisões da justiça brasileira, em matéria de direitos humanos, já podem não constituir a última palavra (GOMES; MAZZUOLI, 2010, p. 53).

Outra consequência que deve ser apontada, pois guarda relevante pertinência com o presente trabalho, diz respeito à superação da validade jurídica formalista, passando-se para a validade ética das regras estatais.

A lei vigente é lei válida, segundo o paradigma legalista-positivista, defendido por Kelsen, desde que elaborada pelo poder competente, consoante o procedimento previsto. Esta é uma validade puramente formal (jurídica), que depende só da existência de um poder fundante. Esta lógica mudou: a lei que viola princípios éticos básicos, gerando injustiça extrema, não pode nunca ser válida; nem toda lei vigente é válida (GOMES; MAZZUOLI, 2010, p. 55).

Não bastassem esses desdobramentos oriundos do neoconstitucionalismo, verifica-se que o movimento evolutivo do Estado ganhou maior fôlego e velocidade a partir deste paradigma.

Percebe-se que, do Estado de direito legalista, passa-se para o Estado de direito constitucional, regido pela Constituição de cada Estado. Em momento concomitante, por conta da internacionalização anteriormente abordada, o Estado de direito constitucional é complementado pelo direito internacional, que se apresenta como mais uma etapa evolutiva. Este modelo, por sua vez, pretende passar a outro nível: o Estado de direito universal, a partir do qual surgem as normas supraconstitucionais.

Assim, até o momento, verificamos a presença do Estado absolutista, do Estado legalista e do Estado constitucionalista. No início desta parte do trabalho, analisamos o fenômeno da internacionalização. Todavia, deixamos para analisar esta evolução do Estado brasileiro neste momento.

Para tanto, faremos uma sucinta análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do *status* hierárquico dos tratados internacionais no ordenamento jurídico nacional.

Até 1977, todos os tratados internacionais, no Brasil, revestiam-se de caráter supralegal, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Naquele ano, no julgamento do RE 80.004, sob a relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque, houve uma virada na jurisprudência da Suprema Corte brasileira.

A ementa do julgado restou assim redigida:

> CONVENÇÃO DE GENEBRA, LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CÂMBIO E NOTAS PROMISSÓRIAS - AVAL APOSTO A NOTA PROMISSÓRIA NÃO REGISTRADA NO PRAZO LEGAL - IMPOSSIBILIDADE DE SER O AVALISTA ACIONADO, MESMO PELAS VIAS ORDINÁRIAS. VALIDADE DO DECRETO-LEI Nº 427, DE 22.01.1969. **EMBORA A CONVENÇÃO DE GENEBRA QUE PREVIU UMA LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CÂMBIO E NOTAS PROMISSÓRIAS TENHA APLICABILIDADE NO DIREITO INTERNO BRASILEIRO, NÃO SE SOBREPÕE ELA ÀS LEIS DO PAÍS, DISSO DECORRENDO A CONSTITUCIONALIDADE E CONSEQUENTE VALIDADE DO DEC-LEI Nº 427/69, QUE INSTITUI O REGISTRO OBRIGATÓRIO DA NOTA PROMISSÓRIA EM REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA, SOB PENA DE NULIDADE DO TÍTULO**. SENDO O AVAL UM INSTITUTO DO DIREITO CAMBIÁRIO, INEXISTENTE SERÁ ELE SE RECONHECIDA A NULIDADE DO TÍTULO CAMBIAL A QUE FOI APOSTO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.(RE 80004, Relator(a): Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/1977, DJ 29-12-1977 PP-09433 EMENT VOL-01083-04 PP-00915 RTJ VOL-00083-03 PP-00809)

A discussão, como se extrai da ementa, residia no aparente conflito existente entre a Lei Uniforme de Genebra (tratado internacional) e o Decreto-Lei nº 427/69, de natureza infraconstitucional.

Em seu voto, o Ministro relator consignou:

A partir do julgamento, em Plenário, do RE 71.154, de que 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 promulgaram. 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 Professor Haroldo Valladão (Dir. Internacional Privado, 3ª. Ed, 1971, pág. 96).

Citou, ainda, o relator, os Ministros Philadelpho Azevedo, depois Juiz da Corte de Justiça Internacional (Ap. Civ. 7.872, Ar. Jud. 69/14) e Orosimbo Nonato (B.S.Br. D.I., 1, Dir. 1945/6, 28) que defenderam, naquela Corte, a prevalência dos tratados internacionais sobre a legislação ordinária, por força do prestígio empenhado na palavra do país, escrita em tratados, assim excluídos da revogação comum, salvo no caso de denúncia ao instrumento internacional.

Todavia, o Ministro Cunha Peixoto abriu a divergência, para sustentar, em síntese,

que os tratados internacionais ratificados e internalizados pelo Brasil não perderiam sua natureza de tratado, o que impediria que fossem tratados como leis ordinárias. Por conta disso, sustentou que o Decreto-Lei nº 427/69 prevaleceria sobre o tratado internacional aparentemente conflitante, porquanto promulgado posteriormente, resolvendo, assim, o conflito, pelo critério cronológico para solução de antinomias.

A tese divergente foi seguida pelos Ministros Cordeiro Guerra, Leitão de Abreu, Rodrigues Alckmin, Carlos Thompson Flores e Eloy da Rocha.

O Ministro Antônio Neder conheceu do recurso pelo fundamento da divergência, mas, no mérito, discordando da fundamentação deduzida pelos ministros divergentes, deu-lhe provimento, apresentando uma terceira tese, afastando-se da discussão acerca do aparente conflito entre o tratado internacional e o Decreto-Lei.

Na esteira do entendimento divergente, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal, a partir desse precedente de 1977, passou a equiparar os tratados internacionais, de qualquer natureza, às leis infraconstitucionais.

Eis que, em 1988, houve a promulgação de nova Constituição, trazendo, no § 2º, do art. 5º, a seguinte previsão:

> § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Trata-se da chamada "cláusula de abertura constitucional", por meio da qual a Constituição Federal mostra-se receptiva em relação aos princípios e tratados internacionais que com ela guardem relação, principalmente no que diz respeito à proteção de direitos e garantias fundamentais.

Essa cláusulafoiinspiradanaEmenda IX da Constituiçãonorte-americana de 1787, que é assimredigida: "*The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people*"[19].

Apesar dessa previsão normativa superveniente, a jurisprudência do Supremo manteve-se fiel àquele precedente de 1977. Calcava-se essa visão nos artigos 102, III, "b", e 105, III, "a", ambos da CF/88, que estabelecem, respectivamente, que o Supremo Tribunal Federal é competente para "julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal", e que o Superior Tribunal de Justiça é competente para "julgar, em

[19]"A enumeração de certos direitos, na Constituição, não deverá ser interpretada como anulando ou restringindo outros direitos conservados pelo povo". Tradução livre do autor.

recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência".

A interpretação que se extraía desses dispositivos era de que, se um tratado pode ser declarado inconstitucional, assim como uma lei federal, necessariamente, a Constituição atribuiu *status* infraconstitucional aos tratados internacionais, sendo eles, assim, equiparados à lei ordinária. Da mesma forma, se o STJ poderia conhecer de um recurso especial, por conta de decisão que contrariasse ou negasse vigência a tratado ou lei federal, estes instrumentos normativos estariam no mesmo degrau hierárquico.

Além disso, essa posição era sustentada com fulcro na concepção clássica de soberania estatal, de que a Constituição mantém o primado da ordem jurídica nacional, como se pode verificar no julgado RHC 79.785/RJ, sob a relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, cujo trecho da ementa colaciona-se:

> 2. Com esse sentido próprio - sem concessões que o desnaturem - não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária, já na área cível, já, particularmente, na área penal. 3. A situação não se alterou, com a incorporação ao Direito brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), na qual, efetivamente, o art. 8º, 2, h, consagrou, como garantia, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria: o direito de "toda pessoa acusada de delito", durante o processo, "de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior". **4. 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. II. A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas. 1. Quando a questão - no estágio ainda primitivo de centralização e efetividade da ordem jurídica internacional - é de ser resolvida sob a perspectiva do juiz nacional - que, órgão do Estado, deriva da Constituição sua própria autoridade jurisdicional - não pode ele buscar, senão nessa Constituição mesma, o critério da solução de eventuais antinomias entre normas internas e normas internacionais; o que é bastante a firmar a supremacia sobre as últimas da Constituição, ainda quando esta eventualmente atribua aos tratados a prevalência no conflito: mesmo nessa hipótese, a primazia derivará da Constituição e não de uma apriorística força intrínseca da convenção internacional. 2. 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 conseqüência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b).** 3. 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 (ADInMC 1.480) - que, mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias. 4. 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 ab-rogante da Constituição mesma, quando não dinamitadoras do seu sistema, o que não é de admitir.**(grifo nosso)**

No mesmo sentido, posicionou-se o STF quando do julgamento da ADI 1.480, cujo trecho da ementa também é mencionado:

> SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - **No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República.** Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do treaty-makingpower, pelo Estado brasileiro - não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) -, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. - **O Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno.** Doutrina e Jurisprudência.**(grifo nosso)**

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal mantinha a jurisprudência firmada em 1977, ignorando, a nosso ver, o disposto no art. 5º, § 2º, da CF/88.

Em 2004, novo fato superveniente inflamou, ainda mais, o debate acerca do *status* hierárquico dos tratados internacionais sobre direitos humanos. Isso porque, naquele ano, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 45, apelidada de "Reforma do Judiciário", que, dentre outras alterações no texto constitucional, incluiu o § 3º, ao artigo 5º, cuja redação é:

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

A intenção aparente desse dispositivo foi dirimir a polêmica referente à hierarquia dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica pátria, que existia desde a promulgação da Carta Magna. Nesse sentido, a Constituição passou a determinar que as normas internacionais de direitos humanos que forem aprovados pelo procedimento de aprovação indicado em seu art. 5º, § 3º, serão equivalentes às emendas constitucionais, com o que tais normas adquirem o caráter de formalmente constitucionais (PORTELA, 2015, p. 975).

A partir da inclusão deste parágrafo, o STF passou a reavaliar sua visão tradicional acerca da aplicação dos tratados internacionais sobre direitos humanos, buscando soluções mais adequadas ao primado da proteção da dignidade humana, que resultaram na retomada da

tese da supralegalidade dos tratados internacionais, mas reservando-a aos instrumentos normativos que versam sobre direitos humanos.

Isso porque algumas dúvidas surgiram sobre o assunto. As indagações podem ser resumidas em um único questionamento relevante: "Com a inclusão do § 3º, no art. 5º, qual seria o *status* hierárquico dos tratados internacionais sobre direitos humanos internalizados pelo Brasil antes da alteração realizada pela EC nº 45/04?".

Por conta disso, surgiram vozes na doutrina que passaram a se debruçar, novamente, sobre o tema e exigir uma resposta daquela Corte Superior.

Em que pesem as palavras de Gomes e Mazzuoli (2010, p. 87) de que, no julgamento histórico do dia 3 de dezembro de 2008 (RE 466.343-1/SP e HC 87.585/TO), a antiga pirâmide kelseniana foi definitivamente sepultada pelo STF, analisaremos, mais adiante, que não nos parece ter havido uma inovação tão drástica.

Nesses julgamentos, em que se discutia a legalidade da prisão civil do depositário infiel diante da expressa vedação contida no art. 7.7, da Convenção Americana de Direitos Humanos, o STF, por maioria, admitiu que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm*status* supralegal, retomando, até certo ponto, sua jurisprudência anterior a 1977.

Contudo, duas teses marcaram, notoriamente, a decisão do Supremo. De um lado, capitaneados pelo Ministro Gilmar Mendes, a maioria de cinco ministros decidiu que os tratados de direitos humanos, precedentes ou posteriores à EC nº 45/04, desde que não aprovados pelo *quorum* qualificado, previsto no art. 5º, § 3º, da CF/88, possuem valor supralegal, mas infraconstitucional. Do outro lado, liderados pelo Ministro Celso de Mello, quatro ministros entenderam que os tratados internacionais sobre direitos humanos internalizados possuem *status* constitucional, por força do disposto no § 2º, do art. 5º, da CF/88.

A pirâmide normativa desenhada pelo Ministro Gilmar Mendes é: i) no topo, situa-se a Constituição, bem como os tratados de direitos humanos aprovados de acordo com o procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da CF/88, compondo o chamado "bloco de constitucionalidade"; ii) abaixo da Constituição, mas acima das leis infraconstitucionais, estão os tratados internacionais sobre direitos humanos não aprovados pelo *quorum* qualificado, pouco importando se o tratado foi internalizado antes ou depois da EC nº 45/04; e, por fim, iii) no último degrau dessa pirâmide, encontra-se a legislação infraconstitucional, bem como os tratados internacionais que não versam sobre direitos humanos.

Apesar de a tese do Ministro Gilmar Mendes ter sido seguida pela maioria dos ministros, concordamos com as pertinentes as críticas tecidas sobre essa posição:

> A tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos não aprovados por maioria qualificada peca por desigualar tais instrumentos em detrimento daqueles internalizados pela dita maioria, criando uma "duplicidade de regimes jurídicos", imprópria para o atual sistema (interno e internacional) de proteção dos direitos, uma vez que estabelece "categorias" de tratados que têm o mesmo fundamento ético. E este fundamento ético lhes é atribuído não pelo direito interno ou por qualquer poder do âmbito interno (*v.g.* o Poder Legislativo), mas pela própria ordem internacional, da qual tais tratados provêm. Ao criar as "categorias dos tratados de nível constitucional e supralegal (caso sejam ou não aprovados pela dita maioria qualificada), a tese da supralegalidade acabou por regular assuntos iguais de maneira totalmente diferente (ou seja, desigualou assuntos os "iguais"), em franca oposição ao princípio constitucional da isonomia. Daí ser equivocado alocar certos tratados de direitos humanos abaixo da Constituição e outros (também de direitos humanos) no mesmo nível dela, sob pena de se subverter a lógica convencional de proteção de tais direitos, a exemplo daquela situação em que um instrumento acessório teria equivalência de uma emenda constitucional, enquanto o principal estaria em nível hierárquico inferior. (GOMES; MAZZUOLI, 2010, p. 88-89)

Esse tratamento diferenciado entre tratados internacionais sobre direitos humanos inaugurou, nas palavras de Ramos (2015, p. 397), a chamada "Teoria do Duplo Estatuto".

Por sua vez, a tese sustentada pelo Ministro Celso de Mello é a de que os tratados internacionais de direitos humanos vigentes no Brasil antes da EC nº 45/04 foram recepcionados ou amparados pelo art. 5º, § 2º, da CF/88, tendo, portanto, valor constitucional. Para essa vertente, no topo da pirâmide, estão a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos (mesmo que firmados e vigentes da EC nº 45/04) e, na base, está a legislação infraconstitucional. Para o Ministro, tratados de direitos humanos posteriores à EC nº 45/04, pouco importando o cumprimento ou não do § 3º, do art. 5º, também contam com valor constitucional.

A posição do Ministro Celso de Mello encontra eco na doutrina internacionalista dos direitos humanos. Nesse sentido, Mazzuoli (2014, p. 104) afirma que "se os direitos e garantias expressos no texto constitucional 'não excluem' outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar certos direitos e garantias, a Constituição 'os inclui' no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando, assim, o seu bloco de constitucionalidade". Da mesma forma Piovesan (2010, p. 94) assinala que "a teoria da paridade entre o tratado internacional e a legislação federal não se aplica aos tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista que a Constituição de 1988 assegura a estes garantia de privilégio hierárquico, atribuindo-lhes a natureza de norma constitucional".

Como adiantamos, a posição vencedora do Ministro Gilmar Mendes definiu, na atual visão do Supremo, que os tratados internacionais sobre direitos humanos possuem *status* supralegal.

As normas supralegais são aquelas que continuam hierarquicamente inferiores à Constituição Federal, mas que estão acima das demais espécies normativas nacionais. No campo específico dos direitos humanos, a supralegalidade pare da premissa de que os tratados de direitos humanos trazem normas que estão diretamente vinculadas à proteção da dignidade humana e que, por isso, têm importância superior no ordenamento jurídico, não podendo ser derrogadas por outras leis ordinárias simplesmente por serem mais novas (critério cronológico) ou especiais (critério da especialidade) (PORTELA, 2015, p. 973).

Apesar de ser passível de severas críticas, a tese da supralegalidade prevaleceu e configurou uma posição, de certa forma, pioneira na história brasileira.

A velha posição do Supremo nada mais espelhava do que a visão savignyana (século XIX) e kelseniana (século XX) do direito, incorporando na base (no patamar inferior) da ordem jurídica o Direito Internacional dos Direitos Humanos (GOMES; MAZZUOLI, 2010, p. 90).

No entanto, como já salientado, o modelo kelseniano (ou positivista legalista ou positivista clássico), nas palavras de Ferrajoli (1999, p. 15), confunde a vigência com a validade da lei, a democracia formal com a substancial, não ensina a verdadeira função do juiz no Estado constitucional e garantista de Direito (que deve se posicionar como garante dos direitos fundamentais), não desperta nenhum sentido crítico no jurista e, além de tudo, não evidencia com toda profundidade necessária o sistema de controle de constitucionalidade (e de convencionalidade) das leis.

A inovação referente aos tratados internacionais de que o Brasil seja parte, além de ampliar os mecanismos de proteção da dignidade da pessoa humana, veio, ademais, reforçar e engrandecer o princípio da prevalência dos direitos humanos, consagrado pela Carta de 1988, como um dos princípios pelo qual a República Federativa do Brasil se rege nas suas relações perante o cenário internacional (art. 4º, II, CF/88) (GOMES; MAZZUOLI, 2010, p. 201).

Pode-se, a partir dessas reflexões, verificar que a tese da supralegalidade sustentada pela atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não se coaduna com as obrigações internacionalmente contraídas pelo Estado brasileiro. E não é só isso. Tampouco a tese do *status* constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos nos parece refletir a melhor posição, pois a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admite a tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias, desenvolvida pelo jurista alemão Otto Bachof (1994). Nesse sentido, colaciona-se o seguinte julgado:

> EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. - **A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de**

> **outras e incompossível com o sistema de Constituição rígida.** - Na atual Carta Magna "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição" (artigo 102, "caput"), **o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição**. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido.(ADI 815, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 28/03/1996, DJ 10-05-1996 PP-15131 EMENT VOL-01827-02 PP-00312)

Como o atual cenário jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal não permite a adoção da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias, parece-nos que, ao se atribuir o *status* constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos, cria-se situação paradoxal, porquanto, no caso de haver conflitos materiais entre as disposições previstas na constituição e no tratado com *status* constitucional, não seria possível eventual controle das normas constitucionais originárias violadoras de direitos humanos, havendo, tão somente, a incidência do chamado efeito paralisante a partir da aplicação do princípio hermenêutico da norma mais favorável.

Todavia, nesse cenário de aplicação de um princípio hermenêutico, atribui-se somente ao Judiciário, mais especificamente à Suprema Corte, o papel de realizar a ponderação necessária entre as normas hierarquicamente constitucionais, caso seja provocado a realizar tal ponderação.

Não seria possível, nesse caso, a revogação dos dispositivos constitucionais que contrariem os direitos humanos elencados nos tratados internalizados. Criar-se-ia, ademais, situação em que seria possível, por meio de sopesamento, a aplicação da norma constitucional em detrimento da disposição normativa contida no tratado internacional sobre direitos humanos.

Repisa-se que, somente após a provocação do Judiciário, seria possível obter a resposta para o caso concreto que se apresenta, de modo que eventuais incompatibilidades perceptíveis *a priori* teriam que aguardar questionamentos perante os juízes brasileiros. Impossibilitar-se-ia, por exemplo, a revogação ou a adequação de dispositivos constitucionais incompatíveis com as regras de direitos humanos previstas nos tratados.

Por esses motivos, defendemos, ainda mais, o reconhecimento do *status*

supraconstitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

Nesse sentido, a fim de corroborar nossa defesa, Gomes e Mazzuoli (2010, p. 203) também apontam para esse caminho:

> Um dos traços mais marcantes do direito supraconstitucional é seu poder *paralisante* em relação ao direito interno (todo o direito interno, como mencionamos acima, inclusive o direito *constitucional* interno). Essa característica de "imobilização" das normas internas, de rigor, também se faz presente na onda internacionalista. O direito internacional público, nos termos do art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, impede o direito interno estatal de estabelecer, de maneira contrária, algo já expresso em tratado internacional ratificado pelo Estado. De qualquer forma, o que importa notar aqui é que se no internacionalismo (notadamente no internacionalismo de direitos humanos) o direito interno, em determinadas situações, já se torna inaplicável, nem se diga quanto à onda universalista, que (agora sim) tem natureza supraconstitucional.
> Não se tem dúvida de que o direito interno é *inválido* frente ao direito universal, não obstante ser *vigente* (porque de acordo com o processo constitucional de elaboração das normas jurídicas). Essa invalidade leva à não aplicação (à *ineficácia*) da normas doméstica contrária às normas universais (supraconstitucionais) de proteção dos direitos humanos.
> Em suma, o direito interno (de qualquer país, mesmo daqueles que não ratificaram a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados) resta *inaplicável* frente ao direito internacional dos direitos humanos e às normas de direito universal.

Como anteriormente mencionamos, ousamos discordar de Gomes e Mazzuoli (2010, p. 87) de que, no julgamento histórico do dia 3 de dezembro de 2008 (RE 466.343-1/SP e HC 87.585/TO), a antiga pirâmide kelseniana foi definitivamente sepultada pelo STF, pois não nos parece ter havido uma inovação tão drástica quando adotada a tese da supralegalidade.

Sabemos que, no campo do Direito Internacional, duas posições se dividem acerca da hierarquia dos tratados internacionais frente ao direito interno: de um lado, o monismo e, do outro, o dualismo.

Nelas, se discute se o Direito Internacional e o Direito interno são duas ordens jurídicas distintas e independentes (*teoria dualista*) ou, ao contrário, se são dois sistemas que derivam um do outro (*teoria monista*) (MAZZUOLI, 2014, p. 83).

Para nossa defesa da supraconstitucionalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos, devemos nos debruçar, por alguns momentos, sobre as divergências existentes acerca dessas duas teorias.

2.5.1 Monismo e dualismo: a relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno

Busca-se, nesse ponto, demonstrar como a relação aparentemente conflituosa entre o Direito Internacional e o Direito Interno deve ser resolvida.

Todavia, deve-se salientar que ela pode ser abordada a partir de dois prismas

distintos. O primeiro, calcado no Direito Internacional, aprecia a questão de fora para dentro, enquanto que o segundo, estribado no Direito interno, aborda a situação de dentro para fora. Percebe-se, de plano, que as posições são diametralmente antagônicas, mas propomos apresentá-las e demonstrar a melhor saída para o conflito teórico.

Deve-se lembrar, inicialmente, que, evidentemente, cada Estado, levando em conta variados fatores (tradição legislativa, cultura jurídica, aspectos econômicos etc.), disciplina como melhor lhe parece a questão da aplicação interna do Direito Internacional (MAZZUOLI, 2014, p. 86).

Nesse sentido, manifestou-se o Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal: "É na Constituição da República – e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas – que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro" (ADI 1480 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/1997, DJ 18-05-2001 PP-00429 EMENT VOL-02031-02 PP-00213).

Mas isso não impede o Direito Internacional, que é superior aos ordenamentos dos Estados, de dar a última palavra relativamente ao tema (MAZZUOLI, 2014, p. 86).

A fim de iniciarmos a análise das duas teorias, devemos buscar suas origens teóricas e as consequências da adoção de cada uma.

Foi Alfred Von Verdross quem, em 1914, cunho a expressão "dualismo", a qual foi aceita por Carl Heinrich Triepel, em 1923, seguido posteriormente por Strupp, Walz, Listz, Anzilotti, BalladorePallieri e Alf Ross (MAZZUOLI, 2014, p. 86).

Para os adeptos dessa corrente, o Direito interno de cada Estado e o Direito Internacional são dois sistemas independentes e distintos, ou seja, constituem círculos que não se interceptam (meramente contíguos), embora sejam igualmente válidos. As fontes e normas do Direito Internacional (notadamente os tratados) não têm, para os dualistas, qualquer influência sobre questões relativas ao âmbito do Direito interno, e vice-versa, de sorte que entre ambos os ordenamentos jamais poderia haver conflitos. Segundo essa construção, sendo o Direito Internacional e o Direito interno dois sistemas de normas diferentes, independentes um do outro, que não se tocam por nenhum meio, impossível seria a existência de qualquer antinomia entre eles. Portanto, conforme os dualistas, quando um Estado assume um compromisso exterior o está aceitando tão somente como fonte do Direito Internacional, sem qualquer impacto ou repercussão no seu cenário normativo interno. Para que isto ocorra, ou seja, para que um compromisso internacionalmente assumido passe a ter valor jurídico no âmbito do Direito Interno, é necessário que o Direito Internacional seja "transformado" em

norma interna, o que se dá pelo processo conhecido como *adoção* ou *transformação*. Assim, o primado normativo, para os dualistas, é da *lei interna* de cada Estado e não do Direito Internacional (MAZZUOLI, 2014, P. 87).

Como proposto por Triepel (1923, p. 95), o Direito Internacional deve reger as relações entre os Estados e o Direito interno deve reger as relações entre os indivíduos e entre estes e o Estado.

Por ser diferente a identidade de fontes (pois as fontes do Direito Internacional são os tratados e costumes internacionais, e as de Direito interno são as leis e costumes internos) e por regularem tais sistemas matérias diferentes, entre eles (Direito interno e Direito Internacional) não poderia haver conflito, ou seja, uma norma internacional não poderia, em nenhuma hipótese, regular questão interna sem antes ter sido incorporada a esse ordenamento por um procedimento receptivo que a "transforme" em lei nacional (tal equivaleria ao chamado *act of parliament*, do direito inglês). Da mesma forma, por se tratar de sistemas distintos, em que cada qual regula relações jurídicas diversas, não haveria que se falar na supremacia de um sobre o outro (MAZZUOLI, 2014, p. 87).

Essa teoria dualista exige, então, que um compromisso internacionalmente assumido pelo Estado deva ser submetido a um processo de internalização, a fim de que, somente após superada essa etapa, é que as disposições normativas constantes naquele instrumento internacional terão validade e aplicabilidade internamente.

A sanção, no caso de omissão, seria tão somente internacional. Ou seja, se os Estados não adaptarem o seu Direito interno àquilo que a norma internacional ratificada recomenda, a norma interna continua (equivocadamente) válida, sendo a única consequência a responsabilidade internacional do Estado (MAZZUOLI, 2014, p. 89).

Aqui surge a primeira crítica que merece ser direcionada ao modelo dualista. Dizer que a omissão gera "somente" a "única consequência" da responsabilidade internacional do Estado parece absurda num cenário contemporâneo de proteção internacional dos direitos humanos.

Como maior arauto do dualismo radical, Triepel (1923, p. 104) afirmava que os juízes nacionais são obrigados a aplicar o direito interno, mesmo contrário ao Direito Internacional.

No Brasil, a partir da combinação dos artigos 84, VIII (competência do Presidente da República para celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a refendo do Congresso Nacional) e 49, I (competência exclusiva do Congresso Nacional de resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou

compromissos gravosos ao patrimônio nacional), ambos da Constituição Federal de 1988, nota-se que o constituinte originário optou pela adoção da teoria dualista moderada, pois não se exige a fórmula extrema de adoção de um ato formal consubstanciado em um novo diploma legislativo que somente reproduza os dispositivos do tratado internacional.

O Supremo Tribunal Federal tem exigido, tão somente, após a aprovação do tratado pelo Congresso Nacional e à troca dos respectivos instrumentos de ratificação que seja o tratado internacional *promulgado* internamente, por meio de um *decreto de execução presidencial*. Exige-se isso, pois se entende que esse decreto é manifestação essencial e insuprimível por conta de seus três efeitos básicos: a) a promulgação do tratado internacional; b) a publicação oficial de seu texto e c) a executoriedade do ato internacional. No entanto, a Corte jamais conseguiu demonstrar o dispositivo constitucional no qual se fundamentou para dizer da obrigatoriedade da promulgação executiva do tratado entre nós. (MAZZUOLI, 2014. p. 91).

Algumas outras críticas podem ser, também, dirigidas à teoria dualista.

Em primeiro lugar, reconhecer diversidade de fontes entre o Direito interno e o Direito Internacional é aceitar um absurdo terminológico de consequências fatais para a concepção geral do Direito. Se ambos os sistemas – o interno e o internacional – são contrapostos, um deles inevitavelmente será não jurídico. Restaria saber qual deles assim o seria. Ao Direito interno jamais se negou o seu caráter jurídico. Logo, para os dualistas, por coerência, deverá ser não jurídico o Direito Internacional, pois não é possível entender como jurídicos dois sistemas antagônicos e divergentes (MAZZUOLI, 2014, p. 91-92).

Se o Direito é uno e anterior à vontade dos Estados, não se pode entender de outra maneira senão como estando o Direito interno inserido no Direito Internacional, do qual retira o seu fundamento de validade (MARTINS, 1998, p. 29).

Nota-se que, se aceita a ideia de que há dois sistemas jurídicos distintos, sendo que um deles não é dotado de força jurídica, equivale a compreender o Estado como um fim em si mesmo, alheio à comunidade internacional da qual, logicamente, faz parte.

O dualismo é corolário dogmático-apológico da teoria da soberania absoluta do Estado. Ora, se o Direito não é o produto exclusivo da vontade do Estado, mas antes, é anterior, o que o Estado faz é apenas reconhecer a sua obrigatoriedade, por meio de normas jurídicas, tanto no plano interno, como no plano internacional. Se o Estado reconhece tal obrigatoriedade, é porque além de consagrar que o Direito é uno, também admite que por meio de um princípio geral anterior é que lhe foi concedido o poder de criar normas jurídicas de cunho obrigatório. Se este princípio emanado da ordem jurídica internacional –

consubstanciado na norma *pacta sunt servanda* – lhe é anterior, não se pode olvidar que do sistema internacional é que advém a obrigatoriedade do Direito interno (MAZZUOLI, 2014, p. 92).

Em que pese ser o dualismo moderado a teoria adotada pelo Supremo Tribunal Federal, a maioria da doutrina internacionalista, com maior acerto, defende, convictamente, a teoria monista como modelo a ser seguido.

Contrapondo-se à ideia de que há dois sistemas jurídicos distintos que não se comunicam, os autores monistas, que têm em Hans Kelsen o seu maior expoente, defendem que há unidade entre as normas jurídicas internas e internacionais, que formam um único sistema. Os sistemas interno e internacional são ramos do Direito, dentro de um único complexo jurídico.

Trata-se da teoria segundo a qual o Direito Internacional se aplica diretamente na ordem jurídica dos Estados, independentemente de qualquer "transformação", uma vez que esses mesmos Estados, nas suas relações com outros sujeitos do direto das gentes, mantêm compromissos que se interpenetram e que somente se sustentam juridicamente por pertencerem a um sistema jurídico *uno*, baseado na identidade de sujeitos (os indivíduos que os compõem) e de fontes (sempre objetivas e não dependentes – como no voluntarismo – da vontade dos Estados) (MAZZUOLI, 2014, p. 93).

Para essa teoria, ambos os sistemas convergem para um sistema harmônico, superpondo-se, de forma que o Direito interno integra e retira seu fundamento de validade do Direito internacional.

Interessante analisarmos o pensamento de Hans Kelsen (1998, p. 241):

> Toda a evolução técnico-jurídica apontada tem, em última análise, a tendência para fazer desaparecer a linha divisória entre Direito internacional e ordem jurídica do Estado singular, por forma que o último termo da real evolução jurídica, dirigida a uma centralização cada vez maior, parece ser a unidade de organização de uma comunidade universal de Direito mundial, quer dizer, a formação de um Estado mundial. Presentemente, no entanto, ainda não se pode falar de uma tal comunidade. Apenas existe uma unidade cognoscitiva de todo o Direito, o que significa que podemos conceber o conjunto formado pelo Direito internacional e as ordens jurídicas nacionais como um sistema unitário de normas - justamente como estamos acostumados a considerar como uma unidade a ordem jurídica do Estado singular.
> A isto se opõe a concepção tradicional que pretende ver no Direito internacional e no Direito de cada Estado dois sistemas de normas diferentes, independentes um do outro, isolados um em face do outro, porque apoiados em duas normas fundamentais diferentes. Esta construção dualista - ou melhor, "pluralista", se levarmos em conta a pluralidade das ordens jurídicas estaduais - é, no entanto, insustentável, mesmo do ponto de vista lógico, quando tanto as normas do Direito internacional como as das ordens jurídicas estaduais devem ser consideradas como normas simultaneamente válidas, e válidas igualmente como normas jurídicas. Nesta concepção, compartilhada também pela doutrina dualista, está já contido o postulado teorético-gnoseológico que obriga a abranger todo o Direito num só sistema, quer dizer, a concebê-lo de um ponto de vista único como um todo fechado sobre si.

O jurista de Viena revela sua posição que também foi seguida por Verdross, Mirkin-Guetzévitch, Lauterpacth, Jiménez de Aréchaga, dentre outros. No Brasil, trata-se da posição da maioria da doutrina internacionalista, dentre cujas vozes mais autorizadas estão Haroldo Valladão, Oscar Tenório, Hildebrando Accioly, Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, Celso D. Albuquerque Mello, Vicente Marotta Rangel e Mirtô Fraga (MAZZUOLI, 2014, p. 94).

Interessante como Kelsen (1998), já sinalizava sobre conflitos entre normas de direito interno e de direito internacional, de modo que, nesses casos, a compatibilização (que revela a posição supraconstitucional dos tratados), deve ser realizada.

> Um conflito dessa espécie é visto principalmente no fato de uma lei do Estado poder estar em contradição com um tratado de Direito internacional, como, v. g., quando um Estado está obrigado por tratado a conceder aos membros de uma minoria os mesmos direitos políticos que confere aos membros da maioria e, numa lei desse Estado, são retirados aos membros do grupo minoritário todos os direitos políticos, sem que tal contradição, no entanto, afete, quer a validade da lei, quer a do tratado. Simplesmente, a este fato corresponde um outro perfeitamente análogo dentro da ordem jurídica estadual sem que, no entanto, se ponha por qualquer forma em dúvida, por tal motivo, a unidade desta. Também a chamada lei inconstitucional é uma lei válida e permanece tal sem que, por essa razão, se tenha de considerar a Constituição como anulada ou modificada. (KELSEN, 1998, p. 231)

Dentro da teoria monista, dividem-se seus defensores em três principais correntes que debatem a primazia do sistema internacional sobre o interno, o contrário ou uma vertente dialógica.

2.5.2Monismo nacionalista

A escola monista nacionalista apregoa o primado do Direito nacional de cada Estado soberano, sob cuja ótica a adoção dos preceitos do Direito Internacional reponta como uma faculdade discricionária. Segundo essa concepção, o Direito Internacional não seria mais que uma consequência do Direito interno. Trata-se da doutrina constitucionalista nacionalista, cujas bases filosóficas encontraram guarida no sistema de Hegel (1770-1831), que via no Estado um ente cuja soberania (correspondente ao *imperium* do direito romano) seria irrestrita e absoluta (a *lei suprema* sobre a Terra). Os monistas nacionalistas aceitam a integração do direito das gentes ao Direito interno, mas sob o ponto de vista do primado da ordem jurídica *estatal*, valendo tal integração somente na medida em que o Estado reconhece como vinculante em relação a si a obrigação contraída (MAZZUOLI, 2014, p. 94-95).

Os argumentos dos monistas nacionalistas podem ser resumidos em dois argumentos principais: a) a ausência, no cenário internacional, de uma autoridade supraestatal capaz de

obrigar o Estado ao cumprimento dos seus mandamentos, sendo cada Estado o competente para determinar livremente suas obrigações internacionais, pois é ele, em princípio, juiz único da forma de executá-las, e b) o fundamento puramente constitucional dos órgãos competentes para concluir tratados em nome do Estado, obrigando-o no plano internacional.

Nas lições de Mazzuoli (2014, p. 96), esses argumentos são criticáveis, na medida em que: a) se explicam o fundamento do tratado, não explicam satisfatoriamente o fundamento do costume; e b) se as Constituições estatais fundamentam o Direito Internacional, não se explica como este continua a vigorar, mesmo com as modificações nelas introduzidas.

A crítica mais incisiva, porém, é aquela que aponta para o fato de os Estados não existirem sozinhos, isolados. Ao contrário, fazem parte de uma sociedade internacional que, no contemporâneo contexto de globalização, exige medidas satisfatórias para os problemas enfrentados pela humanidade.

O Direito é uma superestrutura que depende de uma infraestrutura. Se esta é alterada, aquela será abalada, causando desequilíbrios de diversas ordens. Para que tal não ocorra, basta admitir a supremacia do Direito Internacional frente aos ordenamentos internos. Se é a ordem internacional que define as competências que o Estado possui, não se pode entender de outra maneira senão que este sobrevive tão somente em função dela (MAZZUOLI, 2014, p. 96).

Na mesma esteira, aduz Kelsen (1998, p. 244):

> Dois complexos de normas do tipo dinâmico, como o ordenamento jurídico internacional e um ordenamento jurídico estadual, podem formar um sistema unitário tal que um desses ordenamentos se apresente como subordinado ao outro, porque um contém uma norma que determina a produção das normas do outro e, por conseguinte, este encontra naquele o seu fundamento de validade. A norma fundamental do ordenamento superior é, neste caso, também o fundamento de validade do ordenamento inferior.

O jurista ainda leciona sobre o tema (1998, p. 244):

> A determinação do processo de produção pode fazer-se direta ou indiretamente, conforme a norma superior determine o próprio processo no qual a inferior é produzida, ou se limite a instituir uma instância que, desta forma, é autorizada a produzir, como bem entenda, normas com validade para um determinado domínio. Em tal caso fala-se de delegação, e a unidade em que o ordenamento superior está ligado com o ordenamento inferior tem o caráter de uma conexão delegatória. Daí mesmo já ressalta que a relação do ordenamento superior com os vários ordenamentos inferiores em que aquele delega tem de ser, simultaneamente, a relação de um ordenamento total com os ordenamentos parciais por ele abrangidos. Com efeito, como a norma que é o fundamento de validade do ordenamento inferior forma parte integrante do ordenamento superior, pode aquele, enquanto ordenamento parcial, ser pensado como contido neste, enquanto ordenamento total. A norma fundamental do ordenamento superior - como escalão máximo do ordenamento global - representa o último fundamento de validade de todas as normas - mesmo das dos ordenamentos inferiores.

Nota-se como o monismo nacionalista ainda se apega à soberania e à supremacia da constituição para defender a primazia do Direito Interno em relação ao Direito Internacional. Mas, nesse contexto de críticas, surge, então, a corrente monista internacionalista.

2.5.3 Monismo internacionalista

O monismo internacionalista surge para defender a prevalência do Direito Internacional sobre o Direito interno.

Essa doutrina, que é resultado do antivoluntarismo, foi desenvolvida principalmente pela Escola de Viena, cujos maiores representantes foram Kelsen, Verdross e Josef Kunf, tendo se firmado no cenário mundial a partir do século XX, notadamente após a Segunda Guerra Mundial (MAZZUOLI, 2014, p. 97).

Percebe-se como essa corrente surge concomitantemente com o processo de internacionalização dos direitos humanos já analisado.

Segundo essa concepção, o Direito interno *deriva* do Direito Internacional, que representa uma ordem jurídica hierarquicamente superior. No ápice da pirâmide das normas, encontra-se, pois, o Direito Internacional (norma fundamental: *pacta sunt servanda*), do qual provém o Direito interno, que lhe é subordinado. Ambos os ordenamentos, o interno e o internacional, sob o comando deste último, marcham *pari passu* rumo ao progresso ascensional da cultura das relações humanas. Em outras palavras, o Direito Internacional passa a ser hierarquicamente superior a *todo* o Direito interno do Estado, da mesma forma que as normas constitucionais o são sobre as leis ordinárias, e assim por diante (MAZZUOLI, 2014, p. 97).

Por esse motivo dissemos, anteriormente, que Gomes e Mazzuoli (2013) foram um pouco aquém quando afirmaram que a decisão do Supremo Tribunal Federal promoveu verdadeira inovação na pirâmide kelsiana. Na verdade, a visão daquele tribunal ainda está apegada à supremacia da constituição e à soberania estatal, olvidando-se do monismo internacionalista que, de fato, representa uma nova configuração da representação piramidal do sistema jurídico.

Necessário transcrever, também, a posição expressa de Kelsen (1998, p. 236) sobre este ponto:

> Se se parte da validade do Direito internacional, surge a questão de saber como, deste ponto de partida, se poderá fundamentar a validade da ordem jurídica estadual; e, nesta hipótese, esse fundamento de validade tem de ser encontrado na ordem jurídica internacional. Isto é possível porque, como já notamos a outro propósito, o princípio da efetividade, que é uma norma do Direito internacional positivo,

> determina, tanto o fundamento de validade, como o domínio territorial, pessoal e temporal de validade das ordens jurídicas estaduais e estas, por conseguinte, podem ser concebidas como delegadas pelo Direito internacional, como subordinadas a este, portanto, e como ordens jurídicas parciais incluídas nele como numa ordem universal, sendo a coexistência no espaço e a sucessão no tempo de tais ordens parcelares tornadas juridicamente possíveis através do Direito internacional e só através dele. Isso significa o primado da ordem jurídica internacional.

E Kelsen (1998, p. 237) também reflete sobre a posição monista nacionalista:

> E este primado pode harmonizar-se com o fato de a Constituição de um Estado conter um preceito por força do qual o Direito internacional geral deve valer como parte integrante da ordem jurídica estadual. Se se parte da validade do Direito internacional, que não exige qualquer reconhecimento por parte do Estado, o mencionado preceito constitucional significa não que o Direito internacional seja posto em vigor relativamente ao respectivo Estado, mas que ele é - através de uma cláusula geral - transformado em Direito estadual. Tal transformação é necessária quando os órgãos do Estado, especialmente os seus tribunais, apenas sejam autorizados, segundo a Constituição, a aplicar Direito estadual, e, portanto, somente possam aplicar o Direito internacional quando o seu conteúdo tenha revestido a forma de Direito estadual - forma de lei, forma de decreto -, isto é, seja transformado em Direito estadual. Se, na falta de uma tal transformação, não pode ser aplicada, num caso concreto, uma norma de Direito internacional que a esse caso se refira, isso significa, quando se parta da validade do Direito internacional, não que esta norma do Direito internacional não tenha qualquer validade em relação ao Estado, mas apenas que, quando ela não é aplicada e, consequentemente, o Direito internacional é violado pela conduta do Estado, este se expõe à sanção que o Direito internacional estatui como consequência de tal conduta.

Assim, o Estado que resiste à primazia do Direito Internacional está sujeito a ser responsabilizado pela violação das obrigações internacionais por ele contraídas, como consequência lógica da quebra do princípio do *pacta sunt servanda*.

Alguns monistas ainda foram considerados moderados, como Alfred vonVerdross. Para ele, não é correto dizer que a norma interna deixa de ter validade caso contrarie um preceito de Direito Internacional, embora afirme que tal norma constitui uma infração que o Estado lesado pode impugnar, exigindo ou a sua derrogação ou a sua inaplicabilidade, responsabilizando o Estado infrator a indenizar os prejuízos decursivos. Na visão do "monista moderado", o juiz nacional deve aplicar tanto o Direito Internacional quanto o Direito interno do seu Estado, porém, o fazendo de acordo com aquilo que está expressamente previsto no seu ordenamento doméstico, especialmente na Constituição, aplicando-se, em caso de conflito, a máxima *lex posterior derogat priori* (critério cronológico) (MAZZUOLI, 2014, p. 99).

Na defesa da supraconstitucionalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos, revelamos nossa preferência pela corrente monista internacionalista, pois, cientificamente, ela permite demonstrar a prevalência do Direito Internacional sobre o Direito doméstico.

Se para existir o Estado, deve existir uma Constituição, estruturando sua forma e

organização e protegendo os direitos fundamentais, é mais do que lógico que esta Constituição também dependa daquela sociedade maior em que está inserido o Estado da qual faz parte e que regula, ou seja, a *sociedade internacional* (MAZZUOLI, 2014, p. 100).

Caso essa posição não seja incorporada pelo Estado, alerta Martins (1998, p. 2) que, no embate travado entre monistas e dualistas, "em que se acham empenhadas várias concepções filosóficas, se não vencerem os que se batem pelo reconhecimento da primazia do direito das gentes, as nações terão de voltar ao estado originário de isolamento e de barbárie, a que as arrastará fatalmente a doutrina anarquista dos defensores da supremacia da ordem jurídica nacional".

Ciente da internacionalização dos direitos humanos e das consequências desse fenômeno na relação entre o Direito Internacional e o Direito interno, surge uma terceira vertente monista, intitulada de monismo internacionalista dialógico.

2.5.4 Monismo dialógico

Como mencionamos, defendemos a supraconstitucionalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos, pois nos apegamos ao monismo internacionalista como teoria mais acertada e que deve ser acolhida no Brasil. Mas sabemos, também, existir uma nova teoria monista que desponta na melhor doutrina internacionalista.

O monismo dialógico surge para suprir uma deficiência do monismo internacionalista, que não diferencia as normas internacionais pelo seu conteúdo.

Em outras palavras, a primazia da norma internacional sobre a norma interna, para o monismo internacionalista clássico, é de caráter intransigente (não admitindo qualquer concessão por parte da norma internacional). Ocorre que, quando em jogo o tema "direitos humanos", uma solução mais democrática (e, portanto, *transigente*) pode ser adotada, posição essa que não deixa de ser *monista*, tampouco *internacionalista*, mas refinada com *dialogismo* (que é a possibilidade de um "diálogo" entre as fontes de proteção internacional e interna, a fim de escolher qual a "melhor norma" a ser aplicada no caso concreto) (MAZZUOLI, 2014, p. 102).

Trata-se, na verdade, do reconhecimento do princípio hermenêutico *pro homine* ou da norma mais favorável, de forma que, se a norma interna for conferir maior proteção aos direitos humanos do que os tratados internacionais, deve-se primar pela aplicação do enunciado normativo que confere maior garantia ao indivíduo, mesmo que isso signifique afastar a aplicação da norma convencional.

Surge, assim, a nosso ver, um quarto critério de solução de aparente antinomia de normas. Além dos clássicos critérios da hierarquia, da cronologia e da especialidade, parece que, no campo dos direitos humanos, tem-se o critério da norma mais favorável.

Na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, *v.g.*, essa "cláusula de diálogo" encontra-se no art. 29, alínea *b*, segundo a qual nenhuma das disposições da Convenção pode ser interpretada no sentido de "limitar o gozo e o exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados" (MAZZUOLI, 2014, p. 103).

Apesar de surgir como uma terceira vertente do monismo, parece-nos que, mesmo com o predicado de "dialógico", essa corrente preza pela primazia do Direito Internacional em detrimento do Direito Interno, pois se estriba em uma disposição expressa de um tratado internacional, que confere a possibilidade de afastar a sua própria incidência em favor de uma proteção mais favorável conferida pelo Estado.

Perceba-se que a prevalência da norma internacional sobre a interna continua a existir, mesmo quando os instrumentos internacionais de direitos humanos autorizam a aplicação da norma interna mais benéfica, visto que, nesse caso, a aplicação da norma interna no caso concreto é concessão da própria norma internacional que lhe é superior, o que estaria a demonstrar a existência sim de uma hierarquia, típica do monismo internacionalista, contudo muito mais fluida (transigente) e totalmente diferenciada da existente no Direito Internacional tradicional (*v.g.*, como está a prever o art. 27 da Convenção de Viena de 1969) (MAZZUOLI, 2014, p. 103).

A existência de diversas teorias que buscam explicar a relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno revela quão tormentoso ainda é o tema. Todavia, essa discussão teórica, que ainda persiste na doutrina, encontra-se superada pelo Direito Internacional.

A decisão de como e mediante quais procedimentos o Direito Internacional Público é recepcionado no âmbito do Direito interno dos Estados é matéria que fica a cargo do ordenamento jurídico estatal. O Direito Internacional Público positivo sempre consagrou a primazia das suas normas em relação a todas as demais do ordenamento interno. Basta-lhe, pois, o reconhecimento de vigência e eficácia imediatas de seus princípios e regras no âmbito dos direitos domésticos (MAZZUOLI, 2014, p. 104).

Superada a questão teórica, passa-se à defesa pragmática e à demonstração científica de que os tratados internacionais de direitos humanos, de fato, possuem natureza supraconstitucional.

Em que pese a grande influência da fundamentação jusnaturalista, o neopositivismo e seu reconhecimento de condições imprescindíveis para uma vida digna, como princípio vetor do ordenamento jurídico, atende a legitimação necessária para o reconhecimento da supraconstitucionalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

Essa superioridade normativa funda-se no direito das gentes, ou *jus cogens*, presente como norma imperativa e que justifica, por sua vez, a vinculação da constituição às normas internacionais sobre a matéria.

Deve-se reconhecer a supraconstitucionalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos, pois, além de derivarem de norma cogente do direito das gentes (*jus cogens*), derivam do texto convencional de alguns tratados e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Com relação à origem no direito das gentes, Ramos (2014, p. 152-153) leciona:

> No Direito Internacional, a norma imperativa em sentido estrito (também denominada norma cogente ou norma de *jus cogens*) é aquela que contém valores considerados essenciais para a comunidade internacional como um todo, e que, por isso, possui superioridade normativa no choque com outras normas de Direito Internacional. Assim, pertencer ao *jus cogens*não significa ser considerado norma obrigatória, pois todas as normas internacionais o são: significa que, além de obrigatória, a norma cogente não pode ser alterada pela vontade e um Estado. A derrogação da norma imperativa só pode ser feita por norma de igual quilate, ou seja, por norma também aprovada pela comunidade internacional como um todo. A vontade isolada de um Estado ou de um grupo de Estados, então, não pode ofender uma norma cogente internacional.

A Convenção Internacional sobre o Direito dos Tratados de Viena, de 1969, internalizado pelo Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009, explicita o conceito de *jus cogens* ou norma imperativa de Direito Internacional, em seus artigos 27, 53, 64 e 71.

O artigo 27 deve ser expressamente mencionado, pois corrobora a defesa da supraconstitucionalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos:

> 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.

Se o Estado brasileiro, no exercício de sua soberania, ratificou e internacionalizou a Convenção de Viena, acabou incorporando a tese de que não pode invocar, nem mesmo disposições constitucionais, para justificar o fato de não estar observando as regras previstas em um tratado internacional.

Se analisada a disposição do Tratado de Viena em conjunto com o artigo 5º, §2º, da CF/88, percebe-se que a norma fundamental brasileira reconhece a influência dos tratados internacionais sobre direitos humanos. Ao tratar dos direitos humanos como normas de *jus*

cogens, Ramos (2014, p. 168) assevera:

> Conclui-se que os direitos humanos constituem o núcleo essencial de normas que compõe o ordenamento jurídico internacional contemporâneo e, então, a norma de direitos humanos é norma hierarquicamente superior no ordenamento, que seja pelo critério material (conteúdo) ou pelo critério formal (norma de *jus cogens*). As consequências de tal qualidade de *jus cogens* das normas protetoras de direitos fundamentais não são meramente teóricas. Tratados tradicionais, como os de extradição, podem ser considerados ofensivos ao *jus cogens* por terem violado direitos fundamentais do extraditando. Mesmo condutas unilaterais dos Estados ou coletivas, adotadas no seio de organizações internacionais, podem ser confrontadas com o respeito às normas de *jus cogens*.

Gonçalves (2013, p. 401) lembra que a doutrina latino-americana majoritária defende a adoção do princípio da supremacia da Convenção Americana de Direitos Humanos, extraindo-a do seu artigo 2º, *in verbis*:

> **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.

Semelhantes disposições são encontradas no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992) e no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, *in verbis*, respectivamente:

> 2.2. Na ausência de medidas legislativas ou de outra natureza destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto, os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a tomar as providências necessárias com vistas a adotá-las, levando em consideração seus respectivos procedimentos constitucionais e as disposições do presente Pacto.
>
> 2.1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

Por sua vez, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no exercício do controle de convencionalidade por ela exercido, revela a adoção da hierarquia supraconstitucional do Pacto de San José em relação aos Estados-partes. O alcance deste controle é tão forte que a Corte Interamericana chegou inclusive a declarar a responsabilidade internacional pela existência de normas constitucionais contrárias à Convenção. Dessa forma:

> Sem embargo, o controle de convencionalidade permite que a Corte Interamericana interprete e aplique a Convenção por meio de um exame de confrontação com o direito interno, podendo este ser uma lei, um ato administrativo, jurisprudência e práticas administrativas e judiciais, e até mesmo a Constituição. É possível, portanto,

> que um Estado-parte seja condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a revogar leis incompatíveis com a Convenção ou adaptar suas legislações através de reformas constitucionais para que se garanta a tutela de direitos humanos no âmbito do direito interno. (GUERRA, 2012, p. 361-362).

Nesse cenário, se os tratados internacionais sobre direitos humanos, como o Pacto de San José e os Pactos Internacionais da ONU, preveem a exigência de os Estados adotarem as medidas legislativas necessárias, sejam elas infraconstitucionais ou constitucionais, e se um Estado-parte pode ser responsabilizado internacionalmente pela Corte Interamericana pelo fato de sua Constituição violar os direitos previstos naquele Tratado, não há dúvida que os Estados, ao ratificarem esses tratados e ao se submeterem à jurisdição contenciosa daquela Corte, reconhecem a supraconstitucionalidade desses documentos internacionais e abrem mão de parte de sua soberania normativa.

A aceitação da supraconstitucionalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos compreende tese fortalecedora da necessária efetivação desses direitos no plano interno. Se os Estados se recusarem a reconhecer esse *status* normativo, abre-se a possibilidade, da ocorrência de inúmeras violações de direitos humanos com base em dispositivos constitucionais e infraconstitucionais considerados compatíveis ou recepcionados pelo texto maior de cada Estado.

Ademais, a partir da superioridade hierárquica dos tratados inova-se na própria forma de se compreender a pirâmide kelsiana, que se sagrou pela demonstração da localização topográfica dos textos normativos dentro do ordenamento jurídico. Soma-se a isso o fato de ser possível o desenho e o desenvolvimento autônomos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, dispensando-se a desnecessária institucionalização e positivação de dispositivos já contemplados em documentos internacionais devidamente ratificados e internalizados pelo Congresso Nacional brasileiro. Evita-se com esse reconhecimento a repetição desnecessária de enunciados normativos já delineados pela comunidade internacional, da qual o Estado brasileiro faz parte e contribuiu para o diálogo democrático legitimador necessário para sua incorporação.

Superada a questão da posição hierárquica dos tratados internacionais sobre direitos humanos, faz-se necessário, para a devida compreensão dos objetivos pretendidos no presente trabalho, a análise das consequências jurídicas passíveis de serem imputadas aos Estados que violam os documentos internacionais dos quais fazem parte. Analisaremos, em especial, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e as hipóteses de responsabilidade internacional dos Estados por violações a direitos humanos por atos comissivos ou omissivos.

3.SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO POR VIOLAÇÕES A DIREITOS HUMANOS

A partir da ideia de que a exclusiva proteção dos direitos humanos positivados no ordenamento jurídico interno não se mostra suficiente para a integral defesa dos direitos os indivíduos, surgiram, no plano internacional, organismos internacionais, como apresentado no capítulo referente à evolução histórica e à internacionalização dos direitos humanos.

Num primeiro momento, grande parte da comunidade internacional se reúne sob a bandeira da Organização das Nações Unidas, reconhecendo a Carta de São Francisco em 1945 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

No entanto, com o objetivo de assegurar o monitoramento mais próximo da atuação dos Estados em relação aos compromissos internacionalmente contraídos, a própria comunidade internacional sentiu a necessidade de regionalizar os sistemas de proteção dos direitos humanos, com o objetivo de zelar pelo cumprimento dos tratados internacionais e garantir a proteção dos indivíduos.

Nesse contexto, surge, em 5 de maio de 1949, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, elaborada pelo Conselho da Europa no pós-Segunda Guerra, e que foi adotada pelos membros daquele Conselho em 4 de novembro de 1950, que entrou em vigor em 3 de setembro de 1953, com a ratificação inicial de 8 Estados (Dinamarca, República Federal da Alemanha, Islândia, Luxemburgo, Noruega, Suécia e Reino Unido).

Até 2013, a Convenção contava com 47 Estados-partes, figurando como o sistema regional mais antigo e consolidado em razão de dois principais aspectos que destacamos: a relativa homogeneidade ideológico-política da maioria dos países signatários até a queda da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e a proximidade geográfica entre os países que a compõem. Com a adoção da Convenção Europeia, foi também criado o primeiro órgão jurisdicional internacional exclusivamente voltado à proteção dos direitos humanos[20], a Corte

[20] Apesar de a Corte Internacional de Justiça (que substituiu a Corte Permanente de Justiça Internacional) ter sido criada por força do art. 92 da Carta de São Francisco (1949), sua atuação na proteção dos direitos humanos possui papel secundário, pois sua jurisdição contenciosa somente se aplica a Estados, quando figuram como autores ou como réus, não sendo possível, de maneira direta, a análise de um caso em que figure como vítima um nacional de um Estado. Como exemplo da atuação indireta da Corte Internacional de Justiça, pode-se citar o precedente *Case concerningtheViennaConventionon Consular Relations (Paraguay v. United States of America*), com julgamento em 9 de abril de 1998, onde a Corte foi provocada pelo Estado paraguaio a examinar a violação dos termos da Convenção e Viena sobre as Relações Consulares, pois, em 1992, as autoridades policiais do estado da Virgínia prenderem o cidadão paraguaio Ángel Francisco Breard sem notificá-lo do direito à assistência consular. Ele foi preso, julgado e condenado à morte. Em 9 de abril de 1998, a Corte acatou o pedido de Medida Cautelar pleiteado pelo Paraguai e ordenou a suspensão da execução da pena capital pelos Estados Unidos. O estado da Virgínia, no entanto, não acatou a ordem e executou o Sr. Breard no dia 14 de abril de 1998. Após a execução, o caso foi arquivado a pedido do Paraguai, que, aparentemente, não desejou continuar processando os Estados Unidos. *Cf.* RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos: análise dos mecanismos de apuração de volações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, p. 99.

Europeia de Direitos Humanos, com sede em Estrasburgo, na França.

É importante conhecermos o sistema pioneiro de proteção de direitos humanos implementado no continente Europeu, pois, apesar de atualmente contar com mudanças significativas, foi o modelo que norteou a criação subsequente do Sistema Interamericano e do Sistema Africano.

No sistema original da Convenção, as vítimas ou mesmo os Estados-partes apresentavam suas petições à Comissão, contendo alegações de violações de direitos humanos por parte de um Estado. Após a análise do caso e fracassando a tentativa de conciliação, a Comissão analisaria o caso e poderia arquivá-lo (por inexistir violação de direito protegido ou porque o pedido não preenchia os requisitos de admissibilidade necessários), propor uma ação perante a Corte Europeia de Direitos Humanos ou, ainda, afetar o caso ao Comitê de Ministros (órgão interno do Conselho da Europa). Na fase propriamente judicial, o Estado infrator era processado e poderia ser obrigado a reparar o dano causado. Por outro lado, havia ainda a possibilidade da afetação do caso ao Comitê de Ministros, uma clara alternativa política, que mitigava a proteção jurisdicional dos direitos humanos (RAMOS, 2014, p. 126).

Após a aprovação e anexação do Protocolo nº 11, a Convenção Europeia passou a admitir que a vítima de violações de direitos humanos pudesse apresentar sua petição diretamente à Corte Europeia, sem a intermediação da Comissão.

A Convenção estabelece um sistema baseado na concepção de garantias coletivas fundadas em consenso sobre *standards* de direitos humanos acolhidos por Estados-partes. É fundamental para o sistema a noção de que a comunidade de Estados tem o direito de supervisionar a proteção dos direitos humanos no âmbito da jurisdição de um Estado-parte. O custo de um sistema que busca implementar*standards* internacionais em matéria de direitos humanos é que o modo pelo qual os direitos humanos são protegidos por um Estado-parte da Convenção não é mais uma questão exclusiva de sua soberania nacional e pode ser contestado por petições individuais ou comunicações interestatais perante as instituições de Strasbourg. Em outras palavras, os Estados estão preparados para aceitar a competência de um Tribunal internacional para examinar questões atinentes ao seu próprio direito interno e práticas internas, porque eles se comprometeram, em resposta aos horrores da Segunda Guerra Mundial, a observar parâmetros protetivos mínimos de direitos humanos no continente europeu. O sistema da Convenção institucionaliza um compromisso democrático dos *like-mindedEuropeanstates*com relação aos valores constitucionais e ao Estado de Direito (HARRIS, O'BOYLE e WARBRICK *apud* PIOVESAN, 2014, p. 111-112.)

Apesar de ter servido como sistema inspirador para a implementação dos demais

sistemas e, principalmente, do Sistema Interamericano, pouco desse espírito de integração e de respeito à figura de um órgão jurisdicional internacional foi absorvido pelos Estados do continente americano.

A fim de se compreender a estrutura do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, deve-se analisar toda a sua composição e como os Estados do continente americano fazem parte desse sistema regional, em maior ou menor medida, como ele surgiu e é composto.

3.1 Organização dos Estados Americanos

Embora sejam apontados como antecedentes do Sistema Interamericano o Congresso do Panamá, convocado por Simón Bolívar em 1826, somente em 1889 os Estados americanos decidiram se reunir periodicamente e criar um sistema compartilhado de normas e instituições para organizar e integrar suas relações no plano internacional de modo cooperativo.

Nesse meio tempo, realizaram-se conferências e reuniões para a criação do Sistema Interamericano, mas foi somente a convite do Governo dos Estados Unidos que teve início o processo que até hoje se manifesta na consolidação das relações entre os Estados do continente americano.

Com base nos escritos de Leslie Bethell[21], historiador inglês especialista na história política da latino-americana e, em especial, do Brasil, apresentamos o contexto histórico dos antecedentes que levaram à fundação da OEA.

Seis Conferências Internacionais de Estados Americanos, frequentemente referidas como Conferências Pan-Americanas, foram realizadas durante o período da Primeira República (1889-1930): a primeira em Washington DC. (1889-1890); a segunda na Cidade do México (1901-1902); a terceira no Rio de Janeiro (1906); a quarta em Buenos Aires (1910); a quinta, após um intervalo de quase 13 anos, devido sobretudo à Primeira Guerra Mundial, em Santiago de Chile (1923); e a sexta em Havana (1928).

O Brasil participou de todas as seis Conferências Pan-Americanas, bem como das quatro realizadas mais tarde – em Montevidéu (1933), Lima (1938) e, depois da Segunda Guerra Mundial, em Bogotá (1948) e Caracas (1954).

O termo pan-americanismo – aparentado com pan-eslavismo, pan-germanismo e

[21]Não foi possível obter uma obra de Leslie Bethell onde ele traça a cronologia exposta. Todavia, é possível encontrar um texto, atribuído ao historiador inglês no endereço eletrônico: http://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/primeira-republica/CONFER%C3%8ANCIAS%20PAN-AME-RICANAS.pdf. Acessado em 18/04/2016.

panhelenismo – foi usado pela primeira vez em 1890 pelo New York Evening Post, quando o jornal cobria a Primeira Conferência Internacional dos Estados Americanos. Era uma extensão da ideia de Hemisfério Ocidental de Thomas Jefferson, Henry Clay e outros no começo do século. As Américas e a Europa, o Novo e o Velho Mundo eram distintos. E havia um relacionamento especial entre os povos e os governos do Hemisfério Ocidental.

Em 1826, Simón Bolívar convidou representantes das Repúblicas americanas para um congresso no Panamá. Foram realizadas conferências americanas em Lima (1847), Santiago (1856), novamente Lima (1864) e Caracas (1883), por ocasião do centenário do nascimento de Bolívar).

Nem o Brasil nem os Estados Unidos participaram do Congresso do Panamá ou de qualquer uma das conferências americanas.

Em março de 1881, o presidente dos Estados Unidos James A. Garfield designou como seu secretário de Estado James G. Blaine, ex-senador, conhecido por sua anglofobia e por seu apoio entusiástico ao estabelecimento de relações interamericanas mais próximas. Blaine propôs que as 17 Repúblicas hispano-americanas e o Império brasileiro fossem convidados a se juntar aos Estados Unidos numa conferência em Washington no ano seguinte, com o objetivo de criar, sob a liderança norte-americana, uma aliança informal das "nações da América" que promoveria a solução pacífica das disputas e o comércio interregional.

O presidente norte-americanoGarfield concordou, mas em 2 de julho, com apenas quatro meses de exercício do mandato presidencial, foi ferido em uma tentativa de assassinato e morreu dois meses depois. Blaine foi afastado do cargo, e em agosto de 1882 – muito embora diversos Estados, incluindo o Brasil, tivessem aceitado o convite para o evento – a conferência de Washington foi cancelada por seu sucessor, Frederick Frelinghusen.

Em 24 de maio de 1888, após um exaustivo esforço da parte de Blaine, o Congresso aprovou uma resolução autorizando o presidente Grover Cleveland a convocar uma conferência dos Estados americanos em Washington. A preocupação agora era mais claramente voltada para assegurar mercados ao sul do rio Grande para os produtos industriais e agrícolas dos Estados Unidos.

Os convites foram encaminhados em 13 de julho pelo secretário de Estado Thomas F. Bayard e – a despeito da apreensão, desconfiança e temor generalizados em relação às intenções e ambições dos Estados Unidos – foram aceitos pelos representantes de todos os países do continente, com exceção da República Dominicana. A responsabilidade pelos preparativos finais da conferência recaiu sobre o próprio Blaine, que, em março de 1889, voltou a ocupar o Departamento de Estado, no governo do presidente Benjamin Harrison.

A cerimônia de abertura da Primeira Conferência Internacional dos Estados Americanos teve lugar em 2 de outubro de 1889, no salão diplomático do Departamento de Estado.

A delegação do Império do Brasil, a única não-República convidada para a conferência, foi inicialmente chefiada por um ex-presidente do Conselho de Ministros, o senador Lafaiete Rodrigues Pereira, e incluía José Gurgel do Amaral Valente, ministro brasileiro em Washington, e Salvador de Mendonça, que desde maio de 1876 era cônsul-geral do Brasil em Nova Iorque. Contudo, três dias antes de a conferência ser reaberta, foi proclamada a República no Brasil. O marechal Deodoro da Fonseca, chefe do governo provisório, designou Quintino Bocaiúva ministro das Relações Exteriores, e Bocaiúva imediatamente substituiu Lafaiete Rodrigues Pereira por Salvador de Mendonça, um destacado republicano, na chefia da delegação brasileira, com instruções para acompanhar o "espírito americano".

A Primeira Conferência Internacional Americana, com o objetivo de "discutir e recomendar para adoção dos respectivos governos um plano de arbitragem para a solução de controvérsias e disputas que possam surgir entre eles, para considerar questões relativas ao melhoramento do intercâmbio comercial e dos meios de comunicação direta entre esses países, e incentivar relações comerciais recíprocas que sejam benéficas para todos e assegurem mercados mais amplos para os produtos de cada um desses países" representou um momento histórico na relação dos Estados americanos.

Dezoito Estados participaram da conferência, na qual decidiu-se constituir a "União Internacional das Repúblicas Americanas para a pronta coleta e distribuição de informações comerciais," com sede em Washington, que depois tornou-se a "União Pan-Americana" e, finalmente, com a expansão das suas funções, a Secretaria Geral da OEA.

Com relação a questões jurídicas, a conferência recomendou a adoção de disposições para governar a extradição; declarou que a conquista não cria direitos; e produziu orientações para a redação de um tratado sobre arbitragem que evitasse o recurso à guerra como meio de resolver controvérsias entre as nações americanas.

Essa conferência assentou as bases do que depois se tornaria o Sistema Interamericano: interesses comerciais dirigidos no sentido de obter maior integração; preocupações jurídicas com o fortalecimento dos vínculos entre o Estado e o setor privado num ambiente pacífico de cooperação e segurança regional; e o estabelecimento de instituições especializadas em diferentes esferas.

Com a aproximação do décimo aniversário da União Internacional das Repúblicas

Americanas – e o Bureau Comercial fora estabelecido, inicialmente, para funcionar por um prazo de dez anos –, o presidente William McKinley, em 5 de dezembro de 1899, em sua mensagem anual ao Congresso, recomendou a convocação de uma Segunda Conferência Pan-Americana, dessa vez fora dos Estados Unidos. A Junta Governativa do Bureau Comercial convidou o México (então sob a ditadura de Porfirio Diaz) a abrigá-la.

O presidente McKinley foi assassinado em setembro de 1901, quando visitava a Feira Mundial (a chamada Exposição Pan-Americana) em Buffalo, estado de Nova Iorque, porém seu sucessor, o presidente Theodore Roosevelt, manteve o apoio à iniciativa.

A Segunda Conferência foi inaugurada no Palácio Nacional, na Cidade do México, no dia 22 de outubro de 1901. O Brasil foi representado pelo jurista pernambucano José Higino Duarte Pereira, ministro brasileiro no México. Pereira, contudo, morreu durante a conferência (em 10 de dezembro), e não foi substituído.

As realizações positivas da conferência foram poucas. Foram aprovadas várias resoluções sobre o arbitramento compulsório de disputas, o comércio interamericano e o direito internacional, embora, em sua maioria, elas não tenham sido ratificadas ou implementadas. Entretanto, as boas relações entre os Estados americanos foram mantidas, apesar da preocupação difusa em toda a América Espanhola em relação à intervenção dos Estados Unidos em Cuba, por ocasião da guerra de independência desse país com a Espanha (1898), seguida pela anexação de Porto Rico pelos americanos e pelo estabelecimento de um protetorado americano em Cuba.

Em novembro de 1905, em uma reunião da Junta Governativa do Bureau Internacional, a Costa Rica, apoiada pelos Estados Unidos e pelo México, propôs que a Terceira Conferência fosse realizada na América do Sul. E em 6 de dezembro, apesar da oposição da Venezuela e da Argentina, a Junta escolheu o Brasil. Vinte e um Estados, incluindo agora Cuba e Panamá (independente desde 1903), foram convidados a comparecer à conferência do Rio de Janeiro (e a todas conferências subsequentes), mas a Venezuela e o Haiti não enviaram representantes.

A conferência foi inaugurada em 25 de julho de 1906, no Palácio Monroe, construído para o evento (aproveitando, em grande parte, o pavilhão brasileiro da Feira Mundial de Saint Louis de 1903-1904, realizada para comemorar o centenário da compra da Luisiana). A delegação brasileira foi chefiada por Joaquim Nabuco, que fora designado primeiro embaixador do Brasil nos Estados Unidos em janeiro de 1905 e se tornara um grande amigo de Elihu Root, secretário de Estado no segundo mandato de Theodore Roosevelt.

Essa seria a primeira visita oficial ao exterior de um secretário de Estado americano.

Nabuco foi nomeado presidente da conferência, e Assis Brasil, o ministro brasileiro em Buenos Aires, secretário-geral. Os vice-presidentes honorários foram Elihu Root e o barão do Rio Branco, ministro das Relações Exteriores do Brasil desde dezembro de 1902.

A conferência teve lugar à sombra da mensagem anual do presidente Roosevelt ao Congresso em 6 de dezembro de 1904, que incluía o chamado Corolário Roosevelt à Doutrina Monroe. Isso gerou bastante hostilidade nas Repúblicas hispano-americanas, mas não no Brasil. Não obstante, o antiamericanismo foi mantido firmemente sob controle na conferência.

Resoluções sobre o arbitramento compulsório de disputas, a prevenção da intervenção armada para ressarcimento de dívidas por potências de fora, comércio, direitos autorais e patentes foram discutidos e aprovados, mas com poucos resultados concretos.

Uma vez mais, a conferência foi, acima de tudo, um exercício de manutenção das boas relações entre os Estados americanos.

Apesar de o presidente William Howard Taft e seu secretário de Estado PhilanderKnoxestarem menos entusiasmados, a Junta Governativa do Bureau Internacional ratificou, em novembro de 1909, a decisão tomada no Rio de que a próxima conferência fosse realizada em Buenos Aires, em 1910, ano do centenário da independência da Argentina.

Dessa vez, a Bolívia, que estava em disputa com o Chile, o Paraguai e a Argentina, e outros Estados centro-americanos não compareceram.

O Brasil ameaçou não enviar representantes quando EstanislauZebellos, ex-ministro das Relações Exteriores e ferozmente antibrasileiro, foi designado para chefiar a delegação argentina.

Ainda no início de 1909, Nabuco foi escolhido para chefiar a delegação brasileira, mas morreu em janeiro de 1910. Foi substituído por Domício da Gama, ministro brasileiro em Buenos Aires, que estava prestes a ir para Washington como embaixador, e pelo senador e ex-ministro da Fazenda Joaquim Murtinho.

A conferência foi aberta em 12 de julho de 1910, no Palácio Nacional de Justiça argentino. Nessa edição da conferência – embora a Argentina, que se considerava líder dos Estados latino-americanos, tivesse sido particularmente hostil às pretensões dos Estados Unidos nas conferências anteriores – a controvérsia e o conflito foram amplamente evitados. Uma moção reconhecendo e aplaudindo a Doutrina Monroe que Nabuco esboçara antes de sua morte nem sequer foi debatida. As discussões centraram o foco, como de hábito, na arbitragem, comércio e questões técnicas, tais como marcas, direitos autorias e patentes. Porém algum progresso foi feito na saúde pública e, como resultado dos esforços do advogado chileno Alejandro Alvarez, no direito internacional interamericano.

Na Conferência de Buenos Aires, a União Internacional das Repúblicas Americanas mudou de nome, passando a se chamar União de Repúblicas Americanas, e o Bureau Internacional, seu secretariado, foi rebatizado de União Pan-Americana.

A Quinta Conferência da União de Repúblicas Americanas foi planejada para Santiago do Chile no final de 1914. Foi, contudo, cancelada devido à eclosão da guerra na Europa. Em todo caso, foi realizada uma primeira Conferência Financeira Pan-Americana, em Washington, em maio de 1915.

No período imediatamente posterior à guerra, o presidente Woodrow Wilson concentrou suas atenções na Liga das Nações. Em 1922, porém, Leo StantonRowe, diretor-geral da União Pan-Americana desde 1920 até sua morte em 1946, tomou a iniciativa de reviver o modelo das conferências. Em seguida, foram enviados convites para uma conferência a ser realizada em Santiago, em março de 1923.

México, Bolívia e Peru não compareceram. O México não enviou representantes porque os Estados Unidos não tinham reconhecido o governo de AlvaroObregón e, por conseguinte, não havia embaixador mexicano em Washington.

O secretário de Estado Charles Evans Hughes, que visitara o Rio de Janeiro por ocasião do centenário da independência brasileira em setembro de 1922, mas tinha uma opinião em geral pouco lisonjeira da América Latina, não compareceu. Como consequência disso, o ministro das Relações Exteriores brasileiro, José Félix Alves Pacheco, também se recusou a comparecer.

A delegação brasileira foi chefiada por Afrânio de Melo Franco, embaixador brasileiro na Liga das Nações em Genebra, e Silvino Gurgel do Amaral, embaixador brasileiro no Chile.

A conferência foi realizada no saguão do Congresso do Chile, em 25 de março de 1923, à sombra, na ocasião, do centenário da Doutrina Monroe.

A intervenção norteamericana no México (1914-1915) e a ocupação da Nicarágua pelos Estados Unidos (desde 1911), do Haiti (desde 1915) e da República Dominicana (desde 1916), tudo isso atestava a afirmação crescente da hegemonia dos Estados Unidos no México, América Central e Caribe. Um debate sobre a necessidade da redução de armas em toda a região provocou apenas uma débil resolução em favor do desarmamento, sem especificar cortes nos orçamentos militares.

A proposta do Uruguai de uma Liga Pan-Americana das Nações não conseguiu granjear apoio. O único resultado concreto dessa conferência foi o Pacto Gondra, nome retirado de Manuel Gondra, ex-presidente do Paraguai e representante do país na conferência.

Os conflitos entre os Estados americanos seriam, no futuro, tratados por um dos dois comitês de investigação a serem instalados em Washington e Montevidéu.

Em Santiago, a Costa Rica argumentou em favor da "pan-americanização" da União Pan-Americana. Ficou acordado que, no futuro, um Estado-membro poderia designar um delegado especial para a Junta Governativa mesmo quando não tivesse representação diplomática em Washington, mas uma proposta para que seu presidente fosse eleito (até então esse cargo era ocupado sempre pelo secretário de Estado norte-americano) foi rejeitada.

A Sexta Conferência Pan-Americana foi inaugurada em 16 de janeiro de 1928, na Universidade de Havana. Os discursos de abertura foram feitos pelo presidente dos Estados Unidos, Calvin Coolidge, e pelo presidente cubano Gerardo Machado.

O ex-secretário de Estado Charles Evans Hughes e Dwight Morrow, embaixador no México, chefiaram a delegação americana.

A delegação brasileira foi liderada por Raul Fernandes, embaixador do Brasil em Bruxelas e um dos delegados à Conferência de Paz em Paris e na Liga das Nações, e incluía o senador José Matoso de Sampaio Correia e o deputado federal Lindolfo Collor.

A Conferência de Havana, a exemplo da Conferência de Santiago, foi dominada pelo tema do imperialismo dos Estados Unidos na América Central e no Caribe, renovado pela intervenção americana na Nicarágua em 1926 para deter a ameaça representada por Augusto Sandino. O antiamericanismo era intenso em toda a América Espanhola e se espalhou sobre a conferência. Os debates foram os mais ásperos de todas as Conferências Pan-Americanas.

O embaixador argentino nos Estados Unidos, Honório Pueyrredón, chefe da delegação argentina, era abertamente hostil aos Estados Unidos – e ao Brasil, que quase sempre apoiava os Estados Unidos. A conhecida declaração de Hughes, de que os Estados Unidos não tinham intenção de intervir na América Latina, mas, quando as vidas de seus cidadãos estivessem ameaçadas devido à falta de proteção oferecida pelos governos locais, a "interposição de uma intervenção temporária" inevitavelmente se seguiria, não foi capaz de apaziguar os delegados da América Espanhola.

A Conferência de Havana pode ser considerada como o marco do ponto mais baixo nas relações interamericanas durante a Primeira República.

Em 1928, como em 1923, foram feitas tentativas de mudar a maneira como a União Pan-Americana era controlada pelos Estados Unidos. Na ocasião, tentou-se promover uma renovação anual dos titulares dos cargos de presidente e vice-presidente adotando a ordem alfabética, bem como a indicação, a cada ano, do diretor-geral obedecendo a um revezamento entre os vários países-membros.

Nenhuma mudança, contudo, foi implementada. Depois do final da Primeira República, foram realizadas uma Sétima Conferência Pan-Americana em Montevidéu, em dezembro de 1933, uma Oitava em Lima, em dezembro de 1938, e, entre as duas, uma conferência especial, a Conferência Interamericana para a Manutenção da Paz, em Buenos Aires, em dezembro de 1936, que contou com a presença do presidente Franklin D. Roosevelt.

Após a eclosão da guerra na Europa, aconteceram três encontros de ministros das Relações Exteriores americanos – no Panamá, em setembro-outubro de 1939; em Havana, em julho de 1940; e no Rio de Janeiro, em janeiro de 1942.

Ao final da guerra, foram realizadas uma Conferência Interamericana sobre Problemas da Guerra e da Paz, em Chapultepec, na Cidade do México, em fevereiro-março de 1945, e uma Conferência para a Manutenção da Paz e da Segurança Continental no Rio de Janeiro, em agosto-setembro de 1947.

Uma Nona Conferência Pan-Americana teve lugar em Bogotá, em março-maio de 1948, e uma Décima e última, algumas vezes chamada de Primeira Conferência Interamericana, em Caracas, em março de 1954.

Na Conferência de Bogotá de 1948, a União das Repúblicas Americanas foi rebatizada de Organização dos Estados Americanos (OEA), mas o secretariado manteve o nome de União Pan-Americana.

As conferências de Estados americanos se reuniram em intervalos variados até serem substituídas pelas sessões da Assembléia Geral da OEA em 1970, quando entrou em vigor o Protocolo de Reforma da Carta da Organização dos Estados Americanos, adotado em Buenos Aires.

Além dessas conferências, havia também reuniões de Ministros das Relações Exteriores e reuniões especiais, como a Conferência Interamericana sobre Problemas da Guerra e da Paz, realizada em 1945 na Cidade do México, para discutir atividades conjuntas a serem realizadas pelos Estados americanos no âmbito da Organização das Nações Unidas, que estava sendo estabelecida, e a Conferência Interamericana para Manutenção da Paz e Segurança no Continente, realizada no Rio de Janeiro (Brasil), em 1947, que adotou o Tratado Interamericano de Assistência Recíproca, com o fim da Segunda Guerra Mundial e início da Guerra Fria, de modo a assegurar a autodefesa coletiva legítima no caso de um ataque de potência estrangeira de fora da região e decidir ações conjuntas no caso de um conflito entre dois Estados partes do tratado.

Em todo esse período, foram adotados vários acordos que estabeleceram os princípios básicos do que depois se tornaria a Organização dos Estados Americanos.

Por exemplo, em 1923, a Quinta Conferência Internacional Americana (Santiago, Chile) adotou o Tratado para Evitar ou Prevenir Conflitos entre Estados Americanos (Tratado de Gondra) e em 1933 a Sétima Conferência Internacional Americana (Montevidéu, Uruguai) adotou a Convenção sobre os Direitos e Deveres dos Estados, que reafirmou o princípio de que "os Estados são juridicamente iguais, desfrutam iguais direitos e possuem capacidade igual para exercê-los", reiterou o princípio de que nenhum Estado tem o direito de intervir (proibição de intervenção) em assuntos internos ou externos de outro e sublinhou a obrigação de todos os Estados no sentido de que "as divergências de qualquer espécie que entre eles se levantem deverão resolver-se pelos meios pacíficos reconhecidos".

Nas décadas iniciais do Sistema Interamericano, também foram adotadas várias convenções de direito internacional privado, notadamente a Convenção de Direito Internacional Privado, adotada na Sexta Conferência Internacional Americana em Havana (Cuba), e seu Anexo: o Código Bustamante de Direito Internacional Privado. Embora essa convenção tenha recebido poucas ratificações e, principalmente, não tenha sido adotada pelos países meridionais da América do Sul, que preferiram as disposições dos Tratados de Direito Internacional Privado de Montevidéu de 1889 e 1939, foi um passo importante para a codificação e progressivo desenvolvimento do direito internacional privado.

Uma Corte Interamericana de Justiça foi proposta em 1923, mas nunca se materializou, embora houvesse um precedente na forma da Corte Centro-Americana de Justiça, que funcionou de 1907 a 1918. Assim, estabeleceu-se uma rede de instituições regionais para fortalecer a cooperação entre Estados americanos sobre uma ampla gama de temas da agenda regional.

A Nona Conferência Internacional Americana, que se reuniu em Bogotá (Colômbia), em 1948, com a participação de 21 Estados, adotou a Carta da Organização dos Estados Americanos, o Tratado Americano sobre Soluções Pacíficas ("Pacto de Bogotá") e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Essa mesma conferência adotou o Acordo Econômico de Bogotá, que buscava promover a cooperação econômica entre os Estados americanos; contudo, este nunca entrou em vigor.

Como a própria Carta da OEA, o "Pacto de Bogotá" obriga as Altas Partes Contratantes a resolver as controvérsias entre Estados americanos por meios pacíficos e indica os procedimentos a serem adotados: mediação, investigação e conciliação, bons ofícios, arbitragem e, finalmente, recurso à Corte Internacional de Justiça de Haia, o que significou que algumas controvérsias foram realmente submetidas a essa Corte.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, adotada meses antes da

Declaração Universal, sublinhava o compromisso da região com a proteção internacional dos direitos humanos e preparou o caminho para a Convenção Americana de Direitos Humanos ("Pacto de San José", Costa Rica), que foi adotada em 1969 e entrou em vigor em 1978.

A Carta da Organização dos Estados Americanos foi o resultado de um longo processo de negociação iniciado em 1945. Vários nomes foram originalmente propostos para a nova instituição: "União", "Comunidade Regional" e "Organização".

Depois que esta última denominação foi escolhida, discutiu-se o uso de "Estados", "Nações" ou "Repúblicas." A palavra "Repúblicas" não foi escolhida para não excluir outras formas de governo que pudessem existir na região e "Nações" foi descartada por ser mais um conceito cultural ou sociológico do que jurídico. Assim, escolheu-se o nome que conhecemos hoje: "Organização dos Estados Americanos".

Estabeleceu-se também a relação da nova organização com o sistema universal (Nações Unidas), criado três anos antes.

O Artigo 1º da Carta estipula: "Dentro das Nações Unidas, a Organização dos Estados Americanos constitui um organismo regional", segundo as disposições do Capítulo VIII (Acordos Regionais) da Carta das Nações Unidas, e como tal participou de atividades relacionadas com a paz e a segurança da região, de modo especial e mais recentemente em vários momentos da história do Haiti, quando as duas organizações realizaram missões conjuntas.

A Carta de 1948 foi modificada, mediante Protocolos de Reforma, em quatro ocasiões: Buenos Aires, 1967; Cartagena das Índias, 1985; Washington, 1992; Manágua, 1993.

Na esteira da internacionalização dos direitos humanos, o sopro da proteção chega ao continente americano cercado pelos ideais libertários da Europa e comandados pelos Estados Unidos da América, potência que desempenhou papel decisivo na vitória dos Aliados na Segunda Guerra Mundial que ocorreu no palco europeu.

Com o objetivo de demonstrar seu comprometimento com a nova onda de documentos internacionais sobre a matéria e sob os auspícios de um contraditório cenário político, os Estados americanos se uniram e, durante a 9ª Conferência Interamericana, realizada em Bogotá, na Colômbia, entre 30 de março a 2 de maio de 1948, foram aprovadas a Carta da Organização dos Estados Americanos e a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem.

A própria Declaração Americana é anterior à Declaração Universal de Direitos Humanos, tendo reconhecido expressamente a universalidade dos direitos humanos, quando

previu, em seu preâmbulo, que "os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele cidadão ou nacional de um Estado, mas, sim, de sua condição humana".

As disposições de direitos humanos na Carta da OEA estão previstas já no seu preâmbulo, que estabelece que o verdadeiro sentido da solidariedade americana e da boa vizinhança não pode ser outro senão o de consolidar um regime de liberdade individual e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem (RAMOS, 2015, p. 247).

Segundo o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sua Opinião Consultiva nº 10, de 1989, solicitada pela República da Colômbia, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem se apresenta como fonte de interpretação autêntica dos dispositivos genéricos de proteção de direitos humanos da Carta da OEA.

O Estado Colombiano (CORTE IDH, 1989)se dirigiu à Corte com a seguinte indagação:

> Autoriza o artigo 64[22] da Corte Interamericana de Direitos Humanos a apresentar opiniões consultivas, a pedido de um Estado Membro da OEA o de um dos órgãos da mesma, sobre interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, adotada em Bogotá em 1948 pela Nona Conferência Internacional Americana?[23]

Bem como fez a seguinte observação:

> (A) grande importância que há, para o correto funcionamento do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, saber qual é o status jurídico da Declaração e se a Corte tem e, no caso de tê-la, até onde chega sua jurisdição para interpretar a Declaração com amparo no artigo 64 da Convenção.[24]

Ou seja, objetivava a consulta em saber se os pronunciamentos jurisdicionais da Corte poderiam ser proferidos com fundamento na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948.

Após a realização de Audiência Pública pela Corte, em 20 de julho de 1988, para a oitiva dos argumentos dos Estados-membros e dos órgãos da OEA, posicionaram-se pelo

---

[22] O artigo 64, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos prevê a competência consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos seguintes termos: "Artigo 64 - 1. Os Estados-membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires".

[23]Tradução libre do autor a partir do original: "¿Autoriza el artículo 64 a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a rendir opiniones consultivas, a solicitud de un Estado Miembro de la OEA o de uno de los órganos de la misma, sobre interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en Bogotá en 1948 por la Novena Conferencia Internacional Americana?".

[24]Tradução livre do autor a partir do original: "(l)a gran importancia que tiene, para el apropiado funcionamiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, saber cuál es el status jurídico de la Declaración y si la Corte tiene y, en caso de tenerla, hasta dónde llega su jurisdicción para interpretar la Declaración al amparo del artículo 64de la Convención".

caráter não vinculante da Declaração a Costa Rica[25], os Estados Unidos da América[26], a Venezuela[27], enquanto que o Peru[28] e o Uruguai[29] adotaram posicionamento diametralmente oposto, reconhecendo o caráter vinculante daquele instrumento.

A Corte, então, em sua sentença, a Corte consignou:

> 44. Tendo em conta que a Carta da Organização e a Convenção Americana são tratados em que o Tribunal pode exercer a sua competência consultiva nos termos do artigo 64.1, este pode interpretar a Declaração Americana e torná-la um parecer consultivo ao abrigo e dentro dos limites de sua competência, sempre que necessário na interpretação desses instrumentos.
>
> 45. Para os Estados-Membros da Organização, a Declaração é o texto que define os direitos humanos que as preocupações a que se refere a Carta. Por outro lado, os artigos 1.2.b) e 20 do Estatuto da Comissão definem, também, a competência da mesma a respeito dos direitos humanos contidos na Declaração. Ou seja, para estes Estados a Declaração Americana é, conforme o caso e em relação à Carta da Organização, uma fonte de obrigações internacionais.

---

[25] "(N)o obstante el gran acierto y la nobleza que conlleva la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, no se está en presencia de un tratado en el sentido establecido por el Derecho Internacional, de modo que el artículo 64 de la Convención Americana no faculta a la Corte Interamericana para interpretar la Declaración. Sin embargo, ello de ninguna manera podría menoscabar la posibilidad de que la Corte utilice la Declaración y los preceptos ahí incorporados para interpretar otros instrumentos jurídicos relacionados ni para considerar que muchos de los derechos ahí reconocidos sean elevados a lacategoría indiscutible de costumbre internacional".

[26] "(L)a Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre representa una noble enunciación de las aspiraciones de los Estados Americanos en cuanto a los derechos humanos. Sin embargo, a diferencia de la Convención Americana, no fue redactada como un instrumento jurídico y carece de la precisión necesaria para resolver complejas dudas legales. Su valor normativo estriba en ser una declaración de principios básicos de carácter moral y de carácter político y en ser la base para velar por el cumplimiento general de los derechos humanos por parte de los Estados Miembros; no en ser un conjunto de obligaciones vinculantes. Los Estados Unidos reconocen las buenas intenciones de aquellos que intentan transformar la Declaración Americana de un enunciado de principios en un instrumento jurídico vinculante. Pero las buenas intenciones no crean derecho. Debilitaría seriamente el proceso internacional de creación del derecho --por el cual los Estados soberanos voluntariamente asumen específicas obligaciones legales-- el imponer obligaciones legales a los Estados a través de un proceso de "reinterpretación" o "inferencia" de un enunciado de principios no obligatorios". "En caso que la Corte decida tratar el tema del status normativo de la Declaración, el parecer de los Estados Unidos es que la Declaración continúa siendo para todos los Estados Miembros de la OEA lo que era cuando fue adoptada: una enunciación de principios generales de derechos humanos no vinculantes".

[27]"(C)omo principio general, reconocido por el Derecho Internacional, una declaración no constituye un tratado propiamente dicho puesto que aquélla carece del carácter jurídico normativo y se limita a una manifestación de deseos o de exhortaciones. Una declaración formula obligaciones políticas o morales para los sujetos del derecho internacional, limitando en consecuencia su exigibilidad a diferencia de un tratado propiamente dicho, cuyas obligaciones jurídicas son exigibles ante la competencia jurisdiccional.El Gobierno consultante reconoce que la Declaración no es un tratado propiamente dicho, cuestión que seguramente ratificará la Corte, como también debería determinar que su competencia no incluye la de interpretar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre adoptada en Bogotá en 1948, puesto que ella no constituye "un tratado concerniente a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos", como lo exige el artículo 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos"

[28]"(Q)ue si bien antes de entrar en vigencia la Convención Americana de Derechos Humanos, la Declaración podría ser tenida como instrumento sin mayores consecuencias jurídicas, la Convención Americana al conferirle un carácter especial en virtud de su artículo 29, que prohibe toda interpretación que conduzca a "excluir o limitar el efecto que pueda producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza", se ha dado a la citada Declaración una jerarquía similar a la que tiene la propia Convención para los Estados Partes, contribuyendo con ello a la promoción de los Derechos Humanos en nuestro Continente".

[29]"La naturaleza jurídica de la Declaración es la de un instrumento multilateral vinculante que enuncia, define y concreta, principios fundamentales reconocidos por los Estados Americanos y que cristaliza normas de derecho consuetudinario generalmente aceptadas por dichos Estados".

> 46. Para os Estados-Partes da Convenção, a fonte específica das suas obrigações no que diz respeito à proteção dos direitos humanos é, em princípio, a própria Convenção. No entanto, devemos ter em mente que, à luz do artigo 29.d), no entanto, o instrumento que rege os Estados Partes da Convenção é ela mesma, não lhes sendo dispensado das obrigações deles decorrentes daDeclaração pelo fato de serem membros da OEA.
>
> 47. O fato de a Declaração não ser um tratado não leva, então, à conclusão de que não produz efeitos jurídicos, nem à conclusão de que a Corte está impossibilitada de interpretá-la no âmbito dos princípios acima enunciados.[30]

Para nós, temos que a posição adotada pela Corte é a mais adequada frente aos argumentos apresentados pelos Estados-partes que se manifestaram naquela Opinião Consultiva. De fato, a Declaração não se reveste da força vinculante necessária para se exigir dos membros da OEA uma atuação ou uma abstenção, sob pena de serem responsabilizados por eventuais violações a suas previsões. A Declaração se apresenta como um documento internacional denominado de *soft law*. Todavia, como estabelecido pela Corte, não é a Declaração totalmente inócua. As intenções e os compromissos nela constantes se apresentam como um norte hermenêutico a ser buscado pelos Estados do Sistema Interamericano, funcionando como instrumento de auxílio interpretativo legítimo.

Os antecedentes da Convenção Americana vêm citados no seu terceiro considerando. São eles: a Carta da Organização dos Estados Americanos e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, no plano regional interamericano e, no plano global, a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, todos de 1948. Ademais, como lembra Cançado Trindade (2003, p. 33-34):

> Merece destaque como instrumento regional antecessor da Convenção Americana, a citada Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, que ainda constitui a base normativa de direitos humanos *vis-à-vis* aos Estados que ainda não ratificaram

[30] Tradução livre do autor a partir do original: "44. Teniendo en cuenta que la Carta de la Organización y la Convención Americana son tratados respecto de los cuales la Corte puede ejercer su competencia consultiva en virtud del artículo 64.1, ésta puede interpretar la Declaración Americana y emitir sobre ella una opinión consultiva en el marco y dentro de los límites de su competencia, cuando ello sea necesario al interpretar tales instrumentos.
45. Para los Estados Miembros de la Organización, la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta. De otra parte, los artículos 1.2.b) y 20 del Estatuto de la Comisión definen, igualmente, la competencia de la misma respecto de los derechos humanos enunciados en la Declaración. Es decir, para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales.
46. Para los Estados Partes en la Convención la fuente concreta de sus obligaciones, en lo que respecta a la protección de los derechos humanos es, en principio, la propia Convención. Sin embargo hay que tener en cuenta que a la luz del artículo 29.d), no obstante que el instrumento principal que rige para los Estados Partes en la Convención es esta misma, no por ello se liberan de las obligaciones que derivan para ellos de la Declaración por el hecho de ser miembros de la OEA.
47. La circunstancia de que la Declaración no sea un tratado no lleva, entonces, a la conclusión de que carezca de efectos jurídicos, ni a la de que la Corte esté imposibilitada para interpretarla en el marco de lo precedentemente expuesto."

a Convenção Americana.

Unidos sob os auspícios da OEA e compromissados pela Carta da OEA e pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, na esteira do mesmo movimento que atingiu o continente europeu, no período pós 2ª Guerra Mundial, os Estados americanos deram mais um passo em direção ao compromisso internacional de implementar, promover e defender os direitos humanos no continente: aprovaram a Convenção Americana de Direitos Humanos.

3.2 Convenção Americana sobre Direitos Humanos

Fundada a OEA e editados os primeiros documentos internacionais sobre direitos humanos no plano regional americano, deu-se início a um avanço gradual a caminho da implementação, promoção e defesa dos direitos humanos no continente.

Em que pese a criação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (que será devidamente analisada no item seguinte) ter sido anterior à aprovação da própria Convenção Americana, entendemos, por uma questão de abordagem didática mais clara, analisarmos os antecedentes e os principais pontos de destaque do Pacto de San José da Costa Rica, a fim de apresentar o papel basilar que este tratado internacional desempenha.

A aprovação da Convenção, em 1969, foi antecedida de encontros e compromissos firmados entre os Estados americanos no contexto de internacionalização da proteção dos direitos humanos.

A Segunda Conferência Interamericana, celebrada no Rio de Janeiro, em 1965, autorizou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos a analisar denúncias que eram dirigidas a ela, bem como a autorizou a se comunicar com os governos dos Estados, a fim de obter informações com o propósito de formular recomendações sobre a proteção dos direitos humanos quando considerasse apropriado.

Na Terceira Conferência Interamericana Extraordinária, realizada em Buenos Aires, em 1967, a Carta da OEA foi reformada. Naquela oportunidade, então, a Comissão foi elevada à categoria de órgão da OEA[31]. Por meio do Protocolo de Buenos Aires, os Estados

[31] A redação original do Protocolo de Buenos Aires, de 1967,foiassimredigida no tocante à elevação da Comissão a órgão da OEA: “ARTICULO XII – El capítulo IX, titulado "De los Organos", pasará a ser capitulo X, con el mismo título y constituido por el artículo 51, redactado así:Artículo 51 – La Organización de los Estados Americanos realiza sus fines por medio de:a) la Asamblea General;b) la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores;c) Los Consejos;d) El Comité Jurídico Interamericano;e) La Comisión Interamericana e Derechos Humanos;f) La Secretaría General;g) Las Conferencias Especializadas, yh) los Organismos

anunciaram que "uma Convenção Interamericana sobre direitos humanos determinará a estrutura, competência e procedimento" da Comissão, "assim como de outros órgãos encarregados dessa matéria"[32].

Por fim, na Conferência Interamericana Especializada sobre Direitos Humanos, realizada em São José da Costa Rica, em 1969, adotou-se a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou "Pacto de San José da Costa Rica". Até esse momento, a estrutura institucional do sistema de proteção internacional dos direitos humanos na América residia em instrumentos de natureza declaratória, como a Declaração Americana. A partir da Convenção Americana, com a assinatura e posterior entrada em vigor da Convenção, no ano de 1978, chega-se ao ápice da evolução normativa do sistema, com o seu primeiro instrumento convencional de observância vinculante, que possibilita a declaração da responsabilidade internacional dos Estados-parte da Convenção por ações ou omissões que violem os direitos nela previstos.

Como dito, a Convenção, apesar de ter sido aprovada em 1969, só entrou em vigor em 1978, após ter obtido o número mínimo de 11 ratificações. Além de dotar a Comissão de novas atribuições, a Convenção criou, nos mesmos moldes da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, um órgão jurisdicional interamericano, responsável por interpretar e aplicar os termos da Convenção Americana. Surgia a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em seu preâmbulo, a Convenção ressalta o reconhecimento de que os direitos essenciais da pessoa humana derivam não da nacionalidade, mas sim da sua condição humana, o que justifica a proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados (RAMOS, 2015, p. 252).

Importante rememorar que o Brasil aderiu à Convenção em 9 de julho de 1992, depositou a carta de adesão em 25 de setembro de 1992 e a promulgou por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro do mesmo ano, tendo o tratado entrado em vigor no Brasil em 25 de setembro de 1992, data do depósito do instrumento de ratificação. Além da Convenção, devemos lembrar que o Estado brasileiro também é parte, no Sistema Interamericano, da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir o Crime de Tortura, adotada em 1985 e

---

Especializados.Se podrán establecer, además de los previstos en la Carta y de acuerdo con sus disposiciones, los órganos subsidiarios, organismos y las otras entidades que se estimen necesarios".

[32] A redação original do Protocolo de Buenos Aires, de 1967, foiassimredigida: "Artículo 112 – Habrá una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia.Una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia".

ratificada em 1989; o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos relativos à Abolição da Pena de Morte, adotado em 1990 e ratificado em 1996; a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, adotada em 1994, em Belém do Pará, e ratificada em 1995; e a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, adotada em 1994, também em Belém do Pará, e em vias de ratificação pelo Brasil, inclusive por determinação da Corte Interamericana, quando condenou o Estado brasileiro no Caso *Gomes Lund e outros(Guerrilha do Araguaia)*.

Infelizmente, desde 1992, o sistema jurídico nacional, principalmente representado pelos órgãos jurisdicionais domésticos, não têm dado a atenção e o tratamento necessários que esse importante e vinculante compromisso internacional assumido pelo Brasil merece.

Como já trabalhado no tópico referente à nossa posição quanto à hierarquia supraconstitucional do Pacto de São José, entendemos que a atual posição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal representa uma clara violação aos próprios preceitos da Convenção.

Este trabalho não é o espaço adequado para a análise pormenorizada dos artigos da Convenção, razão pela qual focaremos nossas atenções, por ora, tão somente nos artigos 1º e 2º daquele tratado.

O Capítulo I é regido da seguinte forma:

> Capítulo I - ENUMERAÇÃO DOS DEVERES
>
> 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.

O primeiro dos deveres, portanto, é a obrigação de respeitar os direitos e as liberdades reconhecidos na Convenção e de garantir o 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.

Por conta dessa obrigação, a Corte, em precedente jurisdicional pioneiro (até mesmo em relação ao sistema europeu) decidiu, no Caso *AtalaRiffo y niñas Vs. Chile*, em 24 de fevereiro de 2012, que a cláusula de não discriminação, contida na expressão "qualquer outra natureza" engloba a proibição de *discriminen* fundado na orientação sexual do indivíduo.

Em apertada síntese, os fatos daquele caso se iniciaram em 2002, quando Karen AtalaRiffo decidiu terminar seu casamento com Ricardo Jaime López Allendes, com quem tinha três filhas. Como parte do processo de separação de fato, o casal estabeleceu, de mútuo acordo, que a mãe, Karen, manteria a guarda e o cuidado das três filhas na cidade de Villarrica. Em novembro de 2002, a senhora Emma de Ramón, companheira afetiva de Karen Atala começou a conviver com ela e suas filhas na mesma casa.

Em razão do relacionamento homoafetivo da genitora, em janeiro de 2003, o pai das três meninas ajuizou uma ação de guarda perante o Juizado de Menores de Villarrica. Em outubro de 2003, o Juizado indeferiu o pedido do pai. Após a interposição do respectivo recurso, a Corte de Apelações de Temuco manteve a decisão de primeiro grau, mantendo a guarda das crianças com a mãe, Karen Atala. Todavia, em maio de 2004, a Quarta Sala da Corte Suprema de Justiça do Chile acolheu o recurso de queixa apresentado pelo pai, Ricardo Jaime López Allendes, concedendo-lhe a guarda definitiva das meninas (CORTE IDH, 2012).

Dentre outros argumentos, os juízes da Corte Suprema de Justiça lançaram mão das seguintes conclusões para decidir o caso em favor do pai das meninas:

> i) "prescindiu-se da prova testemunhal, […] a respeito da deterioração experimentada pelo entorno social, familiar e educacional em que se desenvolve a existência das menores [de idade], desde que sua mãe começou a conviver na residência com sua companheira homossexual e a que as meninas poderiam ser objeto de discriminação social derivada deste fato"; ii) o testemunho daqueles próximos das menores [de idade], tais como as empregadas da casa, referem-se a jogos e atitudes da confusão diante da sexualidade materna que não puderam perceber na convivência com a nova companheira"; iii) A senhoraAtala "tem colocado seus próprios interesses, adiando os de suas filhas, sobretudo quando se inicia uma vida com sua parceira homossexual na mesma casa nem que as meninas foram criadas e cuidadas separadamente do pai"; iv) "a possível confusão de papéis sexuais que podem ser produzidas pela falta na casa de um pai do sexo masculino e sua substituição por outra pessoa do sexo feminino, configura um risco para o desenvolvimento integral dos menores [de idade] que deve ser protegido", v)"é óbvio que o seu ambiente familiar excepcional difere significativamente de ter seus colegas de escola e relacionamentos do bairro em que vivem, expondo-os a ser submetido a isolamento e discriminação que também afetam o seu desenvolvimento pessoal". Portanto, o Supremo Tribunal considerou que as condições descritas constituíam "um causa qualificada" nos termos do artigo 225 do Código Civil para justificar a atribuição da guarda ao pai, como a atual situação constituía "uma imagem que irroga risco de danos, o que poderia tornar-se irreversível, para os interesses dos menores [de idade], cuja proteção deve ser preferida a todas as outras considerações" (CORTE IDH, 2012).[33]

[33] Tradução livre do autor a partir do original:i) "se ha prescindido de la prueba testimonial, […] respecto al deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las

Verifica-se que os argumentos utilizados pela Corte Suprema de Justiça do Chile para acolher a pretensão do pai e conceder-lhe a guarda definitiva das crianças foi o fato de a mãe ter iniciado uma convivência homoafetiva com sua companheira no mesmo ambiente em que suas filhas habitavam, o que representava, segundo a Corte, um "risco para o desenvolvimento integral das menores".

A Corte Interamericana, à luz dos artigos 24 e 1.1 da Convenção Americana, decidiu então:

> 91. Dadas as obrigações gerais de respeito e garantia estabelecidas no artigo 1.1 da Convenção Americana, os critérios de interpretação estabelecido no artigo 29 da Convenção, as disposições da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, as Resoluções a Assembleia Geral da OEA, as normas estabelecidas pelo Tribunal de Justiça Europeu e as agências das Nações Unidas [por exemplo, a Declaração sobre os direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero] (...), a Corte Interamericana determinou que a orientação sexual e identidade de gênero das pessoas são categorias protegidas no âmbito da Convenção. Por isso é proibida pela Convenção qualquer norma, ato ou prática de discriminação com base na orientação sexual da pessoa. Consequentemente, nenhuma regra, decisão ou prática da lei interna, quer pelas autoridades estatais ou privadas, podem diminuir ou restringir, de forma alguma, os direitos de uma pessoa com base em sua orientação sexual.
> 93. Um direito que é reconhecido às pessoas não pode ser negado ou restringido a ninguém sob quaisquer circunstâncias com base na sua orientação sexual. Isso violaria o artigo 1.1. da Convenção Americana. O instrumento Interamericano proíbe a discriminação em geral, incluindo nela estacategoria como a orientação sexual que não pode servir como sustento para negar ou restringir quaisquer direitos ao abrigo da Convenção.(CORTE IDH, 2012)[34]

---

menores [de edad], desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y a que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho"; ii) el testimonio de las personas cercanas a las menores [de edad], como son las empleadas de la casa, hacen referencia a juegos y actitudes de las niñas demostrativas de confusión ante la sexualidad materna que no han podido menos que percibir en la convivencia en el hogar con su nueva pareja"; iii) la señora Atala "ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva[ba] a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas"; iv) "la eventual confusión de roles sexuales que puede producírseles por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores [de edad] respecto de la cual deben ser protegidas", y v) "es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal". Por tanto, la Corte Suprema consideró que las condiciones descritas constituían "causa calificada" de conformidad con el artículo 225 del Código Civil, para justificar la entrega de la tuición al padre, dado que la situación actual configuraba "un cuadro que irroga el riesgo de daños, los que podrían tornarse irreversibles, para los intereses de las menores [de edad], cuya protección debe preferir a toda otra consideración.

[34] Tradução livre do autor a partir do original: Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas [por ejemplo, la Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género] (…), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna

Assim, percebe-se como a Corte Interamericana tem interpretado e ampliado o alcance do art. 1.1 da Convenção, de modo que qualquer tipo de discriminação, que não seja plenamente razoável (de acordo com o que ela convencionou chamar de "teste de razoabilidade"), é vedado pelo Pacto de San José.

O segundo dos deveres enunciados é o de adotar disposições de direito interno (medidas legislativas ou de outra natureza) que forem necessárias para tornar efetivos direitos e liberdades previstos na Convenção, caso o seu exercício ainda não esteja garantido por disposições legislativas ou de outra natureza (RAMOS, 2015, p. 252).

Novamente, lembramos que o artigo 2º é o fundamento jurídico no qual nos estribamos para defender a supraconstitucionalidade da Convenção. Ademais, de acordo com a sistemática internacional de proteção dos direitos humanos, não há que se falar em qualquer prevalência de uma norma interna – inclusive da Constituição do Estado – sobre uma norma internacional de proteção dos direitos humanos, quando mais favorável ao ser humano.

Como lembra Cançado Trindade (2007, p. 209), as conquistas já implementadas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos nesse sentido não retrocedem em face de qualquer posicionamento doutrinário ou jurisprudencial em contrário, uma vez que até mesmo a Constituição de um Estado é considerada como um simples fato ante o sistema internacional de proteção.

Para ilustrar essa posição, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem precedente claro e didático sobre o tema. No caso *A Última Tentação de Cristo (Olmedo Bustos e outros) Vs. Chile*, entendeu a Corte que a responsabilidade internacional de um Estado pode decorrer de atos ou omissões de qualquer um dos seus poderes ou órgãos, independentemente de sua hierarquia, mesmo que o fato violador provenha de uma norma constitucional.

Nesse sentido, tem-se excerto da sentença:

> 85. O Tribunal já declarou que o dever geral do Estado, previsto no artigo 2 da Convenção, incluindo medidas para suprimir leis e práticas de qualquer espécie, que implicam uma violação das garantias estabelecidas na Convenção e da expedição de normas e do desenvolvimento de práticas conducentes à efetiva observância dessas garantias.
> 86. O Tribunal observa que, de acordo com as disposições do presente acórdão, o Estado violou o artigo 13 da Convenção Americana, em detrimento de Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson Matias InsunzaTagle e Hernán Aguirre Fuentes, de modo que ele violou o

---

circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribe la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención.

> dever geral de respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e de garantir o livre e pleno exercício, tal como estipulado no artigo 1.1 da Convenção.
> 87. (...) A Convenção Americana estabelece a obrigação geral de cada Estado Parte para adaptar o seu direito interno às disposições da Convenção, para garantir os direitos nela consagrados. Este dever geral do Estado Parte implica que as medidas de direito interno devem ser eficazes (princípio do efeito útil). Isto significa que o Estado deve tomar todas as medidas para assegurar que as disposições da Convenção sejam efetivamente cumpridas no seu direito interno, como exigido pelo artigo 2 da Convenção. Tais medidas só são eficazes quando o Estado ajusta as suas ações para as regras de proteção da Convenção.
> 88. No caso em apreço, a manutenção de censura cinematográfica no sistema jurídico chileno (artigo 19 No. 12 da Lei de Constituição e Decreto nº 679) o Estado não cumpriu com o dever de adaptar o seu direito interno à Convenção, de modo a implementação dos direitos nela consagrados, tal como estabelecido nos artigos 2 e 1.1 da Convenção.
> 89. (...). O Tribunal aprecia e enfatiza a importância da iniciativa do Governo de propor a reforma constitucional acima mencionada, porque pode levar a adaptar a legislação nacional ao conteúdo da Convenção Americana sobre a liberdade de pensamento e de expressão. O Tribunal observa, no entanto, que, apesar do tempo decorrido desde a apresentação do projeto de reforma no Congresso, ainda não foram adotadas, como previsto no artigo 2 da Convenção, as medidas necessárias para eliminar a censura cinematográfica e, portanto, permitir que a exibição do filme "a Última Tentação de Cristo".
> 90. Consequentemente, o Tribunal conclui que o Estado violou o dever geral de respeitar e garantir os direitos protegidos pela Convenção e para adaptar o direito interno às disposições do presente, consagrados nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos. (CORTE IDH, 2012)[35]

[35] Tradução livre do autor a partir do original: La Corte ha señalado que el deber general del Estado, establecido en el artículo 2 de la Convención, incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías.
86. La Corte advierte que, de acuerdo con lo establecido en la presente sentencia, el Estado violó el artículo 13 de la Convención Americana en perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes, por lo que el mismo ha incumplido el deber general de respetar los derechos y libertades reconocidos en aquélla y de garantizar su libre y pleno ejercicio, como lo establece el artículo 1.1 de la Convención.
87. (…) La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effetutile)*. Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.
88. En el presente caso, al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno (artículo 19 número 12 de la Constitución Política y Decreto Ley número 679) el Estado está incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2 y 1.1 de la Convención.
89. (…). La Corte valora y destaca la importancia de la iniciativa del Gobierno de proponer la mencionada reforma constitucional, porque puede conducir a adecuar el ordenamiento jurídico interno al contenido de la Convención Americana en materia de libertad de pensamiento y de expresión. El Tribunal constata, sin embargo, que a pesar del tiempo transcurrido a partir de la presentación del proyecto de reforma al Congreso no se han adoptado aún, conforme a lo previsto en el artículo 2 de la Convención, las medidas necesarias para eliminar la censura cinematográfica y permitir, así, la exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo".
90. En consecuencia, la Corte concluye que el Estado ha incumplido los deberes generales de respetar y garantizar los derechos protegidos por la Convención y de adecuar el ordenamiento jurídico interno a las disposiciones de ésta, consagrados en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

No caso, em seu voto concorrente, no exercício do cargo de Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Antônio Augusto Cançado Trindade (CORTE IDH, 2012) fez observações relevantes, que devem ser aqui exploradas sobre este ponto em específico:

> Os fatos deste caso "A Última Tentação de Cristo" mostram, na minha opinião, que estes pesos são válidos para todas as regras de direito interno (que abrange ambas as regras infraconstitucionais como as constitucionais).
> 9. Com o objetivo de enfatizar a importância da adoção de tais medidas positivas por parte dos Estados, argumentei que eles podem provocar mudanças na legislação interna que transcendem as circunstâncias particulares de casos individuais; "A prática internacional", acrescentei, "está cheia de casos em que as leis nacionais foram, de fato, modificadas, de acordo com as decisões dos organismos internacionais de monitoramento de direitos humanos em casos individuais. A eficácia dos tratados de direitos humana é medida em grande parte por seu impacto sobre o direito interno dos Estados Partes "(par. 5).
> 14. Se alguma dúvida ainda persistisse quanto a este ponto, isto é, que a existência ea aplicabilidade de uma norma de direito interno (seja constitucional ou outra) em si pode per si comprometer a responsabilidade estatal sob um tratado de direitos humanos, os fatos neste caso "a Última Tentação de Cristo" contribuem, na minha opinião, de forma decisiva para dissipar essa dúvida. Os fatos neste caso "A Última Tentação de Cristo" aparecem, em vez disso, que, nas circunstâncias do *cas d'espèce*, a tentativa de distinguir entre a existência e a implementação eficaz de uma norma de direito interno a fim de determinar a configuração ou não da responsabilidade internacional do Estado, sendo irrelevante e revelando uma visão extremamente formalista da lei, vazia de sentido.[36]

Essa mesma posição foi reafirmada pela Corte em sua Opinião Consultiva nº 14, de 9 de dezembro de 1994, quando atendeu a uma Consulta da Comissão Interamericana em relação à responsabilidade internacional de um Estado pela expedição e aplicação de leis violadoras da Convenção.

O foco da consulta à Corte dizia respeito ao artigo 4º, §§ 2º e 3º da Convenção, que contemplam restrições à pena de morte e impedimento de seu restabelecimento nos Estados que a hajam extinguido de seu ordenamento jurídico.

---

[36]Tradução livre do autor a partir do original: Los hechos del presente caso *"La Última Tentación de Cristo"* demuestran, a mi juicio, que estas ponderaciones son válidas para toda la normativa del derecho interno (abarcando las normas de rangos tanto infraconstitucional como constitucional).
9.Buscando enfatizar la importancia de la adopción de dichas medidas positivas por parte de los Estados, ponderé que pueden ellas acarrear cambios en el derecho interno que trascienden las circunstancias particulares de los casos concretos; "la práctica internacional", agregué, "se encuentra repleta de casos en que las leyes nacionales fueron efectivamente modificadas, de conformidad con las decisiones de los órganos internacionales de supervisión de los derechos humanos en los casos individuales. La eficacia de los tratados de derechos humanos se mide, en gran parte, por su impacto en el derecho interno de los Estados Partes" (párr. 5).
14. Si alguna duda todavía persistía en cuanto a este punto, i.e., a que la propia existencia y aplicabilidad de una norma de derecho interno (sea infraconstitucional o constitucional) pueden *per se* comprometer la responsabilidad estatal bajo un tratado de derechos humanos, los hechos del presente caso *"La Última Tentación de Cristo"* contribuyen, a mi modo de ver decisivamente, a disipar dicha duda. De los hechos en este caso *"La Última Tentación de Cristo"* se desprende, más bien, que, en circunstancias como las del *cas d'espèce*, el intento de distinguir entre la existencia y la aplicación efectiva de una norma de derecho interno, para el fin de determinar la configuración o no de la responsabilidad internacional del Estado, resulta irrelevante, y revela una visión extremadamente formalista del Derecho, vacía de sentido.

Os questionamentos dirigidos à Corte pela Comissão foram:

> [1] Quando um Estado parte da Convenção Americana sobre Direitos Humanos aprova uma lei que manifestamente viola as obrigações que o Estado tem contratados pela ratificação da Convenção, quais seriam, nesse caso, os efeitos jurídicos da lei, tendo em conta as obrigações internacionais desse Estado?
> [...]
> [2] Quando um Estado parte da Convenção promulga uma lei cuja aplicação por agentes ou funcionários desseEstado se traduz em uma manifesta violação da Convenção, quais são as obrigações e responsabilidades de tais agentes ou funcionários? (CORTE IDH, 1994)[37]

A razão da consulta reside na promulgação da Constituição da República do Peru, de 1993, que ampliou as previsões de aplicação da pena de morte, mesmo depois de aquele Estado já ter ratificado a Convenção Americana. Nesse sentido, a Comissão (CORTE IDH, 1994)mencionou:

> A incorporação de uma disposição, no artigo 140 da nova Constituição do Peru, por meio da qual se ampliam as aplicações da pena de morte delitos isentos da aplicação dessa pena na Constituição Política vigentedesde 1979, em contradição às disposições do artigo 4, parágrafos 2 e 3 da Convenção Americana.
> [...]
> De acordo com a Constituição de 1979, no Peru a pena de morte se aplicava exclusivamente ao crime de traição à pátria em caso de guerra externa.[38]

O Estado brasileiro se manifestou durante a audiência pública realizada pela Corte, e consignou o seguinte posicionamento:

> Com relação à primeira questão formulada pela Comissão, embora a mesma tenha sido feita em tese, é de se precisar que, com a mera edição da Constituição de 1993, não houve por parte do Peru violação das obrigações contraídas em razão de ter ratificado a Convenção em causa [...] Primeiramente, a simples edição de lei em contrário não seria violadora de obrigações internacionais, pois seria necessário, para que tal violação se estabelecesse, a concretização de suas disposições. Em segundo lugar, o âmago do problema resolve-se pela teoria que cada Estado siga em matéria de hierarquia de leis. [...]
> A resposta à segunda questão formulada pela Comissão varia segundo o prisma em que se coloca o interlocutor. Constitucionalmente falando, os agentes e funcionários do Estado estão adstritos à Constituição, não podendo buscar supedâneo mesmo em convenções internacionais em que o Estado seja parte, para descumpri-la.

---

[37]Tradução livre do autor a partir do original: [1] Cuando un Estado parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos dicta una ley que viola manifiestamente las obligaciones que el Estado ha contraído al ratificar la Convención, [¿]cuáles serían en ese caso los efectos jurídicos de esa ley en vista de las obligaciones internacionales de ese Estado?
[...]
[2] Cuando un Estado parte en la Convención dicta una ley cuyo cumplimiento por parte de los agentes o funcionarios de ese Estado se traduce en una violación manifiesta de la Convención, [¿]cuáles son las obligaciones y responsabilidades de dichos agentes o funcionarios?

[38] Tradução livre do autor a partir do original: [L]a incorporación de una disposición, en el Artículo 140 de la nueva Constitución del Perú, mediante la cual se amplían los casos de aplicación de la pena de muerte a delitos exentos de la aplicación de esa pena en la Constitución Política vigente desde el año 1979, en contradicción con lo previsto en el Artículo 4, párrafos 2 y 3, de la Convención Americana.
[...]
De acuerdo con la Constitución Política de 1979, en el Perú la pena de muerte se aplicaba exclusivamente al delito de traición a la patria en caso de guerra exterior.

> Examinando-se a problemática sob a ótica internacional, a visão seria inversa. [...] Contudo, o caso concreto posto pela Constituição peruana vigente não se enquadra perfeitamente. [...] Quem e como responderia no Peru, se esse país, sem denunciar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, viesse a condenar e executar alguém em virtude de terrorismo? Os constituintes que estabeleceram o artigo 140 da Constituição vigente (lembre-se que a mesma acabou por ser aprovada em referendo popular), os juízes que pronunciaram a sentença ou quem efetivamente a executou?(CORTE IDH, 1994).

A Corte, então, apresentou a seguinte resposta:

> 31. A primeira questão colocada pela Comissão diz respeito ao efeito legal de uma lei que manifestamente viola as obrigações do Estado ao ratificar a Convenção. Para responder à questão, o Tribunal aplicará a palavra "lei" em seu sentido material e não formal.
> 35. Uma coisa diferente ocorre a respeito das obrigações internacionais e responsabilidades que derivam de seu descumprimento. Segundo o Direito Internacional, as obrigações impostas por ele devem ser cumpridas de boa fé e não se pode invocar para seu descumprimento o direito interno. Essas regras podem ser consideradas como princípios gerais de direito e têm sido aplicados até mesmo em casos que envolvem disposições constitucionais, a Corte Permanente de Justiça Internacional e a Corte Internacional de Justiça [caso das comunidades heleno-búlgara (1930), da Série B, N ° 17, p. 32; Tratamento de cidadãos polacos em Danzig (1931), Série A / B, nº 44, p. 24; Caso das Zonas Livres (1932), Série A / B, nº 46, p. 167; Aplicabilidade da obrigação de arbitrar sob o Acordo de Sede da Organização das Nações Unidas (Processo da Missão OLP) (1988), pp. 12-31,2, para. 47]. Estas regras também foram codificadas nos artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.
> 36. É claro que, como se afirmou, a obrigação de adotar todas as medidas necessárias para a aplicação dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção inclui não adotar as que levam a violações destes direitos e liberdades.
> [...]
> 50. O Tribunal conclui que a promulgação de uma lei que manifestamente viola as obrigações assumidas por um Estado mediante a ratificação ou adesão à Convenção constitui uma violação da presente e que, no caso de tal violação afetar os direitos e liberdades dos indivíduos determinados, gera-se responsabilidade internacional para o Estado. (CORTE IDH, 1994)[39]

[39] Tradução livre do autor a partir do original: 31. La primera pregunta planteada por la Comisión se refiere a los efectos jurídicos de una ley que manifiestamente viole las obligaciones contraídas por el Estado al ratificar la Convención. Al contestar la pregunta la Corte entenderá la palabra “ley” en su sentido material y no formal.
35. Una cosa diferente ocurre respecto a las obligaciones internacionales y a las responsabilidades que se derivan de su incumplimiento. Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aún tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia [Caso de las Comunidades Greco-Búlgaras (1930), Serie B, No. 17, pág. 32; Caso de Nacionales Polacos de Danzig (1931), Series A/B, No. 44, pág. 24; Caso de las Zonas Libres (1932), Series A/B, No. 46, pág. 167; Aplicabilidad de la obligación a arbitrar bajo el Convenio de Sede de las Naciones Unidas (Caso de la Misión del PLO) (1988), págs. 12, a 31-2, párr. 47]. Asimismo estas reglas han sido codificadas en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.
36. Es indudable que, como se dijo, la obligación de dictar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la Convención, comprende la de no dictarlas cuando ellas conduzcan a violar esos derechos y libertades.
[…]
50. La Corte concluye que la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado.

Logo, extraem-se duas importantes conclusões dessa Opinião Consultiva: a primeira é que a mera edição (ou mesmo a omissão de editar) uma lei pode ser condição suficiente para que o Estado-parte seja condenado internacionalmente pela Corte por violações a dispositivos da Convenção, de maneira reflexa ao disposto em seu artigo 2º; a segunda é que a Corte, tomando o termo "lei" em sentido material, o que engloba o próprio texto constitucional do Estado, conclui que ela mesma, apesar de não produzir efeitos e violações concretas a direitos humanos, estando apenas em estado de latência, pode ensejar a responsabilização internacional do Estado, caso alguma disposição constante na "lei" contrarie os termos da Convenção.

Daí nossa defesa da hierarquia supraconstitucional da Convenção em relação ao ordenamento jurídico nacional.

Com isso, apresentados os dois principais artigos, objetos de maior reflexão no presente trabalho, verificamos que os precedentes da Corte Interamericana, vinculantes aos Estados-partes da Convenção, revelam como alguns casos de violações de direitos previstos naquele tratado podem conduzir à responsabilização internacional dos Estados que não observam os pronunciamentos daquela Corte.

Todavia, entre a violação perpetrada pelo Estado, a petição apresentada pela vítima e o pronunciamento jurisdicional da Corte Interamericana, no Sistema Interamericano, ainda há um órgão intermediador, que desempenha importante e crescente papel na implementação, promoção e defesa dos direitos humanos no continente americano. Por conta disso, precisamos analisar o que é e como atua a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, na sua função quase-jurisdicional no plano americano.

3.3 Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Como mencionado em linhas anteriores, a criação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos antecede a própria criação da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Na 5ª reunião de consultas dos Ministros de Relações Exteriores, realizada em Santiago do Chile, em 1959, foi aprovada moção pela criação de um órgão especializado na proteção de direitos humanos no seio da OEA, que veio a ser a Comissão Interamericana. Pela proposta aprovada, a Comissão funcionaria provisoriamente até a adoção de uma "Convenção Interamericana de Direitos Humanos". Após a edição do Protocolo de Buenos Aires de 1967 (que entrou em vigor em 1970), que emendou a Carta da OEA, a Comissão passou a ser órgão

principal da própria Organização dos Estados Americanos, superando a debilidade inicial de ter sido criada por mera resolução adotada em reunião de Ministros. Assim, a Comissão incorporou-se à estrutura permanente da OEA, tendo os Estados a obrigação de responder aos seus pedidos de informação, bem como cumprir, em boa-fé, com suas recomendações, pois essas eram fundadas na própria Carta da OEA, agora reformada (RAMOS, 2015, p. 248).

O Capítulo VII da Convenção Americana enuncia, em suas seções, a organização, as funções, a competência da Comissão, bem como o processo das petições perante aquele órgão.

O órgão é composto por sete comissários, que são pessoas de alta autoridade moral e notório saber na área de direitos humanos, nos termos do art. 34, da CADH. Essas pessoas são indicadas por Estados da OEA (art. 36, da CADH) e eleitos em escrutínio secreto na Assembleia Geral da Organização, para mandato de quatro anos, com a possibilidade de uma recondução (art. 37), sendo vedada a eleição de mais de um nacional de um mesmo país (art. 37.2, da CADH).

Apesar da indicação governamental, os membros da Comissão atuam a título pessoal, ou seja, devem desempenhar suas funções com independência, com base em suas convicções pessoais, sem se ater a considerações políticas ou nacionais (RAMOS, 2015, p. 248).

Já fizeram parte da Comissão Interamericana de Direitos Humanos os brasileiros Paulo Sérgio Pinheiro (2004-2011), Hélio Bicudo (1998-2001), Gilda Maciel Correa Russomano (1984-1991) e Carlos A. Dunshee de Abranches (1964-1983).

A Comissão (doravante CIDH), detém a representatividade de todos os Estados-membros da OEA, e não somente dos Estados-partes da Convenção Americana, pois, apesar de sua estrutura constar do tratado, a CIDH é, antes de tudo, órgão da OEA.

Assim, os Estados que não ratificaram a Convenção Americana não ficam desonerados de suas obrigações assumidas nos termos da Carta da OEA e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, podendo acionar, normalmente, a CIDH, que fará recomendações aos governos para o respeito dos direitos humanos violados no território do Estado em questão (GOMES; MAZZUOLI, 2013, p. 259).

Com relação às funções da CIDH, deve ser mencionado o art. 41 da CADH, que as elenca da seguinte forma:

> Artigo 41 - A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício de seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições:
> a) estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América;
> b) formular recomendações aos governos dos Estados-membros, quando considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos;

> c) preparar estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções;
> d) solicitar aos governos dos Estados-membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos;
> e) atender às consultas que, por meio da Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados-membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que lhes solicitarem;
> f) atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 desta Convenção; e
> g) apresentar um relatório anual à Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos.

Esse artigo apresenta a função política da Comissão, como órgão promovedor dos direitos humanos dentro do Sistema Interamericano.

Todavia, para o presente trabalho, devemos ressaltar e explicar o que é a função quase-jurisdicional da Comissão.

Inicialmente, salientamos que a CIDH não foi criada como órgão jurisdicional internacional, mas ela desempenha um relevante papel como se um órgão daquela natureza fosse.

Isso porque todas as petições que são encaminhadas à Comissão percorrem o caminho do devido processo legal, sendo garantido ao Estado demandado e aos peticionários o exercício do contraditório e da ampla defesa.

A CADH apresenta quais são as competências da CIDH, nos termos dos arts. 44 e 45:

> Artigo 44 - Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-parte.
> Artigo 45 - 1. Todo Estado-parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção, ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece a competência da Comissão para receber e examinar as comunicações em que um Estado-parte alegue haver outro Estado-parte incorrido em violações dos direitos humanos estabelecidos nesta Convenção.
> 2. As comunicações feitas em virtude deste artigo só podem ser admitidas e examinadas se forem apresentadas por um Estado-parte que haja feito uma declaração pela qual reconheça a referida competência da Comissão. A Comissão não admitirá nenhuma comunicação contra um Estado-parte que não haja feito tal declaração.
> 3. As declarações sobre reconhecimento de competência podem ser feitas para que esta vigore por tempo indefinido, por período determinado ou para casos específicos.
> 4. As declarações serão depositadas na Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos, a qual encaminhará cópia das mesmas aos Estados-membros da referida Organização.

O art. 44 apresenta a legitimidade ativa para apresentação de uma petição perante a CIDH, devendo ser sublinhadas a legitimação coletiva e a substituição processual das entidades não-governamentais, que desempenham importante trabalho na defesa dos direitos

humanos nos países americanos. Por sua vez, o art. 45 traz a previsão quanto à legitimidade ativa com relação aos Estados-partes.

Com o envio da petição à CIDH, submete-se o pedido a um juízo de admissibilidade, cujos requisitos formais estão previstos no art. 46:

> Artigo 46 - Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário:
> a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos;
> b) que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva;
> c) que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e
> d) que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição.
> 2. As disposições das alíneas "a" e "b" do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando:
> a) não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados;
> b) não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e
> c) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

Podemos resumir esses requisitos de admissibilidade da seguinte forma:

a) A regra do prévio esgotamento dos recursos de jurisdição interna, o que revela a subsidiariedade e complementariedade da jurisdição internacional em relação à jurisdição doméstica, preservando a soberania do Estado demandado para solucionar as violações, em tese, a ele atribuído. Ademais, a Convenção exige não só a existência de recursos na legislação interna do Estado, mas que esses instrumentos processuais sejam efetivos e adequados à salvaguarda dos direitos da pessoa em causa (Caso Godínez Vs. Honduras, 1989, § 66). A Corte IDH já estabeleceu o que se deve entender como "recursos adequados", estabelecendo que "a função desses recursos, dentro do sistema do direito interno, seja idônea para proteger a situação jurídica infringida", sendo que "se, em um caso específico, o recurso não é adequado, é óbvio que não há que se esgotá-lo" (Caso FairénGarbi e SolísCorrales Vs. Honduras, 1989, § 88). Deve-se lembrar, também, que, segundo a jurisprudência da Corte, o Estado que alega o não esgotamento como exceção processual à postulação da vítima tem a seu cargo a obrigação de demonstrais quais os recursos internos que deveriam ter sido esgotados (Caso Godínez Cruz Vs. Honduas, 1987, § 90).

b) A previsão de um prazo decadencial para o acionamento do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, o que revela a atuação tempestiva dos órgãos internacionais, que não podem ser acionados extemporaneamente em relação a imputações de violações tão graves quanto são as violações de direitos humanos;

c) A previsão de ausência de litispendência internacional, porquanto se já houve a comunicação dos fatos a outras autoridades internacionais, deve-se aguardar a deliberação e eventual admissão, processamento e julgamento dos fatos, a fim de se evitar decisões conflitantes;

d) Requisitos formais para a identificação do peticionário, vedando-se, com isso, comunicações anônimas.

Relevante, também, a análise do art. 46.2, da CADH, que prevê três exceções à regra do prévio esgotamento dos recursos de jurisdição interna e ao prazo decadencial.

No caso da alínea "a", não se exigem aqueles dois requisitos de admissibilidade quando não houver um instrumento processual adequado para a proteção dos direitos supostamente violados. Ora, se não há esse meio adequado, reflexamente tem-se uma violação do próprio art. 8º, da CADH[40], que traz a previsão do devido processo legal (*dueprocess of law*).

A previsão da alínea "b" evidencia-se quando não for possível manejar um recurso jurisdicional ou ter sido o peticionário impedido de esgotá-lo, seja por questões drásticas, como o não conhecimento ilegal de um recurso devidamente interposto, seja pela demora excessiva na entrega da efetiva tutela jurisdicional, o que acaba por violar, obliquamente, o disposto no art. 25, da CADH[41], que prevê a existência de recursos jurisdicionas simples e

[40]Artigo 8º - Garantias judiciais
1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.
2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;
b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;
d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e
h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.
3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.
4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.
5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.
[41]Artigo 25 - Proteção judicial

rápidos, por meio dos quais as partes poderiam submeter suas pretensões à nova apreciação do Judiciário doméstico.

Quanto à previsão da alínea "c", esta se encontra em consonância com a garantia fundamental prevista na CF/88 da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII), porquanto prestação jurisdicional tardia equivale à ausência de prestação. Da mesma forma, há violação reflexa ao disposto no art. 25, da CADH.

Após o recebimento e submissão da petição aos requisitos de admissibilidade, a Comissão emitirá um relatório de admissibilidade, instalando-se, assim, o devido processo legal entre os peticionários e o Estado demandado, nos termos previstos nos arts. 48 e seguintes da CADH, *in verbis*:

> Artigo 48 - 1. A Comissão, ao receber uma petição ou comunicação na qual se alegue a violação de qualquer dos direitos consagrados nesta Convenção, procederá da seguinte maneira:
> a) se reconhecer a admissibilidade da petição ou comunicação, solicitará informações ao Governo do Estado ao qual pertença a autoridade apontada como responsável pela violação alegada e transcreverá as partes pertinentes da petição ou comunicação. As referidas informações devem ser enviadas dentro de um prazo razoável, fixado pela Comissão ao considerar as circunstâncias de cada caso;
> b) recebidas as informações, ou transcorrido o prazo fixado sem que sejam elas recebidas, verificará se existem ou subsistem os motivos da petição ou comunicação. No caso de não existirem ou não subsistirem, mandará arquivar o expediente;
> c) poderá também declarar a inadmissibilidade ou a improcedência da petição ou comunicação, com base em informação ou prova supervenientes;
> d) se o expediente não houver sido arquivado, e com o fim de comprovar os fatos, a Comissão procederá, com conhecimento das partes, a um exame do assunto exposto na petição ou comunicação. Se for necessário e conveniente, a Comissão procederá a uma investigação para cuja eficaz realização solicitará, e os Estados interessados lhe proporcionarão, todas as facilidades necessárias;
> e) poderá pedir aos Estados interessados qualquer informação pertinente e receberá, se isso for solicitado, as exposições verbais ou escritas que apresentarem os interessados; e
> f) pôr-se-á à disposição das partes interessadas, a fim de chegar a uma solução amistosa do assunto, fundada no respeito aos direitos reconhecidos nesta Convenção.
> 2. Entretanto, em casos graves e urgentes, pode ser realizada uma investigação, mediante prévio consentimento do Estado em cujo território se alegue houver sido cometida a violação, tão somente com a apresentação de uma petição ou comunicação que reúna todos os requisitos formais de admissibilidade.
> Artigo 49 - Se se houver chegado a uma solução amistosa de acordo com as disposições do inciso 1, "f", do artigo 48, a Comissão redigirá um relatório que será encaminhado ao peticionário e aos Estados-partes nesta Convenção e posteriormente

---

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.
2. Os Estados-partes comprometem-se:
a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;
b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e
c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

> transmitido, para sua publicação, ao Secretário Geral da Organização dos Estados Americanos. O referido relatório conterá uma breve exposição dos fatos e da solução alcançada. Se qualquer das partes no caso o solicitar, ser-lhe-á proporcionada a mais ampla informação possível.
> Artigo 50 - 1. Se não se chegar a uma solução, e dentro do prazo que for fixado pelo Estatuto da Comissão, esta redigirá um relatório no qual exporá os fatos e suas conclusões. Se o relatório não representar, no todo ou em parte, o acordo unânime dos membros da Comissão, qualquer deles poderá agregar ao referido relatório seu voto em separado. Também se agregarão ao relatório as exposições verbais ou escritas que houverem sido feitas pelos interessados em virtude do inciso 1, "e", do artigo 48.
> 2. O relatório será encaminhado aos Estados interessados, aos quais não será facultado publicá-lo.
> 3. Ao encaminhar o relatório, a Comissão pode formular as proposições e recomendações que julgar adequadas.
> Artigo 51 - 1. Se no prazo de três meses, a partir da remessa aos Estados interessados do relatório da Comissão, o assunto não houver sido solucionado ou submetido à decisão da Corte pela Comissão ou pelo Estado interessado, aceitando sua competência, a Comissão poderá emitir, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, sua opinião e conclusões sobre a questão submetida à sua consideração.
> 2. A Comissão fará as recomendações pertinentes e fixará um prazo dentro do qual o Estado deve tomar as medidas que lhe competir para remediar a situação examinada.
> 3. Transcorrido o prazo fixado, a Comissão decidirá, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, se o Estado tomou ou não as medidas adequadas e se publica ou não seu relatório.

Mesmo no âmbito internacional, há previsão do uso da mediação e da conciliação entre as partes, atuando a Comissão como verdadeira pacificadora frente à pretensão resistida.

Superada a etapa de admissibilidade e instaurado o contraditório, com a deflagração de um verdadeiro processo perante a Comissão, o Estado denunciado tem a possibilidade de responder à CIDH, apresentando a sua versão sobre a questão em debate. Poderá o Estado demonstrar que não mais subsistem as alegações encaminhadas pelos peticionários, razão pela qual, se convencida, a CIDH determinará o arquivamento do pedido, sem possibilidade de reapreciação pela Corte ou qualquer outro órgão.

Em casos graves e urgentes, poderá a Comissão determinar seja realizada uma investigação no território do Estado onde se alegou houver sido cometida determinada violação, mas desde que com o consentimento do Estado. Por meio desta visita, a Comissão irá verificar a veracidade dos fatos alegados e a situação fática do Estado, onde a suposta violação de direitos humanos ocorreu.

Por fim, caso repute insuficientes os argumentos e as medidas adotadas pelo Estado demandado, a Comissão emitirá um relatório de mérito, contendo as recomendações que deverão ser adotadas no prazo estabelecido na Convenção, sob pena de o caso ser apresentado perante a Corte IDH.

A emissão do relatório de mérito, também conhecido como Primeiro Informe ou Informe 50 (em alusão ao artigo 50, da CADH, que o prevê), encerra a atuação da Comissão

em relação aos Estados que não reconheceram a jurisdição da Corte. De acordo com a atual jurisprudência da Corte (LoyozaTamayo Vs. Peru, 2001), que aplica o princípio da boa-fé, previsto na Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados, esses Estados devem realizar seus melhores esforços para cumprir as deliberações da Comissão, que é também órgão principal da OEA (RAMOS, 2015, p. 234). Assim, para os Estados que não se submetem à jurisdição da Corte, o relatório da Comissão possui força vinculante.

Por outro lado, para os Estados que se submetem à jurisdição da Corte, a Comissão deve encaminhar o Caso àquele órgão jurisdicional, que proferirá a palavra final, declarando a existência ou inexistência de violações de direitos humanos.

Se encaminhado o caso à Corte, encerra-se, neste ponto, a atuação quase-jurisdicional da Comissão, pois, apesar de instalado um processo à luz do contraditório e da ampla defesa, a providência final tomada pela Comissão não é propriamente jurisdicional, ou seja, de julgar o Estado demandado pelas violações a ele imputadas. Na verdade, inicia-se uma segunda etapa do processo, dessa vez, perante a Corte IDH.

Esse procedimento bifásico foi inspirado no modelo da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que perdurou até a adoção do Protocolo n. 11.

Da mesma forma que a Comissão Interamericana atua nos dias de hoje, a extinta Comissão Europeia atuava nas fases postulatória, instrutória e conciliatória. Ao final, emitia um parecer de mérito sem força vinculante, o que exigia, então, a necessária provocação da Corte Europeia ou ainda a afetação do caso ao Comitê de Ministros, que desempenhava um papel anômalo de julgamento de violações de direitos humanos (RAMOS, 2015, p. 167).

Em 1º de novembro de 1998, o Protocolo n. 11 da Convenção Europeia de Direitos Humanos entra em vigor, com o objetivo de substituir a Comissão e a Corte Europeia – que atuavam em tempo parcial – por uma Corte Europeia de Direitos Humanos permanente. A Comissão e a Corte foram, desse modo, substituídas por uma nova Corte permanente, que tem por competência realizar o juízo de admissibilidade e de mérito dos casos que lhe são submetidos (PIOVESAN, 2014, p. 118).

As principais causas apontadas por Ramos (2015, p. 167) e Piovesan (2014, p. 118) para a reforma realizada pelo Protocolo n. 11eram a morosidade no trâmite das petições dentro desse sistema bifásico e o ingresso, após a queda do Muro de Berlim, dos países do Leste Europeu como membros da União e da Convenção Europeia.

Com relação ao primeiro fator, Piovesan (2014, p. 119-120), citando AlastairMowbray, assinala que a Corte recém-criada havia, até dezembro de 2000, proferido mais decisões (838) em seus dois nos de funcionamento que a Corte predecessora em 39 anos

de existência (837). O que revela, por si só, a amplitude que a jurisdição internacional sobre violações a direitos humanos alcançou com a supressão do sistema bifásico.

Quanto ao ingresso dos novos membros, Ramos (2015, p. 168) salienta:

> O filtro da Comissão e o papel anômalo do Comitê de Ministros protegiam obviamente os Estados europeus ocidentais. Com o ingresso dos membros ex-socialistas, não havia desejo algum de protegê-los. Pelo contrário, havia o desejo dos Estados capitalistas de estimular os indivíduos a questionarem o "entulho autoritário" do antigo bloco comunista perante a Corte de Estrasburgo. Por isso, rapidamente foram engendradas modificações na Convenção para facilitar o acesso do indivíduo ao sistema europeu de direitos humanos. Assim, mudou-se o contexto e os líderes ocidentais perceberam a obsolescência da Comissão no seio do novo papel que se esperava da Convenção Europeia de Direitos Humanos, não mais como filtro protetor de Estados Democráticos, mas como motor da transformação das sociedades outrora socialistas em sociedades capitalistas liberais.

Duas consequências paulatinas também são apontadas pelos autores.

A primeira, mencionada por Piovesan (2014, p. 120) ao citar Giovanni Bonello, diz respeito ao grande volume de petições que começaram a chegar para apreciação da Corte:

> Hoje mais de 800 milhões de pessoas têm acesso à Corte na Europa. [...] A Corte hoje é vítima de seu próprio sucesso, com estrutura e recursos insuficientes para enfrentar o volume diário de demandas – 39.000 novas demandas apenas em 2003. Enquanto, nos 45 primeiros anos de sua existência (antes da reforma de 1998), a Corte e a Comissão tinham proferido no total 38.389 julgamentos, a Corte já recebeu 61.633 casos em cinco anos.

A segunda, referida por Ramos (2015, p. 168), relaciona-se com o efeito reverso alcançado pela reforma do Protocolo n. 11. "O feitiço virou-se contra o feiticeiro". "O tiro saiu pela culatra". Os países capitalistas europeus, pretendendo permitir um maior número de demandas contra os antigos países socialistas, verificaram um aumento significativo de petições direcionadas contra si mesmos.

Os indivíduos sob a jurisdição dos próprios Estados Democráticos europeus, como Itália, França, Espanha e outros, perceberam o amplo espaço de questionamento que lhes fora dado perante a nova Corte IDH. A Itália, por exemplo, democrática e ocidental, é um dos líderes negativos do sistema, com expressivos números de ações individuais ano após ano. Assim, não só os indivíduos sob a jurisdição dos novos membros foram beneficiados, mas todos os jurisdicionados europeus (820 milhões nos dias de hoje) (RAMOS, 2015, p. 168).

O Sistema Interamericano também deve se submeter às mesmas alterações para que a internacionalização e a efetivação dos direitos humanos no continente americano possam ser plenamente alcançadas e satisfeitas em favor dos nacionais vulneráveis.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos também sofre, atualmente, com uma "crise de efetividade". Esse importante órgão da OEA conta com aproximadamente 20

advogados, equipe reduzida para a análise de aproximadamente duas mil petições por ano.

Não bastasse o reduzido efetivo que atua na Comissão, em maio de 2016, o órgão expediu um Comunicado de Imprensa[42], relatando a grave crise econômica que enfrenta. Na nota, a CIDH informa que em 31 de julho de 2016 vencem os contratos de 40% (quarenta por cento) de seus funcionários e que não conta, no momento, com fundos, nem com a expectativa de receber fundos, para poder renová-los. Por conta disso, cancelou os Períodos de Sessões nº 159 e 160, marcados para os meses de julho e outubro de 2016.

Segundo o informe, existe uma profunda discrepância entre o mandato que os Estados-membros da OEA outorgaram à CIDH na defesa dos direitos humanos e os recursos financeiros que a ela são destinados. Anualmente, o orçamento da CIDH é de 5 milhões de dólares, ou seja, menos de cinco milésimos (US$0,005) de dólar por habitante dos Estados. Enquanto 31 (trinta e um) funcionários são remunerados a partir do fundo regular da OEA, outros 47 (quarenta e sete) são remunerados por doações, que são instáveis e imprevisíveis.

Os números ainda apontam que, enquanto o Conselho Europeu destina 41,5% de seu orçamento à promoção e proteção dos direitos humanos, a OEA destina apenas 6% à CIDH.

Essa crise financeira pela qual a CIDH passa pode refletir, nos próximos anos, na efetiva proteção dos direitos humanos no Sistema Interamericano, pois o volume de petições apresentadas só tem crescido nos últimos anos.

Trazemos, para análise, as estatísticas fornecidas pela própria Comissão:

Selecciona país:

(Tudo)

CIDH Comisión Interamericana de Derechos Humanos

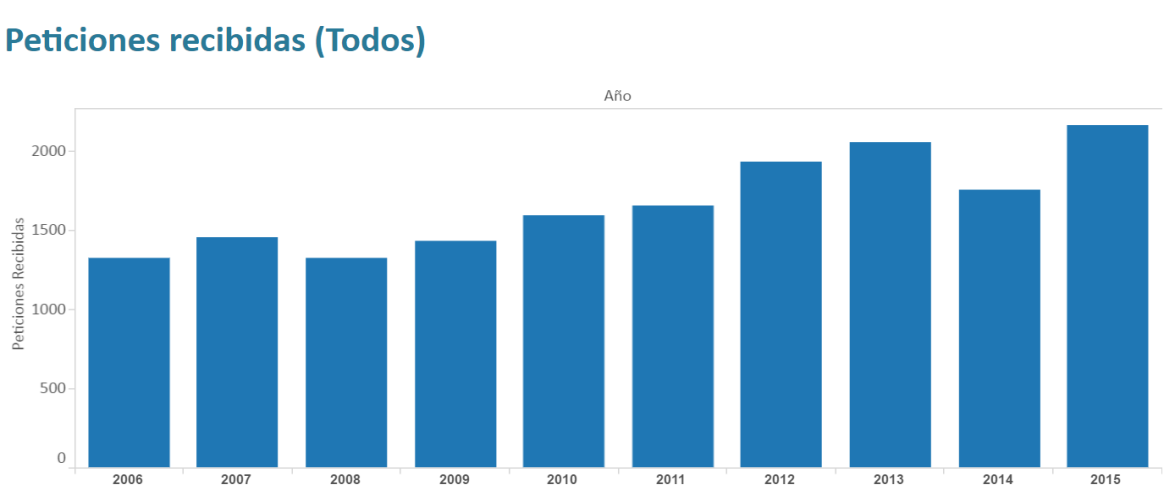
Todos

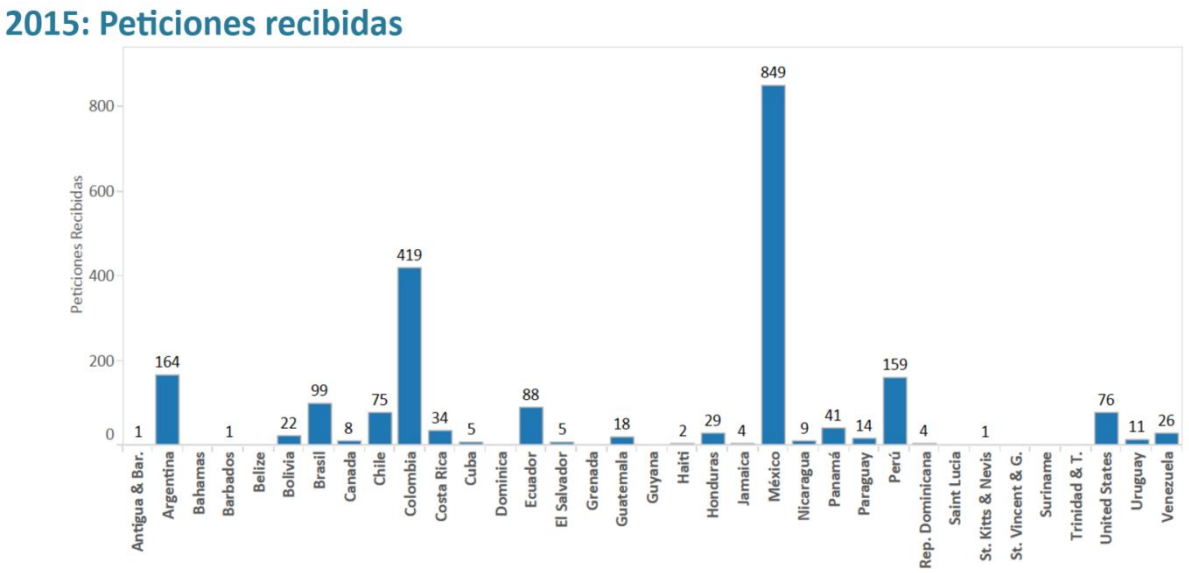
	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Peticiones recibidas	1325	1456	1323	1431	1598	1658	1936	2061	1758	2164
Peticiones pendientes de estudio inicial						6134	7208	8548	9039	9673
Pet. con decisión de no abrir a trámite	562	880	880	1395	712	789	674	613	1039	876
Pet. con decisión de abrir a trámite	147	118	118	120	276	262	137	123	284	208
Total de decisiones sobre apertura	709	998	998	1515	988	1051	811	736	1323	1084
Informes de inadmisibilidad	14	14	10	15	10	11	17	9	4	2
Informes de admisibilidad	56	51	49	62	73	66	42	44	47	42
Peticiones en admisibilidad									1379	1392
Casos en fondo									576	511
Informes de fondo publicados	8	4	7	13	4	5	1	3	3	5
Informes de solución amistosa	10	5	4	4	11	8	8	6	6	5
Peticiones y casos en trámite	1237	1251	1376	1450	1584	1645	1704	1753	1955	1903
Decisiones de archivo	27	10	0	20	55	54	42	38	29	107
Casos enviados a la Corte IDH	14	14	9	11	16	23	12	11	19	14
Solicitudes de medidas cautelares			301		375	422	448	400	504	674
Medidas cautelares otorgadas	37	40	28	34	68	57	35	26	33	45

43

[42]Comunicado de Imprensa nº 69/16, da Comissão Interamericana de Direito Humanos. Disponível em: http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/069.asp. Acessado em 23/05/2016.

[43] Disponível em: http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/estadisticas/estadisticas.html. Acessado em 09/05/2016.





Extraem-se dos gráficos o aumento crescente de demandas apresentadas perante a Comissão Interamericana, o que, consequentemente, conduz à morosidade na tramitação dos casos nas etapas de competência daquele órgão.

A lentidão do processamento dos casos desde a data da petição da vítima de violação de direitos humanos na Comissão até uma sentença definitiva da Corte Interamericana também chama a atenção. Há casos nos quais a Comissão gasta anos para se convencer sobre a existência ou não de violação de direitos humanos e, então, decidir propor uma ação de responsabilidade internacional contra o Estado pretensamente infrator na Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, por seu turno, também gasta anos para sentenciar o caso. O Caso Gomes Lund contra Brasil é retrato acabado dessa lentidão: da petição inicial até o Primeiro Informe (o chamado "Relatório 50"), a Comissão gastou inacreditáveis 13 anos (1995-2008) (RAMOS, 2015, p. 268).

Um dos maiores defensoresde grande reforma da Convenção Americana de Direitos Humanos é Cançado Trindade (2002, p. 686), que aponta para a possibilidade do acesso direito do indivíduo à Corte, como ocorreu na Europa após a entrada em vigor do Protocolo n. 11.

O risco de o Sistema Interamericano também se ver em situação de congestionamento também é grande, da mesma forma como ocorreu com o Sistema Europeu, sendo necessários maiores investimentos por parte da OEA.

Porém, só assim o sistema interamericano se apresentará como uma forma de se buscar a implementação, defesa e promoção dos direitos humanos no continente americano.

Por outro lado, essa alternativa contramajoritária desagrada vários Estados da região, que não escondem mais o desejo de vincular a conduta da Comissão tão somente à ruptura da democracia, permitindo, em contrapartida, que os Estados democráticos da região não sofram mais o crivo da Comissão. Repetem-se, com as naturais diferenças do estágio de consolidação da democracia, algumas manifestações contra a ingerência internacional dos direitos humanos (RAMOS, 2015, p. 269).

Nota-se, assim, o relevante papel que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos exerce no sistema regional de proteção. Sua atuação se mostra ainda mais preciosa quando analisada sua atuação perante a Corte Interamericana, pois, sendo o único órgão da OEA com legitimidade para apresentar casos de violações perante àquele órgão jurisdicional, incumbe à Comissão agir para a efetiva tutela dos direitos humanos das pessoas situadas no continente americano.

Vista a atuação da Comissão, passa-se à análise da própria Corte Interamericana.

3.4 Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte Interamericana de Direitos Humanos nasceu em 1978, com a entrada em vigor da Convenção Americana de Direitos Humanos. Todavia, seu funcionamento somente ocorreu, de forma definitiva, a partir de 1980, quando emitiu sua primeira opinião consultiva e, em 1897, quando proferiu sua primeira sentença.

Trata-se de um tribunal internacional supranacional, capaz de declarar a responsabilidade internacional dos Estados-partes da Convenção, que reconhecem sua competência contenciosa, por violações de direitos humanos. A Corte não pertence à OEA, mas sim à própria Convenção Americana, tendo natureza de órgão judiciário internacional (MAZZUOLI, 2011, p. 31).

A sede do órgão encontra-se em San José, capital da Costa Rica, e é formada por sete juízes, todos de nacionalidades diferentes e provenientes dos Estados-membros da OEA, eleitos a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos e que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais, ou do Estado que os propuser como candidatos. Todas essas exigências podem ser encontradas no art. 52 da CADH. Os juízes são eleitos por um período de seis anos, com possibilidade de uma recondução, devendo permanecer em suas funções até o término dos seus mandatos. Quando da submissão de um caso à Corte, é possível que o Estado demandado indique um juiz *ad hoc*, elevando, com isso, o número de juízes para oito.

A Corte detém dupla competência. Uma delas é a competência consultiva cuja aceitação decorre automaticamente da ratificação do Estado à Convenção. Por outro lado, a competência contenciosa deve ser expressamente reconhecida pelos Estados.

Este foi o meio que a Convenção Americana encontrou para fazer com que os Estados ratificassem a Convenção sem receio de serem prontamente demandados. Tratou-se de uma estratégia de política internacional que acabou dando certo, tendo o Brasil aderido à competência contenciosa da Corte em 1998, por meio do Decreto-Legislativo 89, de 3 de dezembro de 1998, segundo o qual somente poderão ser submetidas à Corte as denúncias de violações de direitos humanos ocorridas a partir do seu reconhecimento. Percebe-se, aqui, a cláusula temporal de aceite do Brasil à competência contenciosa da Corte Interamericana: somente se pode demandar o Brasil perante a Corte a partir desse reconhecimento (MAZZUOLI, 2011, p. 32-33).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem a mais ampla jurisdição em matéria consultiva, se comparada com qualquer outro Tribunal internacional. A Corte tem exercido sua jurisdição no sentido de realizar importantes contribuições conceituais no campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos (PASQUALUCCI, 2003, p. 328). Essa competência consultiva revela, por si só, o fato de a Corte atuar como intérprete último da Convenção, de modo que seus pronunciamentos, como órgão jurisdicional, são vinculantes e funcionam como verdadeira fixação, no âmbito da *common law*, de teses e precedentes a serem observados e seguidos pelos Estados-partes da OEA.

As opiniões consultivas, enquanto mecanismo com muito menor grau de confronto que os casos contenciosos, não sendo ainda limitados a fatos específicos lançados à evidência, servem para conferir expressão judicial aos princípios jurídicos. Por meio de sua jurisdição consultiva, a Corte tem contribuído para conferir uniformidade e consistência à interpretação

de previsões substantivas e procedimentais da Convenção Americana e de outros tratados de direitos humanos (PASQUALUCCI, 2003, p. 80).

A respeito da competência contenciosa da Corte, Cançado Trindade (1993, p. 33) assinala:

> Os Tribunais internacionais de direitos humanos existentes – as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos – não "substituem" os Tribunais internos, e tampouco operam como tribunais de recursos ou de cassação de decisões dos Tribunais internos. Não obstante, os atos internos dos Estados podem vir a ser objeto de exame por parte dos órgãos de supervisão internacionais, quando se trata de verificar a sua conformidade com as obrigações internacionais dos Estados em matéria de direitos humanos.

As sentenças proferidas pela Corte no exercício de sua competência contenciosa são definitivas e inapeláveis (art. 67, da CADH), sendo obrigatórias e vinculantes para os Estados que reconheceram a sua competência.

Quando a Corte declara a ocorrência de violação de direitos resguardados pela Convenção ou outros instrumentos do sistema interamericano, exige a imediata reparação do dano e impõe, se for o caso, o pagamento de justa indenização à parte lesada, sendo que, nos termos do art. 68, §§1º e 2º, da CADH, os Estados-membros se comprometem a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes, podendo a parte da sentença que determinar indenização compensatória ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado (MAZZUOLI, 2011, p. 33-34).

Em breve síntese, os casos apresentados perante a Corte são processados, *mutatis mutandi*, de maneira bastante parecida com a sistemática processual civil brasileira.

Depois da propositura da ação pela Comissão ou por outro Estado, poderá o Presidente da Corte examinar, preliminarmente, a demanda, verificando se foram ou não cumpridos todos os requisitos necessários à sua propositura, podendo solicitar ao demandante que supra eventuais lacunas em 20 dias, nos termos do art. 38, do Regulamento da Corte.

Superada essa fase de admissibilidade, procede-se à formal citação do Estado réu, bem como a intimação da Comissão Interamericana para que atue como verdadeira *custus legis*, caso não tenha sido ela quem tenha apresentado o caso.

Instaurado o contraditório, com a apresentação de exceções preliminares e contestação, é possível que as partes cheguem a uma solução amistosa da disputa, podendo a Corte homologar os termos do acordo.

Após o saneamento do feito e encerrada a fase probatória, que ocorre em audiência pública convocada pela Corte, os juízes passam à deliberação, proferindo a sentença de mérito. De lembrar que, a sentença expressa a opinião da Corte, devendo cada juiz apresentar

votos separados sobre pontos que divergirem da opinião majoritária.

Apesar da resistência do direito interno brasileiro acerca da eficácia vinculante das sentenças da Corte Interamericana, nos alinhamos à parcela da doutrina que defende ser incompatível essa postura do Estado brasileiro à luz das disposições da Convenção Americana e da jurisprudência da Corte Interamericana.

Em dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, Moacyr Miguel de Oliveira (2016, p. 135) discorre:

> 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?

E continua:

> 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. (OLIVEIRA, 2016, p. 136)

Conclui o jovem mestre:

> 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. (OLIVEIRA, 2016, p. 136)

O presente trabalho comunga integralmente das ideias defendidas na dissertação acima mencionada. Invoca-se o princípio da supremacia formal e material da Constituição do Estado brasileiro, bem como a soberania estatal, para se decidir de maneira diametralmente oposta ao que a Corte tem manifestado sobre direitos humanos. Espera-se que, com a nova composição de ministros da Suprema Corte brasileira, seja superada a jurisprudência daquele tribunal que apegou-se aos postulados da soberania e da supremacia da constituição para alocar os tratados internacionais sobre direitos humanos no patamar hierárquico de normas jurídicas de natureza supralegal.

Por fim, neste tópico, salienta-se outra valorosa contribuição da Corte no continente americano, e que se mostra como importante dado de crucial interesse para a presente dissertação.

Como salienta Pasqualucci (2003, p. 289-290):

> Os avanços da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de reparações têm sido talvez sua maior contribuição para o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Como resultado de seus julgamentos, as reparações não são mais limitadas ao pagamento de indenizações. A Corte Interamericana tem, com sucesso, condenado Estados a adotar leis que lhes permitam o devido cumprimento das obrigações internacionais. Tem ainda condenado Estados a emendar ou revogar legislação doméstica que se mostre incompatível com a Convenção Americana. A Corte tem entendido que leis, como a lei de anistia do Peru, não têm efeito jurídico, por violarem direitos internacionalmente protegidos, e as Cortes domésticas têm decidido de acordo com a jurisprudência da Corte. As decisões das Cortes domésticas podem também ser objeto das Corte Interamericana no que se refere às reparações. A Corte pode condenar um Estado a anular ou a executar uma decisão proferida por uma Corte doméstica. [...] Os Estados, em geral, cumprem as decisões da Corte em matéria de reparações.

Todavia, em que pese o cumprimento das decisões no tocante às reparações pecuniárias, no caso do Estado brasileiro, muitas das inovações legislativas necessárias para a adequação do ordenamento jurídico interno às disposições da Convenção e de outros tratados sobre direitos humanos somente foram possíveis após pronunciamentos da Corte. Este é o ponto crucial do presente trabalho: relatar e apontar quais foram as alterações legislativas praticadas no âmbito interno, adotadas após o pronunciamento da Corte. Outra questão relevante será a de apontar como são necessárias, e inúmeras as mudanças, pois, até que sejam implementadas, estará o Estado incorrendo em violações aos direitos consagrados na Convenção e em outros instrumentos normativos do Sistema Interamericano.

Antes de avançarmos para este ponto crucial, faz-se necessário, nesse momento, analisar em que consiste a responsabilidade internacional do Estado por violações a direitos humanos, capazes de ensejar uma sentença internacional declaratória de violações e,

consequentemente, condenatória em reparar os danos e adotar as medidas legislativas necessárias.

3.5 Responsabilidade internacional do Estado por violações a direitos humanos: ousadia da nomenclatura "responsabilidade convencional"

O tema responsabilidade é tratado por diversos ramos do Direito. Todos eles guardam relação entre si em razão de se debruçarem sobre a possibilidade de, por meio de regras materiais, ser possível, imputar a alguém (seja pessoa física ou jurídica) o ônus de arcar com os danos decorrentes de uma conduta que possa ser-lhe atribuída, determinando ao causador do dano o dever de reparar o mal por ele causado, seja por meio de uma indenização restaurativa ou por meio do restabelecimento da situação, com a recuperação do *status quo ante*.

Na seara do Direito Administrativo, analisa-se a responsabilidade do Estado pelos atos praticados pelos entes políticos, por seus órgãos, pelas entidades da administração indireta, por seus agentes e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos e seus respectivos agentes (art. 37, § 6º, da CF/88).

Em que pese o tema Responsabilidade Internacional ser matéria analisada pelo Direito Internacional, nota-se que, como mencionado, há muitas proximidades teóricas entre este instituto no plano internacional e no direito interno.

Segundo Mazzuoli (2014, p. 602), a tradição jurídica e a doutrina da teoria do Direito têm normalmente assinalado a necessidade de haver normas jurídicas gerais e abstratas, emanadas de uma autoridade e providas de sanção para o caso de seu descumprimento, sendo que, no campo do Direito Internacional Público, a sanção é mais elemento da eficácia do que existência do enunciado normativo convencional.

Nesse cenário, as normas internacionais detêm generalidades e abstração, emanam de uma autoridade conjunta, composta por atores internacionais juridicamente coordenados e em pé de igualdade (por força do princípio da cooperação), e ainda contêm variados meios de resposta ao descumprimento de seus comandos. Esta resposta que o Direito Internacional dá aos Estados que infringem suas regras – e que é elemento de sua eficácia como ramo jurídico – é representada fundamentalmente pelo instituto da responsabilidade internacional (MAZZUOLI, 2014, P. 602).

O conceito de responsabilidade internacional é muito mais coletivo do que individual. Quando um agente ou funcionário do Estado erra e comete violação de direito de

outrem, ou quando um tribunal interno deixa de aplicar um tratado vigente, negando eventual direito protegido por esse tratado, é o Estado ao qual o agente se encontra vinculado que responde, em princípio, pelo dano na órbita internacional.

A responsabilidade internacional do Estado figura como princípio fundamental do Direito Internacional Público, sendo corolário lógico da igualdade soberana de todos os Estados na órbita internacional (MAZZUOLI, 2014, p. 603).

Como instituto clássico do Direito Internacional, a responsabilidade internacional dos Estados, inicialmente, se vinculava, tão somente, à análise dos danos causados pela conduta de um Estado em detrimento de outro.

Para Dell'Olmo (2002, p. 130), a responsabilidade internacional do Estado é o vínculo jurídico que se forma entre o Estado que transgrediu uma norma de Direito Internacional e o Estado lesado, visando ao ressarcimento desse dano.

Segundo Mazzuoli (2014, p. 604), a responsabilidade internacional do Estado é o instituto jurídico que visa responsabilizar determinado Estado pela prática de um ato atentatório (ilícito) ao Direito Internacional perpetrado contra os direitos ou a dignidade de outro Estado, prevendo certa reparação a este último pelos prejuízos e gravames que injustamente sofreu.

Apesar de ser possível, também, a responsabilização internacional das organizações internacionais (como a ONU, a OEA, a UE, entre outras), o presente trabalho restringir-se-á a tratar do tema tão somente em relação aos Estados.

A primeira observação, que pode ser extraída das definições acima apresentadas, é que a responsabilidade internacional do Estado, conforme será analisado, decorre de obrigações extracontratuais, mas diretamente relacionadas com seus atos (comissivos ou omissivos) que se esperava ou não serem cometidos por eles.

Ademais, tem-se que o instituto da responsabilidade internacional tem dupla finalidade: a) visa, em primeiro lugar, coagir psicologicamente os Estados a fim de que os mesmos não deixem de cumprir com os seus compromissos internacionais (finalidade preventiva); e b) em segundo plano, visa atribuir àquele Estado que sofreu um prejuízo, em decorrência de um ato ilícito cometido por outro, uma justa e devida reparação (finalidade repressiva). Trata-se de um corolário ou consequência lógica do princípio da igualdade jurídica, uma vez que existe única e exclusivamente em função dela. Significa, ademais, que os Estados têm limites de atuação no plano internacional, não podendo agir de forma leviana, a seu alvedrio e a seu talante, prejudicando terceiros e trazendo desequilíbrio para as relações pacíficas entre os Estados (MAZZUOLI, 2014, p. 605).

Logo, tem-se que o fundamento da responsabilidade internacional compõe-se de dois pilares: o dever de cumprir as obrigações internacionais livremente avençadas e a obrigação de não causar dano a outrem. A responsabilidade internacional visa, portanto, a contribuir para a aplicação prática das normas internacionais e a promover a eventual reparação dos prejuízos sofridos pelos sujeitos de Direito Internacional (PORTELA, 2015, p. 380).

Com relação à natureza jurídica da responsabilidade internacional, e aqui o instituto muito se aproxima da responsabilidade civil do Estado estudada no Direito Administrativo, há três teorias que buscam explica-la, segundo as lições de Portela (2015, p. 380-381).

A teoria subjetivista, ou "teoria da culpa", formulada por Grócio, leva em conta a conduta do Estado para definir sua eventual responsabilização, entendendo que, para que se configure a responsabilidade internacional, não basta a mera configuração do ilícito, exigindo-se, também, que haja dolo ou culpa na ação ou omissão do sujeito de Direito das Gentes.

A teoria objetivista, ou teoria do risco, defende que a responsabilidade internacional emerge a partir da mera ocorrência de um dano que seja diretamente decorrente da violação de uma norma internacional, não levando em consideração o dolo, a culpa ou qualquer outro motivo pelo qual o sujeito de Direito Internacional violou o preceito. Para a teoria objetivista, exige-se meramente o nexo causal entre o ato ilícito e a lesão daí decorrente.

O principal expoente da teoria do risco, no Brasil, é Francisco Rezek (2011, p. 316), que assim emite sua defesa em favor da teoria:

> Não se investiga, para afirmar a responsabilidade do Estado ou da organização internacional por um ato ilícito, a culpa subjetiva: é bastante que tenha havido afronta a uma norma de direito das gentes, e que daí tenha resultado dano para outro Estado ou organização. Muitos são os casos em que a falta consiste apenas na insuficiência de zelo ou diligência no tocante à preservação da ordem pública (daí resultando injúria sobre pessoas ou bens estrangeiros), ou à garantia de segurança em áreas pelas quais o Estado é responsável, como seu mar territorial. Igualmente certo, contudo, é que não se admite em direito das gentes uma responsabilidade objetiva, exceto em casos especiais e tópicos, disciplinados por convenções recentes.

Como visto, para os defensores da teoria do risco, não cabe perquirir a culpa subjetiva para que se apure a responsabilidade internacional de um ente estatal, bastando a "afronta a uma norma de direito das gentes, e que daí tenha resultado dano para outro Estado ou organização". Essa teoria, todavia, somente é empregada no tocante à reponsabilidade por atos lícitos, ligados, por exemplo, à exploração espacial, ao emprego da energia nuclear e à proteção do meio ambiente.

Por fim, a teoria mista, entende que, quando houver omissão do Estado, deve ser verificada a existência de culpa, na modalidade de negligência, para que se configure a responsabilidade internacional. Por outro lado, nos atos comissivos dos entes estatais e

organismos intergovernamentais, basta haver um liame entre a conduta e o prejuízo.

Uma das principais características da responsabilidade internacional é a sua institucionalidade, ou seja, os Estados e as organizações internacionais assumem a responsabilidade pelos atos de seus funcionários, bem como de particulares para os quais tenham concorrido.

A finalidade da responsabilização internacional do Estado, como supracitado, é de buscar uma reparação por um prejuízo causado, não havendo, portanto, caráter punitivo. Na seara penal, relacionada com os crimes de guerra, atualmente, tem-se o Tribunal Penal Internacional e o Estatuto de Roma, que o criou com essa finalidade, mas que busca, na verdade, a responsabilização individual, e não a coletiva.

Antes de avançarmos, devemos lembrar que a responsabilidade pode ser por atos positivos (comissivos), quando decorrer da prática de um ato convencionalmente ilícito, ou por atos negativos (omissivos), quando o Estado deixar de cumprir uma obrigação com a qual tenha se comprometido internacionalmente. Pode ser, também, convencional, quando resultar da violação de um tratado, ou delituosa, quando é consequência da transgressão de um costume.

Por conta disso é que ousamos intitular, tanto o trabalho quanto o presente tópico, com a expressão "responsabilidade convencional", para nos referirmos à obrigação internacional do Estado violador de um tratado internacional.

Por fim, como última classificação do instituto, tem-se que a responsabilidade pode ser direta, quando emergir de atos do governo do Estado, de seus órgãos, de seus funcionários ou de particulares que exercem atividades imputáveis ao ente estatal. Por outro lado, pode ser indireta, quando o ilícito for cometido por entes que o Estado represente na ordem internacional, como os entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), ou ainda, que resultem de violações das próprias normas de Direito interno (PORTELA, 2015, p. 386).

Como visto até o momento, estamos tratando do instituto da responsabilidade internacional do Estado em relação aos seus atos praticados em detrimento de outro Estado. No entanto, o escopo principal deste trabalho é analisar a responsabilidade convencional do Estado por violações a direitos humanos, o que se afasta um pouco do instituto clássico do Direito Internacional e passa a fazer parte do Direito Internacional dos Direitos Humanos, pois este ramo jurídico se preocupa com os atos que violam os direitos mais basilares dos indivíduos que se encontram sob a jurisdição do Estado, sejam esses indivíduos nacionais ou alienígenas.

Nesse sentido, tradicionalmente, a regra geral era de que o instituto da responsabilidade internacional não se referia diretamente ao indivíduo, o qual, em caso de dano sofrido em decorrência do descumprimento de norma internacional, podia, no máximo, recorrer ao Estado do qual é nacional, por meio do instituto da proteção diplomática. Entretanto, já há possibilidades de a pessoa humana responsabilizar diretamente o ente estatal na ordem internacional. É o caso dos mecanismos existentes dentro da União Europeia e da Organização dos Estados Americanos (OEA), que permitem que indivíduos pleiteiem as devidas reparações pelo descumprimento, por parte dos Estados, das normas internacionais de direitos humanos (PORTELA, 2015, p. 381).

No caso, essa é a responsabilidade convencional dos Estados por violações a direitos humanos.

Os elementos clássicos que compõem o instituto da responsabilidade estão também presentes nesse instituto do Direito Internacional dos Direitos Humanos: a conduta (comissiva ou omissiva), o dano (material ou moral) e o nexo de causalidade (ou imputação, segundo a doutrina internacionalista). Para haver responsabilidade, portanto, à luz da teoria mista (com a qual nos filiamos), devem estar presentes esses três elementos, sendo que a culpa, na modalidade negligência, só deve ser perquirida nos casos de condutas omissivas imputadas ao Estado e que gerem dano passível de indenização.

Destarte, caso nenhum desses elementos reste comprovado, estará, de plano, afastada a responsabilidade do Estado.

Nesse cenário, deve-se analisar se as causas excludentes e atenuantes da responsabilidade estatal são aplicáveis tanto em relação à responsabilidade internacional clássica quanto à responsabilidade convencional por violações a direitos humanos.

A nosso ver, os institutos da legítima defesa e da represália são aplicáveis tão somente à responsabilidade internacional clássica.

O primeiro consiste na reação a um ataque armado, real ou iminente, que exclui a responsabilidade internacional, não sendo ilícito, pois visa a garantir a integridade e a soberania do Estado, resguardando, portanto, um direito fundamental do ente estatal, além de ser expressamente permitida pela própria Carta da ONU (art. 51). A legítima defesa tem uma função protetora, punitiva e reparadora, estando voltado a interromper o ataque, a punir o agressor e a reparar o dano causado, devendo, no entanto, ser proporcional à agressão ou ao perigo e praticados apenas até que o Conselho de Segurança tome as medidas necessárias para a manutenção ou restauração da paz (PORTELA, 2015, p 387).

O segundo configura uma retaliação a um ato ilícito praticado por outro Estado. Em

regra, não é permitida pelo Direito Internacional, mas é admissível quando é uma reposta à violação de normas internacionais por parte de outro ente estatal, devendo, ainda, ser uma resposta proporcional a um dano causado (PORTELA, 2015, p. 388).

Logo, não há que se falar em exclusão ou atenuação da responsabilidade convencional por violações de direitos humanos por atos de legítima defesa ou de represália. Tampouco é possível defender a invocação do estado de necessidade, pois nenhuma forma de sacrifício do direito convencional do indivíduo justifica a salvação de bem jurídico próprio do Estado.

Aplica-se, no entanto, a excludente da prescrição, que é a perda do direito de o Estado de reclamar a reparação de um dano decorrente de ato ilícito de outro sujeito de Direito Internacional, cuja origem reside na inércia do ente prejudicado em agir e deve ser regulada por tratado. No caso das violações a direitos previstos na Convenção Americana, como mencionado anteriormente, há um prazo prescricional de 06 (seis) meses expressamente previsto no art. 46, "b". Transcorrido esse lapso, verifica-se a exclusão da responsabilidade convencional, por ausência de um dos critérios processuais de admissibilidade.

Por sua vez, a incidência de força maior, caso fortuito ou perigo extremo, ou seja, o perigo de vida de pessoas que estão sob a guarda do Estado, em que pesem afastar a responsabilidade internacional clássica, não podem servir como excludentes ou atenuantes da responsabilidade convencional por violações a direitos humanos.

Por fim, como já tratado em outros tópicos do presente trabalho, não constitui causa excludente da responsabilidade internacional clássica, tampouco da responsabilidade convencional por violações de direitos humanos, a invocação da incompatibilidade das normas internacionais com o Direito interno, nos termos do art. 27, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

Cabe mencionar que a ONU aprovou, por meio da Resolução 56/83, de 12 de dezembro de 2001, o Esboço de Artigos sobre a Responsabilidade de Estados por Atos Ilícitos Internacionais (*Draft ArticlesontheResponsibility of States for InternationallyWrongfulActs*), cujo objetivo é determinar as normas escritas de Direito Internacional acerca do tema da responsabilidade internacional. Todavia, por ser apenas uma Resolução da Assembleia Geral, não é dotado de eficácia vinculante, configurando como um documento de *soft law*, cujas características foram oportunamente mencionadas neste trabalho.

Devidamente analisado o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o instituto da Responsabilidade Convencional por violações a direitos humanos, é possível verificar como o Direito Internacional dos Direitos Humanos, na perspectiva de internacionalização da

proteção a esses direitos, atua na defesa dos indivíduos que se encontram sob a jurisdição dos Estados.

Faz-se necessário, nesse momento, analisar quais são as responsabilidades internas do Estado na implementação, defesa e promoção dos direitos humanos, a fim de que as obrigações convencionais contraídas sejam plenamente observadas, de modo a garantir o gozo integral dos direitos mais basilares dos indivíduos, sem que os Estados os violem por atos comissivos ou omissivos.

4.IMPLEMENTAÇÃO, PROMOÇÃO E DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS PELO ESTADO BRASILEIRO

Até o momento, no presente trabalho, objetivou-se apresentar os fundamentos e a evolução dos direitos humanos, bem como o funcionamento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, do qual a República Federativa do Brasil faz parte, por ser membro da Organização dos Estados Americanos, por sua adesão à Convenção Americana de Direitos Humanos e pelo reconhecimento da competência jurisdicional contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nesse momento, em avançado estado de imersão analítica e científica, inicia-se o aprofundamento vertical do tema proposto, de modo que, a partir de todo o arcabouço de informações e reflexões até o momento empreendidas, pode-se demonstrar como a implementação, a promoção e a defesa dos direitos humanos pelo Estado brasileiro ocorre.

Por ser a academia o espaço adequado para análises perfunctórias, não nos eximiremos de esmiuçar o objetivo principal deste trabalho, que é o de apresentar como o Estado brasileiro cumpre, parcialmente, com as obrigações internacionalmente contraídas.

Não se pode negar que o Estado brasileiro apresenta um aparato institucional especificamente voltado à proteção dos direitos humanos. No entanto, verificar-se-á que muitas das medidas adotadas ainda se mostram insuficientes e, até mesmo, contrárias às recomendações internacionais existentes.

No presente capítulo, apresentaremos como o Brasil se estrutura para zelar pelo fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), para observar os objetivos fundamentais (art. 3º, CF/88), consistentes na construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I), garantindo o desenvolvimento nacional (inciso II), erradicando a pobreza e a marginalização e reduzindo as desigualdades sociais e regionais (inciso III), bem como promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV). Da mesma forma, como, à luz dos princípios que regem suas relações internacionais (art. 4º, CF/88), a República Federativa do Brasil garante a prevalência dos direitos humanos.

4.1 Implementação das obrigações internacionais

A implementação das obrigações internacionais, como já mencionado em tópicos anteriores, decorre de previsões expressas contidas no bojo dos tratados internacionais sobre

direitos humanos com os quais o Brasil se compromete.

No caso da Convenção Americana, seu artigo 2º, traz, sob o título "Dever de adotar disposições de direito interno", a seguinte obrigação:

> 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.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, também em seu artigo 2.2, enuncia:

> 2. Na ausência de medidas legislativas ou de outra natureza destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto, os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a tomar as providências necessárias com vistas a adotá-las, levando em consideração seus respectivos procedimentos constitucionais e as disposições do presente Pacto.

No bojo do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, tem-se:

> 1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também conhecida como "Convenção de Belém do Pará", estatui:

> **CAPÍTULO III**
> **DEVERES DOS ESTADOS**
> **Artigo 7**
> Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em:
> a.abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar por que as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicos ajam de conformidade com essa obrigação;
> b. agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher;
> c.incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis;
> d.adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade;
> e. tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher;
> f estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso

> a tais processos;
> g.estabelecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher sujeitada a violência tenha efetivo acesso a restituição, reparação do dano e outros meios de compensação justos e eficazes;
> h.adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias à vigência desta Convenção.
>
> **Artigo 8**
> Os Estados Partes convêm em adotar, progressivamente, medidas específicas, inclusive programas destinados a:
> a.promover o conhecimento e a observância do direito da mulher a uma vida livre de violência e o direito da mulher a que se respeitem e protejam seus direitos humanos;
> b.modificar os padrões sociais e culturais de conduta de homens e mulheres, inclusive a formulação de programas formais e não formais adequados a todos os níveis do processo educacional, a fim de combater preconceitos e costumes e todas as outras práticas baseadas na premissa da inferioridade ou superioridade de qualquer dos gêneros ou nos papéis estereotipados para o homem e a mulher, que legitimem ou exacerbem a violência contra a mulher;
> c.promover a educação e treinamento de todo o pessoal judiciário e policial e demais funcionários responsáveis pela aplicação da lei, bem como do pessoal encarregado da implementação de políticas de prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher;
> d.prestar serviços especializados apropriados à mulher sujeitada a violência, por intermédio de entidades dos setores público e privado, inclusive abrigos, serviços de orientação familiar, quando for o caso, e atendimento e custódia dos menores afetados;
> e.promover e apoiar programas de educação governamentais e privados, destinados a conscientizar o público para os problemas da violência contra a mulher, recursos jurídicos e reparação relacionados com essa violência;
> f.proporcionar à mulher sujeitada a violência acesso a programas eficazes de reabilitação e treinamento que lhe permitam participar plenamente da vida pública, privada e social;
> g.incentivar os meios de comunicação a que formulem diretrizes adequadas de divulgação, que contribuam para a erradicação da violência contra a mulher em todas as suas formas e enalteçam o respeito pela dignidade da mulher;
> h.assegurar a pesquisa e coleta de estatísticas e outras informações relevantes concernentes às causas, consequências e frequência da violência contra a mulher, a fim de avaliar a eficiência das medidas tomadas para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como formular e implementar as mudanças necessárias; e
> i.promover a cooperação internacional para o intercâmbio de ideias e experiências, bem como a execução de programas destinados à proteção da mulher sujeitada a violência.

A Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, também prevê:

> Artigo 2º - Cada Estado tomará medidas eficazes de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de outra natureza, a fim de impedir a prática de atos de tortura em qualquer território sob sua jurisdição.

Em suma, se não todos, a grande maioria dos tratados internacionais sobre direitos humanos exigem que, para seu fiel cumprimento, sejam implementadas as medidas legislativas, administrativas e de outras naturezas, dentro do ordenamento jurídico doméstico, sob pena de violação direta de suas disposições e consequente violação reflexa do dispositivo convencional que determina correspondente implementação.

A partir disso, devemos analisar cada uma das funções componentes do Estado e como a responsabilidade de implementação, promoção e defesa dos direitos humanos recai sobre cada uma delas.

4.2 Papel do Legislativo

Como função do Estado, o Poder Legislativo é aquele que representa o maior espaço democrático para a discussão de matérias atinentes à implementação dos direitos humanos, como prezam os tratados internacionais sobre o tema.

No modelo de Estado da República Federativa do Brasil, o bicameralismo estabelecido pela presença de uma Câmara dos Deputados (que representa o povo) e de um Senado da República (que representa os estados da federação) exige a conjugação das vontades desses dois palcos de representatividade para que haja a institucionalização de normas de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio.

Não bastasse a atuação no plano infraconstitucional, por determinação constitucional, o poder constituinte derivado reformador é exercido, também, pelas duas casas do Congresso Nacional.

Assim é que, se necessárias alterações legislativas ou constitucionais, a adequação do ordenamento jurídico brasileiro, obrigatoriamente, deve passar pelo Legislativo. Nos planos dos estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios, também as Assembleias Legislativas, a Câmara Legislativa e as Câmaras Municipais exercem essencial função na adequação a que se obrigou o Estado no plano internacional.

Os membros do Legislativo brasileiro devem ter a consciência desse importante e específico papel. Isso porque a responsabilização internacional do Estado por ato do legislador ocorre quando o Estado falha esta tarefa de impor o disposto no tratado internacional, mesmo quando em choque com os comandos legais internos (RAMOS, 2015, p. 402).

No plano europeu, há precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre este ponto.

Após diversas condenações de Estados por ato legislativo, vem a Corte Europeia se debruçando sobre as dificuldades internas de implementação destas decisões.

No caso *Marckx vs. Bélgica* (CEDH, 1979), o Estado foi responsabilizado por ato legislativo violatório da Convenção Europeia. Anos depois, no caso *Vermeire* (CEDH, 1991), contra o mesmo Estado belga, a Corte decidiu que a Bélgica continuava violando a Convenção, ao não proceder a modificação em sua legislação, após o que havia sido decidido

no caso *Marckx*. Assim, a Corte decidiu que o Estado não pode continuar a violar suas obrigações internacionais, enquanto espera alterações legislativas internas. A Bélgica alegou, em sua defesa, ser impossível interferir no processo legislativo, porquanto ser tarefa exclusiva do Legislativo. Todavia, a Corte não aceitou tais escusas, pois, como visto, no campo do Direito Internacional, o Estado é uno e responde por atos ou omissões de todas as funções do Poder (RAMOS, 2015, p. 403).

No caso *X e Y vs. Holanda* (CEDH, 1985), como consequência da condenação do Estado, foi adotada uma nova legislação holandesa, que modificou o Código Penal, permitindo a um portador de deficiência mental de representar criminalmente (por meio de seu representante legal) seu ofensor sexual. O caso *Dudgeonvs. Reino Unido* (CEDH, 1981) também levou a uma modificação legislativa.

No sistema Interamericano, há também vários precedentes sobre a necessária implementação legislativa necessária por parte dos Estados. No caso *Tamayo vs. Peru* (Corte IDH, 1998), a Corte Interamericana decidiu que eram incompatíveis com a Convenção os decretos-leis peruanos tipificadores dos crimes de traição e terrorismo, por ofensa ao artigo 8.4 do Pacto de San José, que impede que o acusado, absolvido por sentença transitada em julgado, seja submetido a novo processo pelos mesmos fatos (princípio do *ne bis in idem*). Nesse caso, a Corte determinou, como forma de reparação, o dever do Peru de tomar todas as medidas internas necessárias para que os Decretos-leis nº 25.475 (crime de terrorismo) e 25.659 (crime de traição) se submetessem aos comandos da Convenção Americana, em especial ao disposto no art. 8.4.

Ou seja, a partir de um caso concreto, a Corte estipulou medidas genéricas de reforma legislativa interna. E mais, a Corte estipulou o curto prazo de seis meses para que esta forma de reparação fosse efetivada (RAMOS, 2015, p. 404).

Salienta-se que a implementação dos direitos humanos pode adotar a forma positiva ou negativa no direito doméstico. A forma positiva se apresenta quando o Estado deve criar uma nova legislação. Por outro lado, a forma negativa ocorre quando é necessária a revogação de um enunciado normativo interno que gera violações.

Assim, a adequação pode ser feita através da revogação pura e simples da lei violadora ou através da interpretação conforme o texto convencional, admitindo-se a permanência do diploma normativo interno impugnado, desde que interpretado de modo conforme as normas internacionais de direitos humanos (RAMOS, 2015, p. 404).

Além dessa atuação típica do Legislativo, também se deve apontar seu papel no chamado controle de convencionalidade.

Este controle, que será devidamente analisado quando da abordagem sobre o Poder Judiciário, exige que, durante o processo legislativo, seja feita a análise preventiva das leis.

Dessa forma, deve o Congresso verificar a constitucionalidade e a convencionalidade das normas que tramitam perante as suas duas Casas, devendo rejeitar os projetos de leis inconvencionais, ainda que guardem compatibilidade com a Constituição (quando esta é menos benéfica que o tratado em causa) (MAZZUOLI, 2013, p. 188).

Mas, apesar das disposições nos tratados internacionais que exigem a implementação dos direitos humanos, de forma a adequar o ordenamento jurídico interno com as obrigações internacionais, o componente democrático do Poder Legislativo é, de certa forma, respeitado pelas cortes internacionais.

Dentre os princípios de interpretação dos direitos humanos, a Corte Europeia de Direitos Humanos desenvolveu a chamada "Teoria da Margem de Apreciação", que consiste num espaço de discricionariedade que os Estados-partes de um tratado internacional dispõem para determinar o conteúdo e o alcance dos direitos humanos para a sua proteção, a partir de considerações de ordem jurídica, social e cultural.

O fundamento dessa teoria não se encontra no texto da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, pois aquela se apresenta como um instrumento interpretativo que parte da ideia de que um direito não pode ser analisado em abstrato, omitindo-se os marcos culturais e econômicos que o circundam. Ao contrário, segundo essa teoria, existem condições materiais e sociais cujo desconhecimento ou desprezo afastariam a realidade ou a vigência de um regime de direitos humanos (SAGÜES, 2003, p. 219).

Por meio da margem de apreciação, reafirma-se o caráter subsidiário da atuação dos mecanismos internacionais de proteção de direitos humanos. Isso decorre do fato de as autoridades dos Estados se encontrarem em posição melhor do que aquela do Tribunal Internacional para se pronunciar sobre a forma de aplicação do Tratado, assim como sobre seu conteúdo e sobre a necessidade de restringir algum direito.

Nesse sentido, no caso *Handyside v. United Kingdom*[44], a Corte Europeia assim se pronunciou:

> 48. O Tribunal salienta que o mecanismo de proteção instituído pela Convenção é subsidiário dos sistemas nacionais de salvaguarda dos direitos humanos (acórdão de 23 de Julho de 1968 sobre o mérito do processo "Linguística belga", série A n ° 6, p., Parágrafo 10 *in fine*). A Convenção deixa a cada Estado Contratante, em primeiro lugar, a tarefa de assegurar os direitos e liberdades que consagra. As instituições por ela criadas contribuem pessoalmente para essa tarefa, mas apenas se envolvem em processos contenciosos e uma vez esgotados todos os recursos internos (artigo 26.º)

[44]*Handyside v. United Kingdom*, Judgement of 7 December 1976, §48.

> Estas observações aplicam - se, nomeadamente, ao artigo 10. 2 (artigo 10-2). Em particular, não é possível encontrar no direito interno dos vários Estados contratantes uma concepção europeia uniforme da moral. O ponto de vista de suas respectivas leis sobre as exigências morais varia de tempos em tempos e de lugar para lugar, especialmente em nossa era, que se caracteriza por uma rápida e abrangente evolução das opiniões sobre o assunto. Em virtude do seu contato direto e contínuo com as forças vitais dos seus países, as autoridades do Estado estão, em princípio, em melhor posição do que o juiz internacional para emitir parecer sobre o conteúdo exato dessas exigências, bem como sobre a "necessidade" de uma "Restrição" ou "penalidade" para atendê-los. A este respeito, o Tribunal observa que, embora o adjetivo "necessário", na acepção do artigo 10, n. 2 (artigo 10-2), não é sinônimo de "indispensável" (ver artigos 2, parágrafo 2 (artigo 2-2) e 6, parágrafo 1 (artigo 6-1), as palavras "absolutamente necessário "e" estritamente necessário"e, no n.º 1 do artigo 15.º (n.º 1 do artigo 15.º), a expressão"na medida estritamente exigida pelas exigências da situação") não tem a flexibilidade de expressões como"Admissível","ordinário"(artigo 4.º, n.º 3) (artigo 4.º-3.º),"útil"(P1-1), "Razoável" (ver artigos 5.º, n.º 3, e 6.º, n.º 1) (artigo n.º 5-3, artigo 6.º-1) ou "desejável". No entanto, incumbe às autoridades nacionais fazer a avaliação inicial da realidade da urgente necessidade social implicada pela noção de "necessidade" neste contexto. Consequentemente, o artigo 10, n. 2 (artigo 10-2) deixa aos Estados Contratantes uma margem de apreciação. Esta margem é dada tanto ao legislador nacional ("prescrito pela lei") como aos órgãos, judiciais entre outros, que são chamados a interpretar e aplicar as leis em vigor (acórdão Engel e outros de 8 de Junho de 1976, série A, n. (Ver art. 8-2), o acórdão De Wilde, Ooms e Versyp, de 18 de Junho de 1971, série A n.º 12, pp. 45-46, parágrafo 93, e o acórdão Golder, de 21 de Fevereiro de 1975, série A, n.º 18, pp. 21-22, n.º 45).[45]

De acordo com a Corte Europeia, os Estados têm uma margem de atuação que supõe intervir sobre o direito em questão até o ponto em que o Estado considere necessário, mas deixando essa intervenção e valoração sob o controle europeu baseado nos *standards*de proporcionalidade e razoabilidade. Nesse sentido:

---

[45] Tradução livre do autor a partir do original: 48. The Court points out that the machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights (judgment of 23 July 1968 on the merits of the "Belgian Linguistic" case, Series A no. 6, p. 35, para. 10 in fine). The Convention leaves to each Contracting State, in the first place, the task of securing the rights and liberties it enshrines. The institutions created by it make their own contribution to this task but they become involved only through contentious proceedings and once all domestic remedies have been exhausted (Article 26) (art. 26).
These observations apply, notably, to Article 10 para. 2 (art. 10-2). In particular, it is not possible to find in the domestic law of the various Contracting States a uniform European conception of morals. The view taken by their respective laws of the requirements of morals varies from time to time and from place to place, especially in our era which is characterised by a rapid and far-reaching evolution of opinions on the subject. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the "necessity" of a "restriction" or "penalty" intended to meet them. The Court notes at this juncture that, whilst the adjective "necessary", within the meaning of Article 10 para. 2 (art. 10-2), is not synonymous with "indispensable" (cf., in Articles 2 para. 2 (art. 2-2) and 6 para. 1 (art. 6-1), the words "absolutely necessary" and "strictly necessary" and, in Article 15 para. 1 (art. 15-1), the phrase "to the extent strictly required by the exigencies of the situation"), neither has it the flexibility of such expressions as "admissible", "ordinary" (cf. Article 4 para. 3) (art. 4-3), "useful" (cf. the French text of the first paragraph of Article 1 of Protocol No. 1) (P1-1), "reasonable" (cf. Articles 5 para. 3 and 6 para. 1) (art. 5-3, art. 6-1) or "desirable". Nevertheless, it is for the national authorities to make the initial assessment of the reality of the pressing social need implied by the notion of "necessity" in this context.Consequently, Article 10 para. 2 (art. 10-2) leaves to the Contracting States a margin of appreciation. This margin is given both to the domestic legislator ("prescribed by law") and to the bodies, judicial amongst others, that are called upon to interpret and apply the laws in force (Engel and others judgment of 8 June 1976, Series A no. 22, pp. 41-42, para. 100; cf., for Article 8 para. 2 (art. 8-2), De Wilde, Ooms and Versyp judgment of 18 June 1971, Series A no. 12, pp. 45-46, para. 93, and the Golder judgment of 21 February 1975, Series A no. 18, pp. 21-22, para. 45).

> 84. De acordo com a sua jurisprudência constante, a Corte deixa aos Estados partes na Convenção uma certa margem de apreciação para decidir se e em que medida é necessária uma interferência. Esta margem de apreciação caminha de mãos dadas com a supervisão europeia, abrangendo tanto a lei como as decisões que a aplicam. Compete à Corte verificar se as medidas tomadas a nível nacional são justificadas em princípio e proporcionais (v. Acórdão Leyla Şahin, já referido, § 110, Bayatyan, já referido, § 121-122, e Manoussakis, já referido, § 44). Quando, relativamente ao primeiro e ao quarto requerentes, os atos imputados forem efetuados por empresas privadas e não sejam, por conseguinte, diretamente imputáveis ao Estado demandado, a Corte deve examinar as questões em termos da obrigação positiva das autoridades do Estado de assegurar a (V., Mutatis mutandis, Palomo Sánchez e outros contra Espanha [GC], nos 28955/06, 28957/06, 28959/06 e 28964/06, §§ 58-61, CEDH de 2011, ver também o acórdão Otto-Preminger-Institut / Áustria, de 25 de Novembro de 1994, série A, n.º 295, § 47). Embora a fronteira entre as obrigações positivas e negativas do Estado ao abrigo da Convenção não se preste a uma definição precisa, os princípios aplicáveis são, no entanto, semelhantes. Em ambos os contextos, há que ter em conta, nomeadamente, o equilíbrio justo entre os interesses concorrentes do indivíduo e da comunidade no seu conjunto, sujeito, de qualquer modo, à margem de apreciação de que o Estado dispõe (ver Palomo Sánchez E outros, já referido, § 62).[46]

A própria Corte Europeia reconhece que os Estados conhecem mais suas sociedades e as vicissitudes perante as quais as medidas eleitas podem responder em benefício do interesse público.

Para se compreender a teoria da margem de apreciação, deve-se lembrar que o Sistema Europeu se baseia na busca de uma ordem europeia comum. Na construção dessa ordem, parte-se da premissa de que as diversidades culturais, sociais e jurídicas devem ser respeitadas. Ademais, a falta de consenso sobre alguns temas entre os Estados têm levado a Corte Europeia a ampliar a margem de apreciação.

No Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), tampouco apresenta previsão expressa sobre a teoria da margem de apreciação.

No entanto, na mesma esteira que a Convenção Europeia, a Convenção Americana cria bases relativamente homogêneas entre os Estados que dela fazem parte, pois, apesar das

---

[46]*Case Eweida and others v. United Kingdom*.Judgment of 15 January 2013. § 84. Tradução livre do autor a partir do original: 84. According to its settled case-law, the Court leaves to the States party to the Convention a certain margin of appreciation in deciding whether and to what extent an interference is necessary. This margin of appreciation goes hand in hand with European supervision embracing both the law and the decisions applying it. The Court's task is to determine whether the measures taken at national level were justified in principle and proportionate (see *Leyla Şahin*, cited above, § 110; *Bayatyan*, cited above, §§ 121-122; *Manoussakis*, cited above, § 44). Where, as for the first and fourth applicants, the acts complained of were carried out by private companies and were not therefore directly attributable to the respondent State, the Court must consider the issues in terms of the positive obligation on the State authorities to secure the rights under Article 9 to those within their jurisdiction (see, *mutatis mutandis*, *Palomo Sánchez and Others v. Spain* [GC], nos. 28955/06, 28957/06, 28959/06 and 28964/06, §§ 58-61, ECHR 2011; see also *Otto-Preminger-Institut v. Austria* judgment of 25 November 1994, Series A no. 295, § 47). Whilst the boundary between the State's positive and negative obligations under the Convention does not lend itself to precise definition, the applicable principles are, nonetheless, similar. In both contexts regard must be had in particular to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole, subject in any event to the margin of appreciation enjoyed by the State (see *Palomo Sánchez and Others*, cited above, § 62).

diferenças, compartilham elementos que identificam qualquer Estado democrático e republicano.

Mesmo com os pontos de contato que possuem entre si, dentro do Sistema Interamericano, cada Estado atua para responder às suas realidades, buscando proteger os direitos humanos da forma que julgam melhor.

Como salientado, a Teoria da Margem de Apreciação favorece a atuação dos Estados em relação às tensões geradas por realidades jurídico-sociais. Ela parte da ideia de que toda sociedade retém para si o espaço para resolver conflitos que são inerentes entre os direitos e os interesses nacionais ou entre as divergências morais existentes (CONTRERAS, 2012, p. 32).

Nesse contexto, tem-se um conflito existente entre a tendência universalista dos direitos humanos como posições morais com pretensões universais e o relativismo moral que de uma maneira ou de outra define uma determinada comunidade política (BENVENISTI, 1999, p. 843-844).

Diante da impossibilidade de uma solução absoluta para esse embate entre universalismo e relativismo, a teoria da margem de apreciação se apresenta como um espaço ou uma válvula de escape, por meio da qual se atribui determinado peso à posição estatal em relação à apreciação do interesse nacional preponderante que influencia na interpretação, delimitação, restrição e proteção de um direito previsto no tratado internacional.

A teoria, então, se revela como uma discricionariedade que um órgão jurisdicional reconhece a outros órgãos não jurisdicionais (políticos) na adoção de certas decisões, na aplicação e interpretação de uma norma jurídica. Isso se dá pelo fato de o órgão a quem se reconhecerá a discricionariedade estar em uma posição melhor do que o órgão jurisdicional, ou, ainda, que aquele detém a legitimidade política necessária para atribuir o valor correto à interpretação que deve ser dada ao direito convencional previsto frente ao caso concreto.

Em linhas gerais, percebe-se que o órgão jurisdicional se autorrestringe (*self-restrain*) de emitir um juízo sobre um aspecto em relação ao caso que lhe foi apresentado, bem como também reconhece como legítima e válida determinada atuação ou valoração realizada pelo órgão político na aplicação da norma jurídica no caso concreto.

Na prática geral, a deferência a cargo dos tribunais a outros órgãos, parte da ideia de que, nas decisões que serão adotadas, existe um componente político ou não jurídico, seja pela multiplicidade de variáveis derivadas das cláusulas a serem interpretadas, que são indeterminadas ou vagas, ou pelas ramificações políticas que essas decisões supõem. (CAMINKER, 2003, p. 79).

Soma-se a isso a existência de dúvidas sobre a validade de uma lei, o que obriga o

operador judicial a inclinar-se favoravelmente à interpretação emanada daquele órgão político que emanou a regra que se questiona. De fato, a deferência se explica também pela presunção de validade das atuações que no âmbito do direito constitucional, por exemplo, se conhece como a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos (CAMINKER, 2003, p. 85).

Desde o início de sua atuação, e já com maior abrangência desde a decisão no caso *Handyside vs. United Kingdom*, a Corte Europeia de Direitos Humanos tem adaptado a doutrina da margem de apreciação com a finalidade de outorgar maior deferência a critério dos Estados na proteção dos direitos previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos.

A Corte tem oferecido diversas razões para justificar essa deferência. Por um lado, tem observado que o sistema de proteção dos direitos humanos na Europa é fruto de uma divisão de trabalhos entre os Estados e a Corte. Os Estados são responsáveis primários por esta proteção e a Corte somente intervém de forma subsidiária, por via contenciosa, e uma vez que tenham sido esgotados os recursos jurisdicionais internos.

Por outro lado, em assuntos sensíveis como a moralidade ou a religião, onde não há consenso entre os Estados, a Corte reconhece que as autoridades nacionais, por estarem em contato direto com as forças vitais de seu país, se encontram em melhor posição para conhecer sua conjuntura social e decidir de forma adequada para gerir as situações conflituosas.

Como produtor desta teoria de origem jurisprudencial, a função jurisdicional da Corte não é a de realizar um exame abstrato de compatibilidade entre uma medida estatal e as disposições da Convenção. Sua tarefa consiste em revisar se o Estado extrapolou, no exercício de sua margem de discricionariedade, para decidir sobre alguns temas de proteção dos direitos convencionais.

Esse exame concreto e contextual da Corte a possibilita oferecer respostas distintas a casos similares que se produzem em conjunturas nacionais diferentes.

A teoria da margem de apreciação tem sofrido algumas críticas como instrumento hermenêutico empregado pela Corte Europeia, pois dificulta a generalização de suas respostas jurídicas, provoca incoerências estruturais e, em geral, põe em perigo a segurança jurídica e impede que a Convenção Europeia consolide um sistema confiável de proteção dos direitos na região (BRAUCH, 2005, p. 114).

Por outro lado, é elogiada e defendida por ser considerada um mecanismo que assegura a flexibilidade argumentativa necessária para legitimar a autoridade da Corte Europeia frente à vontade dos Estados na proteção dos direitos humanos e por refletir o pluralismo democrático existente na Europa (McGOLDRICK, 2011, p. 85).

Em sua história, a Corte Europeia tem utilizado a teoria da margem de apreciação para apreciar casos a ela submetidos que dizem respeito ao direito à liberdade religiosa, reconhecido no art. 9º da Convenção Europeia, bem como quanto à interpretação do art. 2º do Protocolo 1 daquela convenção, que estabelece o direito de os pais educarem seus filhos conforme suas convicções religiosas e filosóficas.

Assim, a principal função do Poder Legislativo, com certa margem de discricionariedade política, é de implementar as obrigações internacionais contraídas pelo Estado brasileiro, compatibilizando o ordenamento jurídico interno com as disposições das convenções internacionais.

Além dessa função essencialmente legislativa, este Poder também deve atuar de maneira preventiva, com caráter fiscalizatória.

É o que ocorre, por exemplo, por meio da atuação da Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados. Cabe-lhe discutir e votar propostas legislativas referentes à temática dos direitos humanos, bem como fiscalizar atuação governamental na área, recebendo notícias de violações de direitos humanos e colaborando com entidades não governamentais na redação de "relatórios sombra", que apontam eventuais violações e noticiam o estágio de implementação das obrigações internacionais sobre direitos humanos no país, encaminhando-os a órgãos internacionais de direitos humanos.

4.3 Papel do Executivo

Por conta da separação das funções do Poder, incumbe ao Executivo adotar as medidas de gerenciamento e de administração do Estado, sendo-lhe típica a função de executar as leis editadas pelo Legislativo.

Nesse cenário, a implementação e a execução de políticas públicas são atribuições do Executivo de todas as esferas de governo no Estado brasileiro. Como ressalta Ramos (2014, p. 420) no Brasil, é necessária a implementação de uma política pública de promoção ativa de direitos humanos, para ao menos equiparar o desenvolvimento econômico do Brasil com qualidade de vida para todos os seus habitantes.

Para tanto, o Executivo brasileiro, principalmente o federal, em razão de sua abrangência nacional, deve cumprir as obrigações internacionais contraídas pelo Estado no plano internacional nos moldes também estabelecidos pela comunidade mundial.

Assim, o primeiro passo que deve ser executado é de instituir nacionalmente os direitos humanos à luz dos "Princípios de Paris".

O primeiro *Workshop* Internacional de Instituições Nacionais para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos realizou-se em Paris, em outubro de 1991. As suas conclusões foram aprovadas pela Comissão de Direitos Humanos (atual Conselho de Direitos Humanos da ONU) na Resolução nº 1992/54, contendo os princípios relativos ao estatuto das instituições nacionais, a partir de então denominados "Princípios de Paris", em homenagem ao *Workshop* de 1991. Mais tarde, a Assembleia Geral da ONU aprovou tais princípios em sua Resolução nº 48/134, de 20 de dezembro de 1993, também recomendando a criação, em cada Estado, de uma Instituição Nacional de Direitos Humanos (INDH) (RAMOS, 2014, p. 461).

Esses princípios, em síntese, determinam que uma INDH deva ser um órgão público competente para promover e proteger os direitos humanos, estando previsto na Constituição ou em lei, agindo com independência nas seguintes atribuições: a) apresentar ao Governo, Parlamento, ou outro órgão competente, em caráter consultivo, opiniões recomendações, propostas e relatórios; b) promover e assegurar a harmonização entre preceitos nacionais e internacionais de direitos humanos, e sua efetiva implementação; c) encorajar a ratificação de instrumentos internacionais de direitos humanos e assegurar sua implementação; d) contribuir para os relatórios que os Estados têm de elaborar de acordo com os tratados de direitos humanos; e) cooperar com a ONU e seus órgãos, bem como com instituições regionais e nacionais, com atuação em direitos humanos; f) assistir na formulação de programas para o ensino e a pesquisa em direitos humanos, e participar de sua execução em escolas, universidades e círculos profissionais; g) dar publicidade aos direitos humanos e aos esforços de combater todas as formas de discriminação, em particular de discriminação racial, aumentando a conscientização pública, especialmente por meio da educação e de órgãos da imprensa.

Trata-se de uma instituição pública (o INDH não é uma organização não governamental), porém independente, não podendo ser comandada pelo Governo ou ter maioria de votos de representantes vinculados à hierarquia governista (representantes de ministérios etc.). A instituição nacional deve ter representação pluralista de todas as forças da sociedade envolvidas na promoção e proteção dos direitos humanos, bem como uma infraestrutura que permita a condução das atividades de modo harmonioso, em especial com recursos adequados (com pessoal e ambiente de trabalho próprios, com independência do Governo), com mandato por prazo determinado, podendo haver recondução, mas desde que seja respeitado o pluralismo na instituição.

Em resumo, deve ser uma instituição pública, de alcance nacional, com mandato claro e independente, com forte representativa social e autonomia política, dotada de

orçamento próprio, apta a atuar na prevenção e também nos casos de violação de direitos humanos sem ser constrangida, impedida ou ameaçada nessa atuação (RAMOS, 2014, p. 462).

Para se alcançar esse estágio de implementação, promoção e defesa dos direitos humanos, o Estado deve iniciar pela elaboração de programas nacionais de direitos humanos. A orientação para assim agir encontra-se na Declaração e Programa de Ação da Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena, de 1993, que recomendou a cada Estado que fizesse um plano de ação nacional de promoção e proteção dos direitos humanos em seu item 71, *in verbis*[47]:

> 71. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos recomenda que cada Estado pondere a oportunidade da elaboração de um plano de ação nacional que identifique os passos através dos quais esse Estado poderia melhorar a promoção e a proteção dos Direitos Humanos.

Rompia-se, então, o paradigma antigo de que as normas de direitos humanos eram normas programáticas, sujeitas à reserva do possível e ao desenvolvimento progressivo ou ainda o paradigma de tratar os direitos humanos como consequência dos projetos governamentais gerais. Ao contrário, buscou-se criar um espaço de discussão e elaboração de uma política pública específica voltada aos direitos humanos, condensando aquilo que o Estado e a sociedade civil propunham-se a realizar nessa temática (RAMOS, 2014, p. 420).

A participação do Estado brasileiro na elaboração dessa Declaração, no âmbito da ONU, foi de relevante papel. A República Federativa do Brasil presidiu o Comitê de Redação, por meio do Embaixador Gilberto Sabóia, tendo atuação decisiva para a aprovação final da Declaração, inclusive quanto ao dever dos Estados de adotar planos nacionais de direitos humanos.

De salientar que, no plano constitucional brasileiro, a competência administrativa, ou seja, a cargo do Executivo, para realizar políticas públicas de implementação dos direitos humanos é comum a todos os entes federados, conforme dispõe o art. 23, da CF/88, com especial destaque ao inciso X, *ipsis litteris*:

> X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

Em 13 de maio de 1996, foi editado pela Presidência da República o Decreto nº 1.904, que criou o Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH), o terceiro do mundo, após Austrália e Filipinas.

---

[47] Disponível em: https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%AAncia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf. Acessado em 22/06/2016.

Os arts. 1º e 2º desse Decreto dispunham:

> Art. 1° Fica instituído o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH, contendo diagnóstico da situação desses direitos no País e medidas para a sua defesa e promoção, na forma do Anexo deste Decreto.
> Art. 2° O PNDH objetiva:
> I - a identificação dos principais obstáculos à promoção e defesa dos diretos humanos no País;
> II - a execução, a curto, médio e longo prazos, de medidas de promoção e defesa desses direitos;
> III - a implementação de atos e declarações internacionais, com a adesão brasileira, relacionados com direitos humanos;
> IV - a redução de condutas e atos de violência, intolerância e discriminação, com reflexos na diminuição das desigualdades sociais;
> V - a observância dos direitos e deveres previstos na Constituição, especialmente os dispostos em seu art. 5°;
> VI - a plena realização da cidadania.

Assim, há uma dupla lógica: a lógica da identificação dos principais obstáculos à promoção e defesa dos direitos humanos no Brasil, bem como a lógica da execução a curto, médio e longo prazos, de medidas de promoção e defesa desses direitos. A elaboração do Programa conta com a articulação do governo e sociedade civil, para se chegar a uma redação comum, devendo ser explicitados objetivos definidos e precisos e contar ainda com um monitoramento de sua implementação (RAMOS, 2014, p. 421).

Deve-se atentar para o fato que o PNDH não possui força vinculante, pois é mero decreto presidencial, editado à luz do art. 84, IV, da CF/88, visando a fiel execução das leis e normas constitucionais. Todavia, serve como norte para as ações governamentais, podendo ser cobrado de determinado agente do governo federal os motivos pelos quais sua conduta (ação ou omissão) é incompatível com o Decreto que instituiu o PNDH.

O PDNH-1, de 1996, voltou-se à proteção dos direitos civis, com especial foco no combate à impunidade e à violência policial, adotando, ainda, como meta a adesão brasileira a tratados de direitos humanos.

Em 2002, foi aprovado pelo Decreto nº 4.229, de 13 de maio de 2002, o PNDH-2, com ênfase nos direitos sociais em sentido amplo. Este plano se inicia com o reconhecimento da evolução na implementação, promoção e defesa dos direitos humanos promovida pelo plano anterior[48]:

> Entre as principais medidas legislativas que resultaram de proposições do PNDH figuram o reconhecimento das mortes de pessoas desaparecidas em razão de participação política (Lei nº 9.140/95), pela qual o Estado brasileiro reconheceu a responsabilidade por essas mortes e concedeu indenização aos familiares das vítimas; a transferência da justiça militar para a justiça comum dos crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares (Lei 9.299/96), que permitiu o

[48]Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-no-Brasil/ii-programa-nacional-de-direitos-humanos-pndh-2002.html. Acessado em 22/06/2016.

> indiciamento e julgamento de policiais militares em casos de múltiplas e graves violações como os do Carandiru, Corumbiara e Eldorado dos Carajás; a tipificação do crime de tortura (Lei 9.455/97), que constituiu marco referencial para o combate a essa prática criminosa no Brasil; e a construção da proposta de reforma do Poder Judiciário, na qual se inclui, entre outras medidas destinadas a agilizar o processamento dos responsáveis por violações, a chamada 'federalização' dos crimes de direitos humanos.
>
> O PNDH contribuiu ainda para ampliar a participação do Brasil nos sistemas global (da Organização das Nações Unidas – ONU) e regional (da Organização dos Estados Americanos – OEA) de promoção e proteção dos direitos humanos, por meio da continuidade da política de adesão a pactos e convenções internacionais de direitos humanos e de plena inserção do País no sistema interamericano. O aumento da cooperação com órgãos internacionais de salvaguarda se evidenciou no número de relatores especiais das Nações Unidas que realizaram visitas ao Brasil nos últimos anos. Essas visitas resultaram na elaboração de relatórios contendo conclusões e recomendações de grande utilidade para o aprimoramento de diagnósticos e a identificação de medidas concretas para a superação de problemas relacionados aos direitos humanos no Brasil. Já visitaram o País os relatores da ONU sobre os temas da venda de crianças, prostituição e pornografia infantis; da violência contra a mulher; do racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata; dos direitos humanos e resíduos tóxicos; tortura e, mais recentemente, sobre o direito à alimentação. No dia 19 de dezembro de 2001, o Presidente da República anunciou um convite aberto aos relatores temáticos da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas para que visitem o Brasil sempre que assim o desejarem. Dando seguimento à cooperação com os mecanismos temáticos das Nações Unidas, a relatora especial sobre execuções extrajudiciais, sumárias e arbitrárias estará visitando o País no segundo semestre de 2002.
>
> Da mesma forma, a cooperação com os órgãos de supervisão da OEA tem ensejado a busca de soluções amistosas para casos de violação em exame pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, possibilitando a concessão de reparações e indenizações às vítimas dessas violações ou a seus familiares, bem como a adoção de medidas administrativas e legislativas para prevenir a ocorrência de novas violações. A aceitação da jurisdição compulsória da Corte Interamericana de Direitos Humanos representa, ademais, garantia adicional a todos os brasileiros de proteção dos direitos consagrados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, quando as instâncias nacionais se mostrarem incapazes de assegurar a realização da justiça.

A expressa menção às Leis nº 9.140/95 (reconhecimento das mortes de pessoas desaparecidas em razão de participação política, reconhecimento da responsabilidade do Estado pelas mortes e concessão de indenização aos familiares das vítimas), 9.299/96 (transferência da competência para o processamento e julgamento dos crimes dolosos contra a vinda praticados por policiais militares contra civis para a Justiça comum estadual) e 9.455/97 (tipificação do crime de tortura), além da PEC (atual EC nº 45/2004), que estabelecia a reforma do Poder Judiciário, na qual se incluiu a possibilidade de deslocamento de competência para a Justiça Federal nos casos de crimes de direitos humanos, revelam a relevante papel desempenhado pela adoção do PNDH-1.

O foco do PNDH-2 voltou-se para os direitos sociais (de segunda geração ou dimensão), bem como para a proteção de grupos vulneráveis como os afrodescendentes, os povos indígenas, a comunidade LGBT, buscando, com isso, alcançar um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que é construir uma sociedade livre, justa e

solidária (art. 3º, I, CF/88), bem como garantir a isonomia, de forma a tratar todos de maneira igual perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, *caput*, CF/88).

Por fim, em 2009, foi aprovado o PNDH-3 (Decreto nº 7.037), que dividiu o programa em seis eixos orientadores, 25 diretrizes, 82 objetivos estratégicos e 521 linhas de ações.

O PNDH-3 foi formulado de maneira distinta de seus antecessores. O detalhamento contido neste plano e a absorção de uma linguagem de direitos humanos próxima das demandas da sociedade civil fizeram com que seus enunciados fossem percebidos como sendo de iminente implementação, o que a linguagem abstrata dos anteriores não havia realçado. Essa sensação gerou ampla repercussão negativa na mídia e em grupos organizados contrários a determinadas ideias defendidas no PNDH-3, em especial no que tange à descriminalização do aborto, laicização do Estado, responsabilidade social dos meios de comunicação, conflitos sociais no campo e repressão política da ditadura militar (RAMOS, 2014, p. 424).

Para melhor análise, transcrevemos as passagens do plano que mencionam esses objetivos por ele propostos:

> Objetivo estratégico III:
> Garantia dos direitos das mulheres para o estabelecimento das condições necessárias para sua plena cidadania.
> Ações programáticas:
> [...]
> g) Apoiar a aprovação do projeto de lei que descriminaliza o aborto, considerando a autonomia das mulheres para decidir sobre seus corpos.[49]
> [...]
> Objetivo estratégico VI:
> Respeito às diferentes crenças, liberdade de culto e garantia da laicidade do Estado.
> c)Desenvolver mecanismos para impedir a ostentação de símbolos religiosos em estabelecimentos públicos da União.[50]
> [...]
> Objetivo Estratégico I:
> Promover o respeito aos Direitos Humanos nos meios de comunicação e o cumprimento de seu papel na promoção da cultura em Direitos Humanos.
> Ações Programáticas:
> a) Propor a criação de marco legal regulamentando o art. 221 da Constituição, estabelecendo o respeito aos Direitos Humanos nos serviços de radiodifusão (rádio e televisão) concedidos, permitidos ou autorizados, como condição para sua outorga e renovação, prevendo penalidades administrativas como advertência, multa, suspensão da programação e cassação, de acordo com a gravidade das violações praticadas.[51]
> [...]
> Objetivo estratégico VI:
> Acesso à Justiça no campo e na cidade.

[49] Esse objetivo acabou sendo alterado por meio do Decreto nº 7.177, de 2010, que deu a seguinte redação: "g) Considerar o aborto como tema de saúde pública, com a garantia do acesso aos serviços de saúde. (Redação dada pelo Decreto nº 7.177, de 2010)".
[50] Esse objetivo acabou sendo revogado pelo Decreto nº 7.177, de 2010.
[51] Esse objetivo acabou sendo alterado por meio do Decreto nº 7.177, de 2010, que deu a seguinte redação: "a) Propor a criação de marco legal, nos termos do art. 221 da Constituição, estabelecendo o respeito aos Direitos Humanos nos serviços de radiodifusão (rádio e televisão) concedidos, permitidos ou autorizados".

> Ações programáticas:
> d) Propor projeto de lei para institucionalizar a utilização da mediação como ato inicial das demandas de conflitos agrários e urbanos, priorizando a realização de audiência coletiva com os envolvidos, com a presença do Ministério Público, do poder público local, órgãos públicos especializados e Polícia Militar, como medida preliminar à avaliação da concessão de medidas liminares, sem prejuízo de outros meios institucionais para solução de conflitos.[52]
> [...]
> Objetivo Estratégico I:
> Suprimir do ordenamento jurídico brasileiro eventuais normas remanescentes de períodos de exceção que afrontem os compromissos internacionais e os preceitos constitucionais sobre Direitos Humanos.
> Ações Programáticas:
> c)Propor legislação de abrangência nacional proibindo que logradouros, atos e próprios nacionais e prédios públicos recebam nomes de pessoas que praticaram crimes de lesa-humanidade, bem como determinar a alteração de nomes que já tenham sido atribuídos.[53]
> d)Acompanhar e monitorar a tramitação judicial dos processos de responsabilização civil ou criminal sobre casos que envolvam atos relativos ao regime de 1964-1985.[54]

O recuo com a edição do Decreto nº 7.177/2010 demonstra que o tema de direitos humanos é extremamente polêmico em uma sociedade desigual como a brasileira, demonstrando que resta ainda um longo caminho para o estabelecimento de uma sociedade justa e plural, como prega o art. 3º, da CF/88 (RAMOS, 2014, p. 424).

De fato, algumas agendas sobre direitos humanos, como aquelas acima mencionadas, ainda encontram forte resistência perante a sociedade, o que acaba refletindo no cenário político onde as decisões, em última estância, são tomadas. Todavia, essa ojeriza externada em relação a temas polêmicos ignora um dos aspectos mais importantes desempenhados pelos direitos humanos: sua força contramajoritária, que visa a tutelar interesses e direitos de grupos minoritários que, se não invocarem os direitos humanos, não terão voz no ambiente democrático.

No plano Executivo Federal, por meio do Decreto nº 2.193, de 7 de abril de 1997, foi criada a Secretaria Especial dos Direitos Humanos, vinculada ao Ministério da Justiça. Este órgão tinha como grande missão coordenar e acompanhar a execução do PNDH-1.

Em 2003, foi criada a Secretaria Especial dos Direitos Humanos, vinculada à

---

[52] Esse objetivo acabou sendo alterado por meio do Decreto nº 7.177, de 2010, que deu a seguinte redação: "d) Propor projeto de lei para institucionalizar a utilização da mediação nas demandas de conflitos coletivos agrários e urbanos, priorizando a oitiva do INCRA, institutos de terras estaduais, Ministério Público e outros órgãos públicos especializados, sem prejuízo de outros meios institucionais para solução de conflitos".

[53] Esse objetivo acabou sendo alterado por meio do Decreto nº 7.177, de 2010, que deu a seguinte redação: "c) Fomentar debates e divulgar informações no sentido de que logradouros, atos e próprios nacionais ou prédios públicos não recebam nomes de pessoas identificadas reconhecidamente como torturadores".

[54] Esse objetivo acabou sendo alterado por meio do Decreto nº 7.177, de 2010, que deu a seguinte redação: "d) Acompanhar e monitorar a tramitação judicial dos processos de responsabilização civil sobre casos que envolvam graves violações de direitos humanos praticadas no período fixado no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988".

Presidência da República, por meio da Lei nº 10.683/03, desvinculando-a do Ministério da Justiça e atribuindo-lhe o *status* de Ministério, sendo que o titular da pasta possuía *status* de Ministro.

Mais tarde, a Secretaria perdeu a denominação de "Especial", passando a se chamar Secretaria de Direitos Humanos, o que demonstrou que a preocupação com o tema passou a ser permanente.

Nos termos da Lei nº 12.314/2010, a Secretaria detinha as seguintes atribuições:

> Art. 24. À Secretaria de Direitos Humanos compete assessorar direta e imediatamente o Presidente da República na formulação de políticas e diretrizes voltadas à promoção dos direitos **da cidadania, da criança, do adolescente, do idoso e das minorias e à defesa dos direitos das pessoas com deficiência e promoção da sua integração à vida comunitária, bem como coordenar a política nacional de direitos humanos, em conformidade com as diretrizes do Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH**, articular iniciativas e apoiar projetos voltados para a proteção e promoção dos direitos humanos em âmbito nacional, tanto por organismos governamentais, incluindo os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, quanto por organizações da sociedade, e exercer as funções de ouvidoria nacional de direitos humanos, da criança, do adolescente, do idoso e das minorias.
> § 1º Compete ainda à Secretaria de Direitos Humanos, sem prejuízo das atribuições dos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD, **atuar em favor da ressocialização e da proteção dos dependentes químicos.**
> § 2º A Secretaria de Direitos Humanos tem como estrutura básica o **Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, o Conselho Nacional de Combate à Discriminação, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, o Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, o Conselho Nacional dos Direitos do Idoso,** o Gabinete, a Secretaria-Executiva, o Departamento de Ouvidoria Nacional e até 4 (quatro) Secretarias. **(grifo nosso).**

A Lei nº 12.314/10 também criou a Secretaria de Políticas para as Mulheres:

> Art. 22. À Secretaria de Políticas para as Mulheres compete assessorar direta e imediatamente o Presidente da República **na formulação, coordenação e articulação de políticas para as mulheres, bem como elaborar e implementar campanhas educativas e antidiscriminatórias de caráter nacional, elaborar o planejamento de gênero que contribua na ação do governo federal e demais esferas de governo, com vistas na promoção da igualdade, articular, promover e executar programas de cooperação com organismos nacionais e internacionais, públicos e privados, voltados à implementação de políticas para as mulheres, promover o acompanhamento da implementação de legislação de ação afirmativa e definição de ações públicas que visem ao cumprimento dos acordos, convenções e planos de ação assinados pelo Brasil, nos aspectos relativos à igualdade entre mulheres e homens e de combate à discriminação,** tendo como estrutura básica o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, o Gabinete, a Secretaria-Executiva e até 3 (três) Secretarias.**(grifo nosso)**.

Ainda no âmbito federal, deve-se apontar o Decreto nº 4.228/2002, que contempla:

> Art. 1º Fica instituído, no âmbito da Administração Pública Federal, **o Programa Nacional de Ações Afirmativas**, sob a coordenação da Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça.
> Art. 2º O Programa Nacional de Ações Afirmativas contemplará, entre outras medidas administrativas e de gestão estratégica, as seguintes ações, respeitada a legislação em vigor:

> I - observância, pelos órgãos da Administração Pública Federal, de requisito que garanta a realização de metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência no preenchimento de cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS;
> II - inclusão, nos termos de transferências negociadas de recursos celebradas pela Administração Pública Federal, de cláusulas de adesão ao Programa;
> III - observância, nas licitações promovidas por órgãos da Administração Pública Federal, de critério adicional de pontuação, a ser utilizado para beneficiar fornecedores que comprovem a adoção de políticas compatíveis com os objetivos do Programa; e
> IV - inclusão, nas contratações de empresas prestadoras de serviços, bem como de técnicos e consultores no âmbito de projetos desenvolvidos em parceria com organismos internacionais, de dispositivo estabelecendo metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência.
> Art. 3º Fica constituído o Comitê de Avaliação e Acompanhamento do Programa Nacional de Ações Afirmativas, com a finalidade de:
> I - propor a adoção de medidas administrativas e de gestão estratégica destinadas a implementar o Programa;
> II - apoiar e incentivar ações com vistas à execução do Programa;
> III - propor diretrizes e procedimentos administrativos com vistas a garantir a adequada implementação do Programa, sua incorporação aos regimentos internos dos órgãos integrantes da estrutura organizacional da Administração Pública Federal e a conseqüente realização das metas estabelecidas no inciso I do art. 2º;
> IV - articular, com parceiros do Governo Federal, a formulação de propostas que promovam a implementação de políticas de ação afirmativa;
> V - estimular o desenvolvimento de ações de capacitação com foco nas medidas de promoção da igualdade de oportunidades e de acesso à cidadania;
> VI - promover a sensibilização dos servidores públicos para a necessidade de proteger os direitos humanos e eliminar as desigualdades de gênero, raça e as que se vinculam às pessoas portadoras de deficiência;
> VII - articular ações e parcerias com empreendedores sociais e representantes dos movimentos de afrodescendentes, de mulheres e de pessoas portadoras de deficiência;
> VIII - sistematizar e avaliar os resultados alcançados pelo Programa e disponibilizá-los por intermédio dos meios de comunicação; e
> **IX - promover, no âmbito interno, os instrumentos internacionais de que o Brasil seja parte sobre o combate à discriminação e a promoção da igualdade.**
> Parágrafo único. O Comitê de Avaliação e Acompanhamento do Programa Nacional de Ações Afirmativas apresentará, no prazo de sessenta dias, propostas de ações e metas a serem implementadas pelos órgãos da Administração Pública Federal. **(grifo nosso)**.

O Conselho de Direitos Humanos foi criado a partir da Lei nº 12.896/14, substituindo o antigo Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, criado pela Lei nº 4.319, de 16 de março de 1694, sancionada pelo Presidente João Goulart poucos dias antes do golpe militar de 1964.

O novo Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH) tem por finalidade (i) a promoção e (ii) a defesa dos direitos humanos, mediante ações preventivas, protetivas, reparadoras e sancionadoras das condutas e situações de ameaça ou violação desses direitos. O CNDH pode agir por (i) provocação ou (ii) de ofício (RAMOS, 2014, p. 434).

O Conselho possui três atribuições principais: (i) promocional; (ii) fiscalizadora e (iii) repressiva.

A atribuição promocional consiste na elaboração de estudos, recomendações e opiniões sobre ações na temática, inclusive para influenciar na capacitação e educação para os direitos humanos. A atribuição fiscalizadora é consagrada no dever de fiscalizar a política nacional de direitos humanos e observar o cumprimento das obrigações internacionais de direitos humanos assumidas pelo Brasil. A atribuição repressiva pode ser dividida entre (i) repressão direta, na qual o CNDH apura condutas de violação de direitos humanos e impõe sanções, e (ii) indireta, na qual o CNDH representa contra tais condutas e cobra ação das autoridades policiais e do Ministério Público, evitando que haja negligência e impunidade (RAMOS, 2014, p. 436).

O Conselho conta com poder de requisição de informações e documentos, auxílio da Polícia Federal ou de força policial para cumprir suas atribuições, bem como requerer aos órgãos públicos serviços, diligências ou mesmo exames e vistorias.

Foram vetados pela Presidência da República os dispositivos que davam ainda o poder de convocar pessoas e inquirir testemunhas, bem como realizar diligências investigatórias, inclusive inspeções e tomar depoimentos de autoridade.

As sanções previstas na Lei nº 12.986 para que o CNDH tenha algum tipo de resposta para dar aos casos de violação de direitos humanos são:

> Art. 6ºConstituem sanções a serem aplicadas pelo CNDH:
> I - advertência;
> II - censura pública;
> III - recomendação de afastamento de cargo, função ou emprego na administração pública direta, indireta ou fundacional da União, Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios do responsável por conduta ou situações contrárias aos direitos humanos;
> IV - recomendação de que não sejam concedidos verbas, auxílios ou subvenções a entidades comprovadamente responsáveis por condutas ou situações contrárias aos direitos humanos.
> § 1ºAs sanções previstas neste artigo serão aplicadas isolada ou cumulativamente, sendo correspondentes e proporcionais às ações ou omissões ofensivas à atuação do CNDH ou às lesões de direitos humanos, consumadas ou tentadas, imputáveis a pessoas físicas ou jurídicas e a entes públicos ou privados.
> § 2ºAs sanções de competência do CNDH têm caráter autônomo, devendo ser aplicadas independentemente de outras sanções de natureza penal, financeira, política, administrativa ou civil previstas em lei.
> § 3º (VETADO).

Com o fortalecimento do Ministério Público na Constituição de 1988, o papel de repressão direta do CNDH mostra-se secundário, pois não há como comparar as estruturas materiais e de recursos humanos entre esses dois entes, com clara prevalência da estrutura do Ministério Público (RAMOS, 2014, p. 437).

Na estrutura federal, podem ser citados, ainda, outros conselhos com temáticas específicas:

a) Conselho Nacional dos Direitos da Criança e Adolescentes (CONANDA) – criado pela Lei nº 8.242/91 (Estatuto da Criança e do Adolescente);
b) Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (CONADE) – criado pelo Decreto nº 3.298/99;
c) Conselho Nacional dos Direitos do Idoso (CNDI) – criado pela Lei nº 10.741 (Estatuto do Idoso);
d) Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD-LGBT) – criado pela Medida Provisória nº 2.216-37, de 31 de agosto de 2001;
e) Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP) – criado pela Lei nº 9.140/95;
f) Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo (CONATRAE) – criado pelo Decreto sem número de 31 de julho de 2003;
g) Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos (CNEDH) – vinculado à Secretaria de Direitos Humanos;
h) Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial (CNPIR) – vinculado à Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial; e
i) Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM) – criado pelo Decreto nº 6.412/08.

No ano de 2016, com o afastamento da Presidente da República Dilma Rousseff e com a posse do Vice-Presidente Michel Temer, na qualidade de Presidente em exercício, foi editada a Medida Provisória nº 726, de 12 de maio de 2016, que representou uma reforma ministerial, com a extinção e incorporação de algumas pastas do Executivo federal.

O art. 1º da MP nº 726/16 extinguiu, dentre outros, o Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial, da Juventude e dos Direitos Humanos, enquanto o art. 4º extinguiu, dentre outros, o cargo de Ministro de Estado das Mulheres, da Igualdade Racial, da Juventude e dos Direitos Humanos.

O art. 2º, por sua vez, transformou o Ministério da Justiça em Ministério da Justiça e Cidadania (inciso V), sendo que o art. 6º transferiu as competências e o art. 7º, os órgãos, do Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial, da Juventude e dos Direitos Humanos para o Ministério da Justiça e Cidadania, ressalvadas as competências sobre políticas para a juventude (incisos IV, de cada artigo, respectivamente).

A MP também alterou a Lei nº 10.683/03, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências, passando a Secretaria

Nacional de Juventude e o Conselho Nacional da Juventude a integrar uma pasta vinculada à Presidência (art. 3º, IV-A e X).

Por fim, a Medida alterou o art. 27, da Lei nº 10.683/03, que dispõe:

> VIII - Ministério da Justiça e Cidadania:
> a) defesa da ordem jurídica, dos direitos políticos e das garantias constitucionais;
> b) política judiciária;
> c) direitos dos índios;
> d) políticas sobre drogas, segurança pública, Polícias Federal, Rodoviária, Ferroviária Federal e do Distrito Federal;
> e) defesa da ordem econômica nacional e dos direitos do consumidor;
> f) planejamento, coordenação e administração da política penitenciária nacional;
> g) nacionalidade, imigração e estrangeiros;
> h) ouvidoria-geral dos índios e do consumidor;
> i) ouvidoria das polícias federais;
> j) prevenção e repressão à lavagem de dinheiro e cooperação jurídica internacional;
> k) defesa dos bens e dos próprios da União e das entidades integrantes da administração pública federal indireta;
> l) articulação, coordenação, supervisão, integração e proposição das ações do Governo e do Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas nos aspectos relacionados com as atividades de prevenção, repressão ao tráfico ilícito e à produção não autorizada de drogas e aquelas relacionadas com o tratamento, a recuperação e a reinserção social de usuários e dependentes e ao Plano Integrado de Enfrentamento ao Crack e outras Drogas;
> m) política nacional de arquivos;
> **n) formulação de políticas e diretrizes voltadas à promoção dos direitos da cidadania, da criança, do adolescente, do idoso e das minorias e à defesa dos direitos das pessoas com deficiência e à promoção da sua integração à vida comunitária;**
> **o) articulação de iniciativas e apoio a projetos voltados à proteção e à promoção dos direitos humanos em âmbito nacional, tanto por organismos governamentais, incluindo os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, quanto por organizações da sociedade;**
> **p) exercício da função de ouvidoria nacional de direitos humanos, da criança, do adolescente, do idoso e das minorias;**
> q) atuação em favor da ressocialização e da proteção dos dependentes químicos, sem prejuízo das atribuições dos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad;
> **r) formulação, coordenação, definição de diretrizes e articulação de políticas para as mulheres, incluindo:**
> **1. elaboração e implementação de campanhas educativas e antidiscriminatórias de caráter nacional;**
> **2. planejamento que contribua na ação do Governo federal e das demais esferas de governo para a promoção da igualdade entre mulheres e homens;**
> **3. promoção, articulação e execução de programas de cooperação com organismos nacionais e internacionais, públicos e privados, voltados à implementação das políticas; e**
> **4. acompanhamento da implementação de legislação de ação afirmativa e definição de ações públicas que visem ao cumprimento de acordos, convenções e planos de ação firmados pelo País, nos aspectos relativos à igualdade entre mulheres e homens e ao combate à discriminação;**
> **s) formulação, coordenação, definição de diretrizes e articulação de políticas para a promoção da igualdade racial;**
> **t) formulação, coordenação e avaliação das políticas públicas afirmativas de promoção da igualdade e da proteção dos direitos de indivíduos e grupos raciais e étnicos, com ênfase na população negra, afetados por discriminação racial e demais formas de intolerância;**
> **u) articulação, promoção e acompanhamento da execução dos programas de cooperação com organismos nacionais e internacionais, públicos e privados,**

> **voltados à implementação da promoção da igualdade racial;**
> **v) formulação, coordenação e acompanhamento das políticas transversais de governo para a promoção da igualdade racial;**
> **w) planejamento, coordenação da execução e avaliação do Programa Nacional de Ações Afirmativas;**
> **x) acompanhamento da implementação de legislação de ação afirmativa e definição de ações públicas que visem ao cumprimento de acordos, convenções e outros instrumentos congêneres firmados pelo País, nos aspectos relativos à promoção da igualdade e ao combate à discriminação racial ou étnica;**e
> y) assistência ao Presidente da República em matérias não afetas a outro Ministério;**(grifo nosso)**.

Sobre a reforma ministerial, parece-nos que a realização de tal ato era indispensável diante do atual quadro de crise fiscal que o Estado brasileiro enfrenta.

Em que pesem as manifestações de repúdio[55] à extinção da Secretaria de Direitos Humanos e sua incorporação pelo Ministério da Justiça e Cidadania, entendemos ser prematura qualquer análise do impacto direto na implementação, promoção e defesa dos direitos humanos no Brasil. Somente o passar do tempo e a forma como o Ministério da Justiça e Cidadania irá conduzir as políticas de direitos humanos darão uma visão para ser estudada, comparando-se o antes e o depois.

Todavia, acreditamos ser bastante pertinente a posição manifestada pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH), em nota:

> Conselho Nacional de Direitos Humanos repudia extinção do Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial, da Juventude e dos Direitos Humanos.
>
> O Conselho Nacional de Direitos Humanos (**CNDH**), reunido em Brasília, manifesta-se contrariamente à extinção do Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial, da Juventude e dos Direitos Humanos e à fusão deste com o Ministério da Justiça, constituindo o Ministério de Justiça e Cidadania.
> Na opinião do Conselho, a existência de pasta específica para tratar dos **direitos humanos** é fundamental para o fortalecimento das ações de reparação, promoção e defesa desses direitos, com as quais o Estado brasileiro está comprometido, tanto por força da legislação nacional quanto dos tratados internacionais ratificados pelo País, bem como em atendimento ao princípio do não retrocesso em Direitos Humanos.
> O **CNDH** já havia se manifestado, por ocasião da última reforma ministerial, realizada em 2015, contrariamente à fusão dos Ministérios dos Direitos Humanos, das Mulheres e da Igualdade Racial. O Conselho ressaltou, em nota oficial, preocupação com a fragilização da atuação da então Secretaria de Direitos Humanos (**SDH**), o que já foi verificado, em 2005, quando passou a ser uma unidade dentro da Secretaria-Geral da Presidência da República, enfrentando dificuldades para garantir a execução orçamentária e a implementação de projetos.
> No contexto atual, o **CNDH** observa a necessidade de afirmação dos direitos humanos e de amplo diálogo sobre o tema com o conjunto da população, o que deve se tornar ainda mais agudo devido à situação política, econômica e ambiental que o País vive e que pode gerar violações. Além disso, o Conselho manifesta sua preocupação com a continuidade das políticas desenvolvidas até então nesse campo, inclusive de suas próprias ações, já que este esteve, no último um ano e meio, vinculado à **SDH**.
> O **CNDH**, como Conselho de Estado, composto de forma paritária por órgãos do

[55]Disponível em: http://www.pt.org.br/temer-comeca-governo-golpista-com-extincao-de-pastas-sociais/. Acessado em 27/06/2016.

> poder público e por entidades da sociedade civil, que hoje, inclusive, pela primeira vez na história, preside esse colegiado, reafirma o compromisso de promover e defender os Direitos Humanos.
> Brasília, 13 de maio de 2016.
> Conselho Nacional dos Direitos Humanos[56]

Assim, não se pode ignorar o fato de a crise fiscal afetar, diretamente, a execução das políticas públicas já projetadas no âmbito federal. Todavia, talvez uma estrutura administrativa mais enxuta e objetiva permita uma economia quanto aos gastos com recursos humanos no âmbito do planejamento e maiores investimentos no plano das execuções das políticas.

Não se pode deixar de salientar, aqui, a louvável nomeação da Professora Flávia Piovesan para o cargo de Secretária de Direitos Humanos, dentro do Ministério da Justiça e Cidadania[57]. Sua expertise na seara dos direitos humanos com certeza minimizará as contenções orçamentárias e ampliará a implementação, a defesa e a promoção dos direitos humanos.

Essa esperança se apresenta na entrevista concedida por Flávia Piovesan à BBC Brasil, a qual tomamos a liberdade de transcrever um trecho:

> **BBC Brasil - O governo já a procurou para traçar planos?**
> **Piovesan -**Não. Eu estou nisso há mais de 20 anos como militante, pesquisadora, professora e acho muito importante termos o diagnóstico: onde estamos e para onde vamos.
> Quais são as prioridades? O tempo é curto. Quais são os temas majoritários? Eu diria que são três. A temática da violência contra a mulher: como combater, prevenir e implementar de maneira mais plena a Lei Maria da Penha em todo o país. A temática das ações afirmativas para os afrodescendentes que o Supremo julgou como constitucional por unanimidade. Eu creio que esse é um pleito muito importante para a inclusão da população afrodescendente e para responder à situação de racismo estruturante que caracteriza a nossa sociedade.
> O (terceiro tema majoritário é) a homofobia. Não podemos admitir desperdício de vidas em razão da intolerância pela diversidade sexual.
> Nós temos temas que gritam. Costumo dizer que ao lidar com direitos humanos lidamos com a dor humana. E qual é a nossa resposta? De que maneira essa dor pode ser acolhida e fomentar mudanças em políticas públicas e marcos legislativos?
> Eu creio que esse é o grande desafio. Identificar prioridades, estratégias e sempre buscando diálogo construtivo com movimentos sociais na sua pluralidade, com as suas pautas, suas reivindicações.
> Eu me proponho a ser um vetor nesse sentido, uma mediadora, e a construir esses espaços.
> **BBC Brasil - Então suas prioridades serão as pautas de violência contra homossexuais, negros e mulheres?**
> **Piovesan -**Isso. Além de crianças, adolescentes e o tema dos refugiados e detentos. Hoje, nós rompemos com a indiferença às diferenças. As diferenças são visibilizadas e há uma proteção especial a elas, em razão das vulnerabilidades específicas que sofrem as mulheres, as crianças, os idosos.

[56]Disponível em: http://www.ihu.unisinos.br/noticias/555185-em-nota-cndh-repudia-extincao-pelo-governo-temer-de-pastas-sobre-direitos-humanos. Acessado em 27/06/2016.
[57]Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/05/1772053-temer-define-flavia-piovesan-para-secretaria-de-direitos-humanos.shtml. Acessado em 27/06/2016.

> Então, acho muito importante termos uma proteção especial a essa vulnerabilidade.

Nesse cenário, vemos como a fala da atual Secretária de Direitos Humanos se coaduna com o objetivo central da análise deste trabalho: buscar formas de implementar, promover e defender os direitos humanos no Estado brasileiro.

Mas não bastam somente a atuação do Legislativo e do Executivo, o Judiciário, bem como as funções essenciais à Justiça, devem cumprir com seu papel na implementação, promoção e defesa dos direitos humanos.

4.4 Papel do Judiciário

Com a mudança no paradigma jusfilosófico do positivismo para o pós-positivismo, o Poder Judiciário passou a exercer papel de destaque na condução da vida política do Estado. A partir da força normativa da Constituição (introduzida pela célebre obra de Konrad Hesse), da expansão da jurisdição constitucional e do desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, considerados como os três principais marcos teóricos do pós-positivismo, esse Poder da República recebeu em seus ombros a missão de zelar pela vontade da Constituição (*WillezurMacht*) e de atuar de maneira contramajoritária, quando necessário, a fim de garantir os direitos das minorias políticas e a efetivação dos direitos humanos.

"A última trincheira da cidadania é e será sempre o Poder Judiciário" disse o Ministro Marco Aurélio na sessão dia 05/05/2016, quando o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, Ministro Teori Zavascki, referendou o deferimento da medida requerida na Ação Cautelar (AC) 4070, determinando a suspensão do exercício do mandato de deputado federal do requerido, Eduardo Consentino da Cunha, e, por consequência, da função de Presidente da Câmara dos Deputados.

Sem adentrar no mérito da decisão acima mencionada, a frase de efeito revela como o Judiciário brasileiro, apesar das duras críticas que lhe são dirigidas, exerce papel crucial na guarda da Constituição e do Estado Democrático de Direito.

Por conta do princípio da inércia da jurisdição, a atuação deste poder só ocorre após sua provocação, o que revela sua ação subsidiária às posturas do Legislativo e do Executivo.

Na medida em que exerce importante papel na função do poder do Estado, cabe também ao Poder Judiciário a implementação das decisões internacionais que responsabilizarem o Brasil por violação de direitos humanos (RAMOS, 2015, p. 405).

Essa implementação pela via judicial ocorre quando os demais poderes e órgãos do

Estado não cumprem espontaneamente as obrigações internacionais contraídas.

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 que através da própria vítima, quer através da ação do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia.

A atuação do Judiciário deve ocorrer em dois momentos: o primeiro, na aplicação das normas internacionais, devidamente internalizadas ao ordenamento jurídico doméstico, de forma a defender e promover os direitos humanos, e, o segundo, no exercício do chamado controle de convencionalidade.

Quanto ao primeiro ponto, ressalta-se que o ato jurisdicional 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 (RAMOS, 2015, p. 405).

Como todo ato estatal, as decisões jurisdicionais são passíveis de análise pelos órgãos internacionais quanto à sua compatibilidade com as obrigações internacionais sobre direitos humanos. Caso a decisão judicial interna seja considerada violatória dos direitos humanos tutelados, deve haver o imediato cumprimento da decisão internacional, reparando, assim, o dano causado.

A decisão judicial nacional, contudo, distingue-se dos demais atos estatais internos pela possibilidade de invocação da chamada exceção de coisa julgada, que reveste os pronunciamentos dos órgãos jurisdicionais da qualidade da imutabilidade.

É necessário ter em mente que, para o Direito Internacional, há responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos por qualquer fato imputável a ele, 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.

Esse é, inclusive, o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (*Villagrán Morales y otros*, Exceções preliminares, 1997, § 18), *in verbis*:

> Essa Corte considera que o pedido apresentado pela Comissão Interamericana não está buscando a revisão da decisão do Supremo Tribunal da Guatemala, mas pede a declaração de que o Estado violou várias disposições da Convenção Americana em razão da morte dessas pessoas, que atribui a membros da polícia desse Estado e que, portanto, existe responsabilidade do Estado.[58]

[58] Tradução livre do autor a partir do original: Esta Corte considera que la demanda presentada por la Comisión

Por isso, a defesa brasileira nesses processos internacionais não pode repousar na alegação de imutabilidade da coisa julgada, argumento utilizado (e rejeitado pela Corte IDH) no pedido brasileiro de extinção do processo no caso *Gomes Lund* em virtude da decisão final do Supremo Tribunal Federal na ADPF 153.

A natureza jurídica de Direito Internacional dos órgãos internacionais, especialmente dos tribunais, conduz à ausência de hierarquia entre o tribunal nacional e o órgão regional ou universal. Estes só estão sujeitos às limitações impostas pelo próprio Direito Internacional. Assim, somente alegações processuais como a litispendência ou a coisa julgada internacionais é que podem levar ao acolhimento deste tipo de alegação preliminar.

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 (RAMOS, 2015, p. 406).

Ora, se fosse possível a invocação de institutos processuais internos como obstáculos processuais e materiais para o processamento e julgamento dos Estados no plano internacional, todo o movimento de internacionalização da proteção dos direitos humanos teria ocorrido em vão. Os Estados continuariam atuando sem qualquer vigilância a respeito das obrigações internacionais contraídas.

Com efeito, na jurisdição internacional as partes e o conteúdo a controvérsia, são, por definição, distintos do da jurisdição interna. Nesta, analisa-se se determinado indivíduo violou lei interna, por exemplo, cometendo certo delito. Naquela, discute-se 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.

Essa posição 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. Não é o órgão internacional 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, 2015, p. 407).

Nessa esteira, tem-se a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre

---

Interamericana no pretende la revisión del fallo de la Corte Suprema de Guatemala sino que solicita que se declare que el Estado violó varios preceptos de la Convención Americana por la muerte de las citadas personas, que atribuye a miembros de la policía de ese Estado y que por lo tanto existe responsabilidad de éste.

a possibilidade de decisões jurisdicionais internas representarem o objeto central de impugnação no plano convencional.

No caso *Sunday Times vs. the United Kingdom* (1979), a Corte Europeia entendeu que a decisão da House of Lords, que proibiu o jornal *Sunday Times* de publicar uma matéria sobre um medicamento produzido e distribuído por uma empresa britânica que continha, em sua formulação, uma substância conhecida como talidomida[59], constituiu uma interferência indevida no direito à livre manifestação do pensamento.

No caso *Open Doorand Dublin WellWoman vs. Ireland* (1992), a Corte Constitucional Irlandesa considerou que a própria constituição da Irlanda, ao proibir o aborto, veda, consequentemente, a atividade de aconselhamento às gestantes do modo de proceder aborto legal no exterior. A Corte Europeia, por sua vez, entendeu que tal vedação se mostra desproporcional, pois a proibição na constituição ao aborto não deve acarretar proibição da informação do aborto legal em outros países, o que violou, por óbvio, o próprio direito à informação.

No plano interamericano, a Corte entendeu, no caso *LoazyaTamayo vs. Peru* (1997), que a decisão judicial de um tribunal militar violou a Convenção Americana pelas seguintes razões:

> 61. (...) [A] jurisdição militar do Peru violou o artigo 8.1 da Convenção, no que diz respeito à exigência de um juiz competente. Na verdade, a questão do julgamento final pela absolvição pelo crime de traição, de que foi acusada a Senhora María Elena LoayzaTamayo, os tribunais militares não tinham competência para manter em detenção e menos ainda para declarar na absolvição última que "havendo evidência da prática do delito de terrorismo deve-se encaminhar os autos à Justiça Comum e colocar à disposição da Autoridade competente a referida denunciada". Com isso, o tribunal militar agiu *ultra vires*, usurpando a jurisdição e invadindo as faculdades dos órgãos judiciais comuns (...). Além disso, (...) [as] autoridades judiciais comuns eram as únicas que tinham o poder de ordenar a detenção e ordenar a prisão preventiva dos acusados.
> 62. Em segundo lugar, a senhora Maria Elena LoayzaTamayo foi julgada e condenada por um procedimento especial em que, obviamente, foram sensivelmente restringidos muitos dos direitos fundamentais que fazem parte do devido processo legal. Estes processos não atingem os padrões de um julgamento justo, pois não prevaleceu a presunção de inocência; os réus são proibidos de contradizer as provas e exercer controle sobre eles; o poder do defensor é limitado para evitar que ele possa se comunicar livremente com o seu cliente ou intervir com pleno conhecimento em todas as fases do processo. O fato de que a Senhora María Elena LoayzaTamayo foi condenadana Justiça comum com base em provas supostamente

[59]Trata-se de um medicamento desenvolvido na Alemanha, em 1954, inicialmente como sedativo. Contudo, a partir de sua comercialização, em 1957, gerou milhares de casos de Focomelia, que é uma síndrome caracterizada pela aproximação ou encurtamento dos membros junto ao tronco do feto - tornando-os semelhantes aos de uma foca - devido a ultrapassar a barreira placentária e interferir na sua formação. Utilizado durante a gravidez também pode provocar graves defeitos visuais, auditivos, da coluna vertebral e, em casos mais raros, do tubo digestivo e problemas cardíacos. A ingestão de um único comprimido nos três primeiros meses de gestação ocasiona a Focomelia, efeito descoberto em 1961, que provocou a sua retirada imediata do mercado mundial. No entanto, em 1965 foi descoberto o seu efeito benéfico no tratamento de estados reacionais em Hanseníase (antigamente conhecida como lepra), e não para tratar a doença propriamente dita, o que gerou a sua reintrodução no mercado brasileiro com essa finalidade específica. Disponível em: http://www.talidomida.org.br/oque.asp. Acessado em 29/06/2016.

> obtidas no procedimento militar, no entanto, apesar de este ser incompetente, teve consequências negativas contra ela nos tribunais civis.
> 63. O Peru, através da jurisdição militar, violou o artigo 8.2 da Convenção, que consagra a presunção de inocência, atribuindoa senhora Maria Elena LoayzaTamayo o cometimento de um crime diferente daquele para o qual foi acusada e processada, sem competência para fazê-lo (...).
> 64. A Comissão alega que a Senhora María Elena LoayzaTamayo foi coagida a testemunhar contra si no sentido de admitir a sua participação nos fatos a ela imputados. Não aparecem nos autos provas desses fatos, razão pela qual a Corte considera que o caso não foi comprovada a violação dos artigos 8.2.g e 8.3 da Convenção Americana.[60]

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. 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 o óbice da impossibilidade de fazer cumprir decisão internacional em face do princípio interno do respeito à coisa julgada (RAMOS, 2015, p. 408).

Entendemos ser essa a melhor saída legislativa, de maneira a adequar o ordenamento jurídico interno com as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil.

No entanto, Ramos (2015, p. 408) entende que essa modificação legislativa, acerca

---

[60] Tradução livre do autor a partir do original: 61. (…) [L]a jurisdicción militar del Perú violó el artículo 8.1 de la Convención, en lo que concierne a la exigencia de juez competente. En efecto, al dictar sentencia firme absolutoria por el delito de traición a la patria del cual fue acusada la señora María Elena Loayza Tamayo, la jurisdicción militar carecía de competencia para mantenerla en detención y menos aún para declarar, en el fallo absolutorio de última instancia, que "*existiendo evidencia de la comisión del delito de terrorismo dispone remitir los actuados pertinentes al Fuero Común y poner a disposición de la Autoridad competente a la referida denunciada"*. Con esta conducta los tribunales castrenses actuando *ultra vires* usurparon jurisdicción e invadieron facultades de los organismos judiciales ordinarios (…). Por otra parte, (…) [las] autoridades judiciales comunes eran las únicas que tenían la facultad de ordenar la detención y decretar la prisión preventiva de los acusados.
62. En segundo término, la señora María Elena Loayza Tamayo fue enjuiciada y condenada por un procedimiento excepcional en el que, obviamente, están sensiblemente restringidos los derechos fundamentales que integran el debido proceso. Estos procesos no alcanzan los estándares de un juicio justo ya que no se reconoce la presunción de inocencia; se prohíbe a los procesados contradecir las pruebas y ejercer el control de las mismas; se limita la facultad del defensor al impedir que éste pueda libremente comunicarse con su defendido e intervenir con pleno conocimiento en todas las etapas del proceso. El hecho de que la señora María Elena Loayza Tamayo haya sido condenada en el fuero ordinario con fundamento en pruebas supuestamente obtenidas en el procedimiento militar, no obstante ser éste incompetente, tuvo consecuencias negativas en su contra en el fuero común.
63. El Perú, por conducto de la jurisdicción militar, infringió el artículo 8.2 de la Convención, que consagra el principio de presunción de inocencia, al atribuir a la señora María Elena Loayza Tamayo la comisión de un delito diverso a aquel por el que fue acusada y procesada, sin tener competencia para ello (…).
64. La Comisión alega que la señora María Elena Loayza Tamayo fue coaccionada para que declarara contra sí misma en el sentido de admitir su participación en los hechos que se le imputaban. No aparece en autos prueba de estos hechos, razón por la cual la Corte considera que, en el caso, no fue demostrada la violación de los artículos 8.2.g y 8.3 de la Convención Americana.

da ação rescisória e da revisão criminal, na seara penal, não são necessárias, pois não cabe alegar coisa julgada como justificativa para a não implementação de decisão internacional, já que ela é simplesmente a constatação da responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos, devendo o Estado, por mandamento constitucional e legal interno, implementar citada sentença.

Ou seja, parece-nos que, para o autor, a sentença internacional seria automaticamente exequível no plano interno, sem que fosse necessária nova provocação do Poder Judiciário para, por meio de novo processo, fosse alterada a decisão doméstica violatória de direitos humanos.

Como salientado, ousamos discordar nesse ponto, pois, apesar de salutar a tese de autoexecutoriedade das sentenças proferidas por tribunais internacionais no plano interno, entendemos que, se o ato violatório partiu do Poder Judiciário, somente ele poderia rescindi-lo, reconhecendo sua incompatibilidade e afastando todas as consequências jurídicas, tanto no plano cível quanto no plano penal.

A título de exemplo, caso uma decisão judicial, violatória de direitos humanos internacionalmente consagrados e vinculantes ao Estado, tenha condenado definitivamente um indivíduo, somente executar a sentença internacional, reparando os danos causados não seria suficiente. Necessariamente, deverá haver novo pronunciamento jurisdicional para excluir os efeitos penais da condenação, de modo que a violação estaria integralmente reparada.

Além dessa atuação do Poder Judiciário, na busca da defesa dos direitos humanos internacionalmente previstos, faz-se necessária a análise do chamado controle de convencionalidade, que se relaciona com o papel deste Poder na implementação e promoção desses direitos.

Como mencionado anteriormente, o Judiciário, em razão de sua inércia inerente, só atua após ser provocado. Nesse cenário, percebe-se que, de maneira subsidiária ao papel do Legislativo e do Executivo na implementação e promoção dos direitos humanos, o Judiciário atua como órgão eminentemente contramajoritário, de forma que os reclames democráticos das decisões majoritárias possam ser sopesados na "última trincheira da cidadania".

Inicialmente, Ramos (2014, p. 294) leciona 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 organizações internacionais). Ele também estabelece que há duas subcategorias de controle:

a) O controle de convencionalidade de matriz internacional, também denominado

controle de convencionalidade autêntico ou definitivo; e

b) O controle de convencionalidade de matriz nacional, também denominado de provisório ou preliminar.

O primeiro é o controle realizado por órgãos internacionais, constituídos por julgadores independentes, criados por normas internacionais, de modo a evitar que os próprios Estados sejam, concomitantemente, fiscais e fiscalizados, criando a indesejável figura do *judex in causa sua*. Ora, este controle de matriz internacional nada mais é do que aquele de competência das Cortes Europeia, Interamericana e Africana de Direitos Humanos.

Por sua vez, o de matriz nacional é aquele desempenhado pelos órgãos jurisdicionais internos, de modo a realizar o exame de compatibilidade do ordenamento nacional às normas internacionais.

Esse controle foi, pioneiramente, realizado pelo Conselho Constitucional francês, em 1975, quando da apreciação de um caso que versava sobre a lei de interrupção voluntária da gravidez. Tendo em vista o artigo 55 da Constituição francesa sobre o estatuto supralegal dos tratados, decidiu o Conselho que não lhe cabia a análise da compatibilidade da lei com o tratado internacional, no caso, a Convenção Europeia de Direitos Humanos. Para o Conselho Constitucional, esse tipo de controle deveria ser realizado pela Corte de Cassação e pelo Conselho de Estado.

Na decisão nº 74-54 DC, de 15 de janeiro de 1975, o Conselho entendeu não ser competente para analisar a convencionalidade preventiva das leis (ou seja, a compatibilidade destas com os tratados ratificados pela França), pelo fato de não se tratar de um controle de constitucionalidade propriamente dito, o único em relação ao qual teria competência dito Conselho para se manifestar a respeito (MAZZUOLI, 2013, p. 88).

Nota-se que o controle de matriz nacional é, na verdade, um controle nacional de legalidade, supralegalidade ou constitucionalidade, a depender do *status* hierárquico que se atribui ao tratado internacional internalizado.

A grande crítica tecida por Ramos (2014, p. 295) ao controle de matriz nacional diz respeito à desvalorização da própria ideia de primazia dos tratados, implícita na própria existência do controle de convencionalidade. Para ele (2014, p. 296), é óbvio que nem sempre os resultados do controle de convencionalidade internacional coincidirão com os do controle nacional. Por exemplo, um Tribunal interno pode afirmar que determinada norma legal brasileira é compatível com um tratado de direitos humanos; em seguida, um órgão internacional de direitos humanos, ao analisar a mesma situação, pode chegar à conclusão que a referida lei viola o tratado.

Por conta disso é que o controle de matriz internacional é também denominado de controle autêntico, pois, da mesma forma que, no sistema jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal é o guardião e intérprete autêntico da Constituição Federal, no plano regional, a Corte Interamericana é a intérprete autêntica da Convenção Americana e dos demais diplomas normativos que fazem parte do *corpus juris* em matéria de direitos humanos.

O controle de matriz internacional exercido pelos tribunais internacionais pode, inclusive, analisar a compatibilidade de uma norma oriunda do Poder Constituinte Originário com as normas previstas em um tratado internacional de direitos humanos. No caso do controle de convencionalidade nacional, os juízes e os tribunais internos não ousam submeter uma norma do Poder Constituinte Originário à análise da compatibilidade com um determinado tratado de direitos humanos (RAMOS, 2014, p. 296).

O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência consolidada a respeito do tema:

> EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. - **A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras e incompossível com o sistema de Constituição rígida.** - Na atual Carta Magna "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição" (artigo 102, "caput"), **o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição.** - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido.(ADI 815, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 28/03/1996, DJ 10-05-1996 PP-15131 EMENT VOL-01827-02 PP-00312)

Assim, para Ramos (2014, p. 296), há um limite de objeto do controle de convencionalidade nacional, que o restringe: a análise das normas constitucionais originárias.

Data maximavenia, ousamos discordar dessa posição.

Como já defendido no presente trabalho, para nós, os tratados internacionais sobre direitos humanos, uma vez incorporados, vinculam todo o ordenamento jurídico, detendo, assim, *status* supraconstitucional. Logo, da mesma forma que o controle de convencionalidade de matriz internacional pode verificar a compatibilidade das normas constitucionais com os tratados internacionais sobre direitos humanos, o controle de matriz nacional, exercido pelo Judiciário nacional, também pode aferir a compatibilidade dos enunciados contidos na Constituição em relação às obrigações internacionais contraídas. Inadmitir isso, para nós,

esvazia todo o movimento de internacionalização da proteção dos direitos humanos, consistindo em óbice indesejável para que o Judiciário, como ator contramajoritário e parte do poder estatal, observe e cumpra os compromissos internacionais contraídos, sob pena de eventual responsabilização internacional do Estado.

A segunda diferença existente encontra-se na hierarquia do tratado-parâmetro. No controle nacional, a hierarquia do tratado-parâmetro depende do próprio Direito Nacional, que estabelece o estatuto dos tratados internacionais. No caso brasileiro, há tratados de direitos humanos de estatura supralegal e constitucional, na visão atual do Supremo Tribunal Federal. Já no controle de matriz internacional, o tratado de direitos humanos é sempre a norma paramétrica superior. Todo o ordenamento nacional lhe deve obediência, inclusive as normas constitucionais originárias (RAMOS, 2014, p. 296).

Novamente, com as devidas escusas, entendemos não ser essa a melhor posição pelas razões já expostas acerca da defesa da supraconstitucionalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

A terceira diferença é quanto à interpretação. A interpretação do que é compatível ou incompatível com o tratado-parâmetro não é a mesma. Há tribunais internos que se socorrem de normas previstas em tratados sem sequer mencionar qual é a interpretação dada a tais dispositivos pelos órgãos internacionais, levando a conclusões divergentes. O controle nacional pode levar à violação das normas contidas nos tratados tal qual interpretadas pelos órgãos internacionais. Isso desvaloriza a própria ideia de primazia dos tratados de direitos humanos, implícita na afirmação da existência de um controle de convencionalidade (RAMOS, 2014, p. 296).

Ora, a hermenêutica convencional sobre as expressões e o alcance dos enunciados normativos sobre direitos humanos pode encontrar diferenças até mesmo entre órgãos e tribunais internacionais, bem como entre seus próprios componentes. A interpretação é exercício personalíssimo do órgão julgador, de forma que a melhor forma de garantir previsibilidade e segurança jurídica é assegurar os instrumentos processuais adequados para a impugnação de decisões evidentemente contrárias àquelas emanadas pelos intérpretes autênticos, cujas manifestações são vinculantes à moda da *common law*.

Assim, tampouco nos parece um argumento válido para refutar a importância e a necessidade do exercício do controle de convencionalidade de matriz nacional o fato de cada órgão jurisdicional poder atribuir interpretação às normas convencionais. Na verdade, deve-se iniciar uma cultura de estudos, de divulgação e de vinculação das interpretações, de forma que se crie uniformidade e compatibilidade da hermenêutica convencional nacional com a

internacional.

Nas palavras de Ramos (2014, p. 297) é claro que o controle de convencionalidade nacional é importante, ainda mais se a hierarquia interna dos tratados for equivalente à norma constituição ou quiçá supraconstitucional. Porém, esse controle nacional deverá obedecer à interpretação ofertada pelo controle de convencionalidade internacional, para que possamos chegar à conclusão de que os tratados foram efetivamente cumpridos. Assim, a interpretação do conteúdo das normas sempre será uma fissura aberta entre os controles judiciais nacionais e o controle de convencionalidade internacional.

A fim de afastar esse aparente problema interpretativo, defende-se a interação, o diálogo e a fertilização cruzada entre o direito interno e o direito internacional, em especial quanto às interpretações fornecidas pelos órgãos internacionais cuja jurisdição o Brasil reconheceu.

Apesar das discussões internas sobre o *status* hierárquico assumido pelos tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico nacional, no plano internacional, não importa qual é a visão brasileira sobre o estatuto normativo interno de um tratado internacional de direitos humanos. Reiteradamente os órgãos judiciais e quase judiciais internacionais impõem o que Ramos (2014, p. 306) denomina de "unilateralismo internacionalista radical" que se sobrepõe à *discussion d'école* entre monistas e dualistas: os tratados de direitos humanos devem ser cumpridos, sem considerar qualquer outro argumento de Direito interno.

Defende-se, a todo custo, a primazia do direito internacional.

Há, todavia, uma terceira via para a solução entre esse conflito aparente entre jurisdições e aplicações das normas internacionais. Supera-se a questão por meio do recurso à aplicação da norma mais favorável aos indivíduos, calcado no princípio *pro homine*. Não importa a origem da norma. Sendo mais favorável à situação do indivíduo, ela deve incidir no caso em análise.

O art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos traz previsão nesse sentido, *ipsis litteris*:

> Artigo 29 - Normas de interpretação
> Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:
> a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
> b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados;
> c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo;

> d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

Para Ramos (2014, p. 306), esse princípio da norma mais favorável ficou superado pela força expansiva dos direitos humanos, que contaminou todas as facetas da vida social e tornou difícil identificar qual é a "norma mais favorável", uma vez que uma norma mais protetiva a determinado indivíduo pode desproteger outro, como nos mostram os clássicos conflitos entre proteção do meio ambiente e o direito de propriedade ou entre a liberdade de informação e a privacidade.

E ele continua (2014, p. 307):

> Mesmo no seio do Direito Penal e Processual Penal, tradicional reduto da defesa dos interesses dos indivíduos acusados, há muito os tribunais internacionais de direitos humanos valorizam o direito das vítimas de acesso à justiça penal, condenando, por exemplo, as leis de autoanistia. No caso *Gomes Lund e outros contra o Brasil*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu que a proporcionalidade deve levar em conta dos direitos das vítimas e seus familiares à verdade e justiça e os direitos dos autores das violações bárbaras de direitos humanos.
> Como falar em "primazia da norma mais favorável ao indivíduo" no caso da revisão da lei da anistia brasileira? Qual seria o indivíduo a ser favorecido: o torturador beneficiado pela anistia penal ou a vítima ou seus familiares que clama pelo direito de acesso à justiça penal?
> Nesse ponto, há de se valorizar a atividade de ponderação de interesses que é desenvolvida, sem maiores traumas, pelos órgãos internacionais judiciais ou quase judiciais de direitos humanos.

O que falta, então, é saber como o Poder Judiciário nacional pode aplicar, da maneira mais correta possível, as normas internacionais que vinculam a atuação do Estado brasileiro, sob pena de os pronunciamentos jurisdicionais constituírem o ato estatal violatório de direitos humanos que será submetido a julgamento pelos tribunais internacionais.

A primeira solução sugerida é a aceitação da interpretação das normas internacionais de direitos humanos conferida pelos órgãos judiciais e quase judiciais internacionais, competentes para realizar um exercício de hermenêutica imparcial.

É necessário, dessa forma, um processo de diálogo e fertilização cruzada entre os tribunais internos e os tribunais internacionais, ressaltando-se que a interpretação internacionalista é a única que assegura a universalidade dos direitos humanos prometida no momento da ratificação dos tratados pelos Estados (RAMOS, 2014, p. 307).

O universalismo se contrapõe ao relativismo exatamente por considerar (como tratado nos capítulos iniciais deste trabalho) que os direitos humanos são inerentes a todos os indivíduos por conta de sua natureza humana e racional.

A internacionalização da proteção dos direitos humanos busca, especificamente, afastar a implementação, a defesa e a promoção desses direitos da atuação única e exclusiva

dos Estados a seu bel prazer e segundo suas orientações políticas majoritárias.

De fato, nada adiantaria advogar a adesão formal brasileira a tais tratados e, ao mesmo tempo, exigir que a interpretação desses instrumentos normativos fosse realizada exclusivamente por órgãos nacionais, sem qualquer tipo de controle externo.

Por conta disso, a proposta principal para o Judiciário, Poder cuja atuação técnica deve observar as obrigações internacionais contraídas pelo Estado, é de aplicar os tratados internacionais sobre direitos humanos de acordo com a interpretação a eles conferida pelos órgãos jurisdicionais e quase jurisdicionais internacionais aos quais o Brasil está vinculado.

O Supremo Tribunal Federal cita, em alguns de seus julgados, normas convencionais, mas sem se atentar para a interpretação autêntica conferida ao dispositivo pelos órgãos internacionais.

Exemplo disso é a discussão sobre o *status* hierárquico dos tratados internacionais sobre direitos humanos. Muito se fala sobre a hierarquia de lei ordinária federal, a supralegalidade e a constitucionalidade, mas, em nenhum momento, cita-se a Opinião Consultiva nº 14 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que afirma que a Convenção deve ser cumprida, em qualquer hipótese, em nome da proteção de direitos humanos, mesmo que contrarie dispositivo constitucional originário, como já mencionado neste trabalho.

O mesmo acontece em relação à interpretação conferida aos tratados pelos mais diversos órgãos internacionais com que o Brasil se obrigou.

De fato, não atenderia aos comandos dos próprios tratados ignorar a posição dominante dos órgãos encarregados justamente da interpretação de seus dispositivos; o mesmo ocorre no Judiciário brasileiro: não atende aos ditames da boa jurisdição, à luz da coerência jurisprudencial e da segurança jurídica, a inobservância das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, o que só faz com que as partes prejudicadas arquem com o ônus do prolongamento processual por meio de recursos, a fim de levar seus casos aos tribunais superiores.

Nas lições de Ramos (2014, p. 312), o Direito Internacional dos Direitos Humanos no Brasil está manco: formalmente, o Brasil está plenamente engajado; na aplicação prática, há quase um total silêncio sobre a interpretação dada pelo próprio Direito Internacional (na voz de seus intérpretes autênticos, como, por exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos), o que pode gerar a responsabilização internacional do Brasil por violação de direitos humanos.

Não bastasse essa adequação hermenêutica, o Poder Judiciário também exerce importante papel na implementação, defesa e promoção dos direitos humanos quando realiza o

chamado controle jurisdicional de convencionalidade das leis, tanto da forma concentrada quanto da forma difusa.

De maneira pioneira na doutrina brasileira, Valerio de Oliveira Mazzuoli (2013) traz o tema para o debate acadêmico sobre esse tipo de controle.

Para ele (2013, p. 79), à medida que os tratados internacionais de direitos humanos ou são materialmente constitucionais (art. 5º, § 2º) ou material e formalmente constitucionais (art. 5º, § 3º), é lícito entender que, para além do clássico "controle de constitucionalidade", deve ainda existir (doravante) um "controle de convencionalidade" das leis, que é a compatibilização das normas de direitos interno com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país.

Acrescentamos, ainda, à posição de Mazzuoli nossa posição quanto ao *status* supraconstitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos, de forma a reforçar, ainda mais, a necessidade de o Poder Judiciário exercer, diretamente, o controle de convencionalidade das leis, institucionalizadas pelo Legislativo, e dos atos normativos, criados, também, pelo Executivo, de forma que todo o ordenamento jurídico brasileiro esteja em sintonia com as obrigações internacionais contraídas.

Necessária a distinção que esse doutrinador realiza entre o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade.

Em suas palavras (2013, p. 79), poder-se-ia objetar tratar de controle de constitucionalidade aquele que se exerce em razão dos tratados de direitos humanos internalizados pela sistemática do art. 5º, § 3º, por ostentarem equivalência de emenda constitucional. Para ele, entretanto, apenas quando existe afronta à Constituição mesma é que pode haver controle de constitucionalidade propriamente dito.

A nosso ver, correta a posição por ele defendida, pois, em que pese o art. 5º, §§ 2º e 3º permitirem que os tratados internacionais sobre direitos humanos façam parte do chamado bloco de constitucionalidade, o instrumento processual adequado para a verificação de compatibilidade entre as normas constitucionais e infraconstitucionais é, e continuará sendo, o controle de constitucionalidade exercido por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, Declaratórias de Constitucionalidade, Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão e Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Logo, do ponto de vista processual, não se mostra adequado o instituto do controle de constitucionalidade para verificação da compatibilidade entre as normas constitucionais e infraconstitucionais brasileiras em relação aos tratados internacionais sobre direitos humanos, sendo, portanto, necessário lançar mão de um novo instrumento processual, a saber: o controle

de convencionalidade.

A defesa de Mazzuoli (2013, p. 80) resume-se à seguinte tese: quer tenham os tratados de direitos humanos "*status* de norma constitucional" (nos termos do art. 5º, § 2º, da Constituição), quer sejam "equivalentes às emendas constitucionais" (posto que aprovados pela maioria qualificada prevista no art. 5º, § 3º), em ambos os casos serão eles paradigma de controle das normas domésticas brasileiras, ao que se denomina de controle de convencionalidade das leis (em suas modalidades difusa e concentrada).

Cria-se, assim, um duplo controle de compatibilidade, de forma que todas as normas constitucionais (em razão do *status* supraconstitucional dos tratados sobre direitos humanos) e infraconstitucionais sejam analisadas com o sistema do atual Estado Constitucional e Humanista de Direito.

Interessante apontar que, em Portugal, mesmo a melhor doutrina não percebeu essa diferença entre o controle de convencionalidade e o de supralegalidade. Canotilho, v.g., em todo o tópico destinado ao estudo da compatibilidade das leis com os tratados internacionais (tópico intitulado "Processo de Verificação da Contrariedade de uma Norma Legislativa com uma Convenção Internacional"), não se utiliza das expressões citadas, chamando de "relação de contrariedade" o que, em verdade, deveria ser chamado de "controle" (de convencionalidade ou de supralegalidade). Por fim, ao explicar o procedimento de aferição dessa "contrariedade" perante o Tribunal Constitucional português, diz Canotilho que o Tribunal não julga atos legislativos como "inconstitucionais (a expressão correta seria "inconvencionais") ou como "ilegais", mas profere "uma sentença de natureza declaratória através da qual se reconhece a justeza ou não justeza da decisão do tribunal *a quo*, que recusou a aplicação de uma norma em desarmonia com anteriores sentenças do Tribunal Constitucional (MAZZUOLI, 2013, p. 82-83).

Em diálogo com a posição acima mencionada por Ramos (2014), Mazzuoli (2013, p. 83) menciona que outros autores fizeram menção à expressão "controle de convencionalidade" sob outro ângulo, notadamente o da responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos em razão de atos do Poder Legislativo. Sob esse prisma, o controle de convencionalidade seria exercido quando se impedisse que o Parlamento local adotasse uma lei que violasse direitos humanos previstos em tratados internacionais internalizados, focando, assim, no aspecto legislativo.

Ainda em diálogo com Ramos (2014), Mazzuoli (2013, p. 84) frisa que a expressão controle de convencionalidade também foi empregada para aferir a compatibilidade das normas locais diante das normas internacionais de direitos humanos, não pela via judiciária

interna (controle de matriz nacional), mas pelos mecanismos internacionais (unilaterais ou coletivos) de apuração do respeito por parte de um Estado de suas obrigações internacionais.

De maneira mais expressa, Mazzuoli (2013, p. 86) tece as seguintes considerações:

> Perceba-se que, em nenhum momento, o autor citado faz referência à possibilidade de um juiz ou tribunal interno controlar, *v.g.*, pela via difusa, a convencionalidade de uma lei. Em outras palavras, a doutrina que se acaba de citar chama prioritariamente de "controle de convencionalidade" o exercício de compatibilidade normativa realizado pelas instâncias *internacionais* de proteção dos direitos humanos; de fato, tais instâncias controlam a convencionalidade das normas do direito interno e dos Estados-partes. Ocorre que o controle de convencionalidade – tal como ordena a própria Corte Interamericana – deve ser exercido, em primeiro plano, pelo Judiciário interno dos Estados-partes aos tratados de direitos humanos (especialmente pela via difusa).

O posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos se justifica por meio dos cânones de Direito Internacional que determinam que a atuação dos tribunais internacionais deve ocorrer de forma subsidiária, complementar e coadjuvante ao papel do Judiciário nacional.

As cortes internacionais somente controlarão a convencionalidade de uma norma interna caso o Poder Judiciário de origem não tenha controlado essa mesma convencionalidade, ou a tenha realizado de maneira insuficiente. Assim, não é correto dizer que apenas o controle internacional da convencionalidade das leis (realizado pelas instâncias internacionais de direitos humanos) é que seria o verdadeiro controle de convencionalidade, uma vez que tal raciocínio guarda insuperável incongruência de não reconhecer que é dos próprios tribunais internacionais que decorre a exigência de os juízes e tribunais internos controlarem a convencionalidade de suas normas domésticas (MAZZUOLI, 2013, p. 91-92).

Apesar de o controle de convencionalidade de matriz internacional ter sido exercido pela Corte Interamericana desde sua criação, o precedente, no qual restou firmada a tese de que os Estados-partes por meio de seus órgãos jurisdicionais internos são obrigados a realizar o controle de convencionalidade de matriz nacional, somente foi proferido em 2006, no caso *AlmonacidArellano e outros Vs. Chile* (Corte IDH, 2006).

In obter dictum, a Corte (2006) manifestou-se da seguinte maneira:

> 124. A Corte está consciente de que os juízes nacionais e os tribunais estão sujeitos à regra de direito e, portanto, são obrigados a aplicar as disposições em vigor no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado tenha ratificado um tratado internacional, como a Convenção Americana, os seus juízes, como parte do aparelho do Estado, também estão sujeitos a ela, o que os obriga a garantir que os efeitos das disposições da Convenção não sejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e finalidade, e que desde o início de qualquer efeito jurídico. Em outras palavras, o Judiciário deve exercer uma espécie de "controle de convencionalidade" entre as disposições legais nacionais que se aplicam em casos específicos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Judiciário deve levar

> em conta não apenas o tratado, mas também a sua interpretação feita pela Corte Interamericana, intérprete final da Convenção Americana.[61]

Corrobora o fato de esse precedente ter se tornado vinculante na jurisprudência do Sistema Interamericano quando a Corte, mais tarde, referir-se, novamente, ao controle de convencionalidade que deve ser exercido pelo Judiciário dos Estados-partes.

Nesse sentido, no caso *Trabalhadores Demitidos do Congresso Vs. Peru*, a Corte (2006) se pronunciou:

> 128. Sempre que um Estado tenha ratificado um tratado internacional, como a Convenção Americana, os juízes também estão sujeitos a ela, forçando-os a garantir que a eficácia da Convenção não sejamreduzidas ou anuladas pela aplicação de leis contrárias à sua disposições, objeto e finalidade. Em outras palavras, os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não só o controle constitucional, mas também de "convencionalidade" *exofficio* entre as normas nacionais e da Convenção Americana claramente no âmbito das respectivas competências e dos regulamentos processuais correspondentes. Esta função não deve ser limitada apenas pelas declarações ou ações dos demandantes em cada caso, mas não implica que esse controlo deve ser sempre exercida, sem considerar outras admissibilidade formal e material e origem de tais ações.[62]

O dever imposto pela Corte Interamericano aos magistrados dos Estados-partes reflete diretamente no controle difuso de convencionalidade das leis. Esse controle, por se tratar de uma questão de ordem pública internacional (*ordrepublic*), deve ser realizado *exofficio* pelos juízes e tribunais, sem a necessidade de que haja um pedido expresso das partes em litígio, sempre que estiver diante de um caso concreto cuja solução possa ser encontrada em tratado internacional de direitos humanos em que o Estado seja parte.

Nesse cenário, prevalecem os brocardos *iuranovitcuria* e*narra mihifactumdabo tibi jus*. Ou seja, o magistrado, como agente do Estado, conhece o Direito em sua completude,

---

[61] Tradução livre do autor a partir do original: 124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

[62] Tradução livre do autor a partir do original:128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad"*ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.

podendo aplicá-lo mesmo sem que tenha sido aventada a incidência da norma internacional mais favorável ao indivíduo no caso concreto.

De volta ao controle de convencionalidade, destaca-se que todo e qualquer tratado de direitos humanos é parâmetro para o controle de matriz nacional. Assim, todos os tratados sobre o tema internalizados pelo Estado brasileiro devem servir para a verificação de compatibilidade.

De maneira definitiva, em 2010, no caso *Cabrera García e Montiel Flores Vs. México*, a Corte Interamericana firmou seu entendimento acerca da obrigatoriedade do controle de convencionalidade e ampliou o exercício desse controle a todos os órgãos vinculados à administração da justiça.

Percebe-se que a Corte determinou que o controle de convencionalidade deve ser realizado, também, pelas autoridades policiais, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública e pela Advocacia, pois estão todos vinculados à administração da justiça.

Não se pode olvidar que o controle é direcionado a todos os Estados-partes. Essa afirmação é corroborada pelos pronunciamentos jurisdicionais proferidos pelas Cortes de alguns membros do Sistema Interamericano, como fez consignar em sua sentença a Corte IDH:

> Assim, por exemplo, os tribunais da mais alta hierarquia na região têm referido e aplicado o controle de convencionalidade interpretações considerando feitas pelo Tribunal. A Câmara Constitucional do Supremo Tribunal de Justiça da Costa Rica declarou que:
>
> > Deve-se notar que, se a Corte Interamericana de Direitos Humanos é o órgão natural para interpretar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos [...], a força da sua decisão de interpretar a convenção e processar as leis nacionais à luz desta legislação, qualquer um dos casos litígio ou simples consulta, começando-vai-com o mesmo valor da norma interpretada[63].
>
> Enquanto isso, o Tribunal Constitucional da Bolívia declarou que:
>
> > Na verdade, o Pacto de San José de Costa Rica, como parte do bloco de constitucionalidade, consiste em três partes essenciais, estritamente ligadas umas às outras: a primeira, que compreende o preâmbulo, a segunda denominada de dogmática e a terceira relativa à parte orgânica. Na verdade, Capítulo VIII deste instrumento regula a Corte Interamericana de Direitos Humanos, portanto, seguindo um critério de "sistemas" de interpretação constitucional deve ser estabelecido que este organismo e, portanto, as decisões que dele emanam, são parte de também este bloco de constitucionalidade.
> >
> > Isto é assim por duas razões legais específicos: 1) O propósito da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos; e 2) A aplicação da doutrina da eficácia dos julgamentos relativos aos direitos humanos.[6465]

---

[63]*Cfr.* Sentencia de 9 de mayo de 1995 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Acción Inconstitucional. Voto 2313-95 (Expediente 0421-S-90), considerando VII.

[64]Tradução livre do autor a partir do original: Así, por ejemplo, tribunales de la más alta jerarquía en la región se han referido y han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha señalado que:
debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos […], la fuerza de su decisión al interpretar la convención y

Além disso, o Supremo Tribunal da República Dominicana estabeleceu que:

> Por conseguinte, é vinculante para o Estado dominicano e, portanto, para o Judiciário, não só as regras da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mas suas interpretações dadas pelos tribunais, criada como um meio de proteção, como o seu artigo 33º, que confere competência para conhecer as questões relacionadas com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados partes.

Por outro lado, o Tribunal Constitucional do Peru, declarou que:

> O carácter vinculativo dos acórdãos da Corte Interamericana não se esgota na sua parte dispositiva (que certamente atinge apenas o Estado que é parte no processo), mas estende-se a sua fundação ou a *ratiodecidendi*, acrescentado pela regra do [quarta final e disposição transitória (CDFT)] da Constituição e do artigo V do Título preliminar [Constitucional Código de Processo], nesta área a decisão é vinculante para o poder público nacional, mesmo nos casos em que o Estado peruano não foi parte do processo. Na verdade, a capacidade interpretativa e aplicativa da Convenção que tem a Corte, reconhecido no artigo 62.3 do Tratado, juntamente com o mandato do CDFT da Constituição, torna a interpretação das disposições da Convenção a ser realizada em qualquer processo, é obrigatória para todos os órgãos de governo, incluindo, é claro, a este Tribunal.

O Tribunal também declarou que:

> a ligação direta entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Constitucional é clara; link que é duplo: em primeiro lugar, restaurador, tal como interpretado o direito fundamental violado em razão das decisões do Tribunal, é otimizado dispensársele a possibilidade de protecção adequada e eficaz; e, por outro, preventiva, uma vez observadas as consequências desastrosas resultantes convicções institucionais da Corte Interamericana de Direitos Humanos para a segurança jurídica do Estado peruano são evitados

Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana ha establecido que:

> en consecuencia, es de carácter vinculante para el Estado dominicano, y, por ende, para el Poder Judicial, no sólo la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino sus interpretaciones dadas por los órganos jurisdiccionales, creados como medios de protección, conforme el artículo 33 de ésta, que le atribuye competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes[66].

De otro lado, el Tribunal Constitucional del Perú ha afirmado que:

> La vinculatoriedad de las sentencias de la C[orte Interamericana] no se

---

enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá –de principio- el mismo valor de la norma interpretada.

Por su parte, el Tribunal Constitucional de Bolivia ha señalado que:

En efecto, el Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de constitucionalidad, est[á] constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: la primera, conformada por el preámbulo, la segunda denominada dogmática y la tercera referente a la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII de este instrumento regula a la C[orte] Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional "sistémico", debe establecerse que este órgano y por ende las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad.

Esto es así por dos razones jurídicas concretas a saber: 1) El objeto de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y, 2) La aplicación de la doctrina del efecto útil de las sentencias que versan sobre Derechos Humanos

[65]Sentencia emitida el 10 de mayo de 2010 por el Tribunal Constitucional de Bolivia (Expediente No. 2006-13381-27-RAC), apartado III.3.sobre "El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Fundamentos y efectos de las Sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos".

[66]Resolución No. 1920-2003 emitida el 13 de noviembre de 2003 por la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana.

> agota en su parte resolutiva (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la [Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT)] de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del [Código Procesal Constitucional], en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la C[orte Interamericana], reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal[67].

Dicho Tribunal también ha establecido que:

> se desprende la vinculación directa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y este Tribunal Constitucional; vinculación que tiene una doble vertiente: por un lado, *reparadora*, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, por otro, *preventiva*, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrean las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la seguridad jurídica del Estado peruano[68].

La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina ha referido que las decisiones de la Corte Interamericana "resulta[n] de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH)", por lo cual dicha Corte ha establecido que "en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional"[69]. Igualmente, dicha Corte Suprema estableció "que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" ya que se "trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos"[70].

Además, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que en virtud de que la Constitución colombiana señala que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse "de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia", se deriva "que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales"[71].

Dessa forma, percebe-se como o Poder Judiciário exerce relevante e destacado papel na implementação, defesa e promoção dos direitos humanos.

Deve-se incutir na cultura forense brasileira o peso da responsabilidade que recai

---

[67]Sentencia emitida el 21 de julio de 2006 por el Tribunal Constitucional del Perú (Expediente No. 2730-2006-PA/TC), fundamento 12.

[68] Sentencia 00007-2007-PI/TC emitida el 19 de junio de 2007 por el Pleno del Tribunal Constitucional del Perú (Colegio de Abogados del Callao c. Congreso de la República), fundamento 26.

[69]Sentencia emitida el 23 de diciembre de 2004 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, República Argentina (Expediente 224. XXXIX), "Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa", considerando 6.

[70] Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, Mazzeo, Julio Lilo y otros, recurso de casación e inconstitucionalidad. M. 2333. XLII. y otros de 13 de Julio de 2007, párr. 20.

[71]Sentencia C-010/00 emitida el 19 de enero de 2000 por la Corte Constitucional de Colombia, párr. 6.

sobre os ombros de todos os operadores do Direito, de forma que as partes levem à apreciação dos juízes e tribunais teses relativas às normas internacionais sobre direitos humanos, para que os pronunciamentos jurisdicionais, obrigatoriamente, se debrucem e enfrentem o tema. Somente assim o Judiciário brasileiro estará observando e cumprindo as obrigações internacionais contraídas pelo Estado, evitando eventuais condenações internacionais por violações a direitos humanos.

Após terem sido demonstrados os relevantes papéis que devem ser desempenhados pelos três poderes da República, podemos passar para a última parte do presente trabalho, onde se pretende apresentar os casos mais emblemáticos envolvendo o Estado brasileiro perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

5.DIREITOS HUMANOS DAS MINORIAS NO ESTADO BRASILEIRO: Reflexos pragmáticos da tese da supraconstitucionalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos

O presente trabalho é resultado de alguns anos de reflexões sobre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e a forma como esse ramo da Ciência Jurídica pode auxiliar o Estado Brasileiro a cumprir com as promessas constitucionalmente previstas no texto de 1988. Temos consciência de que nossa formação e compreensão do tema ainda estão longe de atingir a maturidade que grandes cientistas do assunto já alcançaram. Da mesma forma, não ignoramos o fato de o tema ser deveras vasto e proporcionador de inúmeras reflexões e conclusões, de forma que esgotá-lo seria pretensão demasiada insolente.

No entanto, dentro da academia, o recorte final da pesquisa a que nos propomos apresentar exige a análise de questões pragmáticas, com a intenção de revelar as implicações práticas daquilo que foi defendido e apontar novos caminhos para que a inquietação científica possa continuar caminhando.

Nesse último capítulo, objetiva-se apresentar algumas consequências práticas relacionadas à adoção da tese da supraconstitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos para a defesa das minorias no Brasil.

Para tanto, buscamos alguns casos em que o Estado brasileiro foi avaliado no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, bem como situações que demonstram como o Direito Internacional dos Direitos Humanos pode contribuir para que inúmeras violações a direitos sejam evitadas e sanadas, principalmente aquelas que atingem as minorias no país.

O conceito de minoria pode ser obtido de duas formas, pela afirmação do que as minorias são, ou pela afirmação do que as minorias não são que, na epistemologia, poderia ser designado por definição afirmativa ou negativa (ALVES, 2009, p. 13).

Reconhecer o outro como igual, a partir da alteridade, leva à compreensão de que o tratamento de todos os indivíduos deve ocorrer de forma materialmente igualitária, comportando, assim, posições mais defensivas quando a problemática envolve situações de vulnerabilidade.

Elegemos casos relacionados às pessoas com deficiência mental (Caso Damião Ximenes Lopes), à violência doméstica contra a mulher (Caso Maria da Penha) e às garantias da população carcerária brasileira (Audiência de Custódia), a fim de comprovarmos que, a partir das obrigações internacionalmente contraídas, o Estado brasileiro foi impulsionado a

adotar as medidas legislativas internas para se adequar à observância e efetivação dos direitos humanos.

5.1 Caso Damião Ximenes Lopes Vs. Brasil e a Lei nº 10.216/2001

O ser humano, produto da natureza e que dela faz parte, apresenta um caminhar biológico regrado por infinitas variáveis, muitas delas já conhecidas e desmistificadas, outras, nem tão precisadas como se desejaria. A ciência, principalmente no campo da medicina, enfrenta os temas mais profundos na incessante busca pela determinação das razões de patologias e anomalias que assolam o *Homo sapiens sapiens*.

Além de questões congênitas, comorbidades ou restrições adquiridas no curso da vida dos seres humanos impulsionam as pesquisas e as descobertas para que o bem-estar das pessoas seja garantido de maneira digna e respeitável, tornando as restrições anatômicas, sensoriais ou intelectuais detalhes a ser entendidos e lidados com naturalidade pela comunidade.

No entanto, as questões pertinentes aos seres humanos portadores de deficiências, sejam elas genéticas ou adquiridas, nem sempre foram tratadas com a atenção e compreensão merecidas. O percurso histórico da incorporação gradativa das pessoas com limitações à estrutura social ocorreu por meio de um processo não-linear e marcado por trajetórias individuais e casos marcantes.

Difícil visualizar-se um movimento contínuo e homogêneo de integração, pois a sociedade, por meio de seus sentimentos e sua maneira como enxergava as pessoas portadoras de deficiência, variava de um país para outro num mesmo contexto histórico.

Pode-se imaginar que, nas primeiras sociedades humanas, a sobrevivência no ambiente natural, rodeado por predadores e situações que exigiam habilidades mínimas de sobrevivência (SILVA, 1986, p. 69), onde a luta incessante pela vida ocorria diuturnamente de maneira individualista, as deficiências genéticas e outras patologias congênitas restringiam o próprio desenvolvimento dos seres humanos que nasciam dependentes de cuidados de outros indivíduos num ambiente hostil.

O modo como as pessoas assoladas por deficiências mentais eram tratadas revela uma evolução ainda mais paulatina. Isso porque seus casos eram associados de maneira direta com a influência de forças malignas que passavam a controlar esses indivíduos, causando-lhes o mal e ferindo, inclusive, pessoas da própria família.

O tratamento dispensado às pessoas acometidas por transtornos mentais foi, de certa

forma, institucionalizado, criando uma áurea mística e, na maioria dos casos, discriminatória em relação à situação dessas pessoas.

Em sua tese de doutorado, apresentada ao Programa de Pós-graduação em Saúde Pública da Universidade Federal de Minas Gerais, Helian Nunes de Oliveira (2012) apresentou como resultados de sua pesquisa dados sobre a violência sofrida pela população com transtornos mentais. Constatou-se a prevalência de "violência física, sexual e verbal nesta população". Sendo que "82% das mulheres relataram ter sofrido violência na vida e 77% dos homens". Quanto à violência sexual, "27% e 13%, respectivamente". Já em relação à violência verbal, "63% e 59%, respectivamente, e a violência física por 58% em ambos os sexos".

A tese traz como conclusões:

> É alta a prevalência do relato de ter sofrido violência na vida entre os pacientes com transtorno mental, comparando-se com dados referentes à população em geral. Estas prevalências são semelhantes as encontradas em populações vivendo em situações de extrema pobreza no país. As mulheres com transtorno mental sofrem mais violência, mas é importante assinalar que os homens também sofrem violência, mesmo sexual na vida adulta. Fatores sociodemográficos e clínicos indicam vulnerabilidade para sofrer violência e associação com comportamentos e situações de risco par HIV/DST, incluindo uso de substâncias psicoativas, com diferenças quanto ao sexo do paciente. É importante agir precocemente na prevenção da violência, devido aos relatos de início da violência contra estas pessoas na infância e no ambiente doméstico. É necessário treinar as equipes assistenciais e realizar uma triagem da história de violência na admissão nos serviços de saúde mental no Brasil, com vistas a realizar intervenções para diminuir a vulnerabilidade dos pacientes com transtorno mental (OLIVEIRA, 2012, p. 11).

As pessoas com deficiência estão mais expostas a serem vítimas de violência e têm menor chance de obtenção de intervenção eficaz da polícia e dos órgãos de fiscalização de proteção jurídica ou de cuidados preventivos.

A violência a que está exposta a pessoa com deficiência, seja ela criança, jovem ou adulta, é mais contundente na pessoa idosa e está atrelada ao estigma da deficiência e à falta de compreensão de que as incapacidades e as desvantagens ocasionadas pela deficiência são geradas no próprio meio. A revelação desse fenômeno ocorre e se fundamenta basicamente no preconceito e na prática de atos de discriminação, com a falta de acessibilidade nos ambientes, nas vias públicas, no transporte, na vida comunitária e cultural, com a falta de capacitação de profissionais das áreas de atendimento à saúde, assistência e serviços públicos em geral, como revela o "Manual de Enfrentamento à Violência contra a Pessoa Idosa" da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (2014).

Nesse diapasão, instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos foram redigidos, com o objetivo de nortear a preocupação dos Estados em relação a essa população

mais vulnerável. A Declaração Americana de 1948 e a Convenção Americana de 1969 são instrumentos internacionais que consagram a dignidade da pessoa humana como objetivo a ser perseguido por todos os Estados, a quem incumbe implementar medidas necessárias para a consecução desse objetivo. Nesse contexto, insere-se a criação da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (internalizada por meio do Decreto nº 3.956, de 8 de outubro de 2001), que, ao reafirmar o princípio da igualdade entre todos os seres humanos, reafirma a isonomia como corolário do princípio da dignidade humana, sendo a discriminação, portanto, sua maior violação. Essa reafirmação está presente no próprio preâmbulo da Convenção que traz o compromisso de que "as pessoas portadoras de deficiências têm os mesmos direitos humanos e liberdades fundamentais que outras pessoas e que estes direitos, inclusive o direito de não serem submetidos à discriminação com base na deficiência, emanam da dignidade e da igualdade que são inerentes a todo ser humano".

Os direitos das pessoas portadoras de deficiência vêm sendo reconhecidos em todos os planos das "gerações" ou "dimensões" dos direitos humanos. Quer no plano de proteção individual – direitos de primeira "geração", como o direito à não discriminação, à igualdade, à liberdade de locomoção – quer no plano de proteção econômica, social e cultural – direitos de segunda "geração", como o direito a adequadas condições de trabalho, de atendimento de saúde, igualdade de oportunidades e de melhores condições de vida.

A Convenção apresenta a estrutura tradicional dos demais textos internacionais que tratam sobre direitos mais específicos. Em seus primeiros artigos, trata de definir alguns conceitos, como por exemplo, do que seja "deficiência" e do que significa "discriminação" para seus efeitos.

Assim, nos termos da Convenção, "deficiência significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social". Da mesma maneira, o texto define a discriminação como "toda diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, consequência de deficiência anterior ou percepção de deficiência presente ou passada, que tenha o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das pessoas portadoras de deficiência de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais".

Grandes lições podem ser extraídas do art. 3º da Convenção, que elenca as medidas que os Estados devem adotar para alcançar seus objetivos. Para o presente trabalho, o §2º, "b" do artigo 3º deve ser analisado de maneira mais atenta.

Conforme sua redação:

> Para alcançar os objetivos desta Convenção, os Estados Partes comprometem-se a: 2. Trabalhar prioritariamente nas seguintes áreas: b. Detecção e intervenção precoce, tratamento, reabilitação, educação, formação ocupacional e prestação de serviços completos para garantir o melhor nível de independência e qualidade de vida para as pessoas portadoras de deficiência (BRASIL, 2001).

Assim, a República Federativa do Brasil, como Estado-Parte dessa Convenção, assumiu todas essas obrigações para com seus cidadãos portadores de deficiência. E, nesse sentido, conforme o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, as obrigações *erga omnes* que têm os Estados de respeitar e garantir as normas de proteção e de assegurar a efetividade dos direitos projetam seus efeitos para além da relação entre seus agentes e as pessoas submetidas à sua jurisdição, pois se manifestam na obrigação positiva do Estado de adotar medidas necessárias para assegurar em determinadas circunstâncias a proteção efetiva dos direitos humanos nas relações interindividuais. A partir disso é que se pode gerar a responsabilidade internacional do Estado por omissões em seu dever de prevenir as violações aos direitos humanos cometidas por terceiros (CIDH, 2011, p 27).

Como mencionado anteriormente, esse grupo de pessoas, em razão de fatores sociais, culturais e até mesmo relacionados às suas diferenças e necessidades especiais, está mais vulnerável e sujeito a sofrer violações de direitos consagrados e tutelados por meio de tratados e convenções internacionais.

No contexto brasileiro, por exemplo, o caso conhecido como Damião Ximenes Lopes Vs. Brasil, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, constitui um divisor de águas e um marco histórico do país em relação à tutela dos direitos humanos, mais especificamente, em relação às pessoas portadoras de deficiências mentais.

Damião Ximenes Lopes tinha 30 anos quando, em outubro de 1999, foi internado por sua mãe na única clínica psiquiátrica que havia no Município de Sobral, no Ceará. Damião apresentava um intenso quadro de sofrimento mental, razão pela qual foi levado por sua mãe àquela instituição para ter cuidados médicos. A clínica, chamada Casa de Repouso Guararapes, era credenciada ao Sistema Único de Saúde (SUS). Pelos testemunhos apresentados à Comissão Interamericana, o histórico de violência contra os pacientes que ali eram internados já registrava ao menos duas mortes (CIDH, 2004).

Quatro dias após a sua internação, sua mãe foi visitá-lo e o porteiro da clínica não quis deixá-la entrar. Mesmo assim, ela conseguiu entrar na instituição e começou a procurar por seu filho. Naquele mesmo dia, após ver as desumanas condições em que seu filho se encontrava, a mãe acompanhou a morte de Damião. Ele tinha sido sujeitado à contenção

física, amarrado com as mãos para trás. A necrópsia em seu corpo revelou que ele sofrera diversos golpes, apresentando escoriações localizadas na região nasal, ombro direito, parte anterior dos joelhos e do pé esquerdo, equimoses localizadas na região do olho esquerdo, ombro homolateral e punho.

Conforme relatado pela Comissão Interamericana (2004), na demanda apresentadaperante à Corte Interamericana:

> Ele (Damião) veio até ela (mãe) caindo e com as mãos amarradas atrás, sangrando pelo nariz, com a cabeça toda inchada e com os olhos quase fechados, vindo a cair a seus pés, todo sujo, machucado e com cheiro de excrementos e urina. Ele caiu a seus pés dizendo: polícia, polícia, polícia, e que ela não sabia o que fazer e que pedia que o desamarrassem. Damião estava cheio de manchas roxas pelo corpo e com a cabeça tão inchada que nem parecia ele.

A violência institucionalizada no tratamento de pessoas com deficiência mental faz parte da história médica do país e das clínicas espalhadas por todo o território nacional há muitas décadas. Mesmo profissionais capacitados e graduados ainda carregam alguns preconceitos e utilizam de métodos violentos para o tratamento de alguns quadros clínicos crônicos. Na própria Casa de Repouso Guararapes, o relato da Sra. Maria Expedita Sousa Lira, ouvida pela Polícia Civil de Sobral em 15 de fevereiro de 2000, revela os maus-tratos sofridos por sua mãe, Sra. Raimunda Ferreira de Sousa, que acabaram levando-aà morte.

O caso de Damião surpreende pela própria negligência dos agentes médicos e pela tentativa de se omitir as reais causas de sua morte. A família, suspeitando da morte em decorrência de maus-tratos, pediu que a necropsia fosse realizada, o que não tinha sido requisitado pelo médico da Casa de Repouso. Quando o corpo foi levado ao Instituto Médico Legal, o exame no corpo de Damião foi realizado pelo mesmo médico da Casa de Repouso, que registrou no atestado de óbito “morte real de causa indeterminada”. Todavia, o relatório do exame identificou sinais e marcas no corpo de Damião que sinalizaram para a prática de tortura.

Logo após a morte de Damião, a família ajuizou ações criminal e civil indenizatória contra o proprietário da clínica e apresentou uma petição contra o Estado brasileiro perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). No caso em tela, dois pontos foram discutidos: as supostas violações de direitos estabelecidos na Convenção Americana de Direitos Humanos, por meio de atos de seus agentes – a Casa de Repouso Guararapes, seus médicos e demais funcionários –, e se estas violações decorreram da falha em prevenir, investigar e punir os fatos que ocorreram contra a vítima, principalmente, em razão de sua condição de portador de deficiência.

Os autores da ação alegaram que, como Estado Parte da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Brasil violou artigos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos sobre direito à vida (artigo 4º), direito à integridade pessoal (artigo 5º), direito às garantias judiciais (artigo 8º) e direito à proteção judicial (artigo 25). O caso foi analisado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que decidiu pela admissibilidade da petição (CIDH, 2002), e depois encaminhado à Corte, a quem cabe julgar os países signatários da Convenção Americana sobre Direitos Humanos que reconheceram a competência jurisdicional da Corte, entre os quais, o Brasil.

A ação teve como autores a própria Comissão, a irmã de Damião, Irene Ximenes Lopes, e o Centro de Justiça Global – organização não-governamental dedicada à defesa e à promoção dos direitos humanos no Brasil. O Brasil teve três oportunidades para prestar informações à CIDH sobre a acusação de omissão pela morte de Damião nas dependências da mencionada Casa de Repouso, porém, segundo o relatório nº 38/02 da Comissão, datado de 9 de outubro de 2002, o Brasil "não apresentou nenhuma resposta aos fatos alegados pela peticionária e tampouco questionou a admissibilidade da petição". Ademais, de acordo com o mencionado relatório, a irmã de Damião, Irene Ximenes Lopes, alegou que o Estado não estava cumprindo sua obrigação de investigar e responsabilizar os culpados pela morte de seu irmão. Também sustentou que o governo brasileiro era responsável por permitir o funcionamento de uma clínica que "dispensa tratamento cruel e desumano aos seus pacientes".

Em dezembro de 2003, a Comissão fez recomendações ao Estado brasileiro no sentido de investigar a fundo e adotar medidas para que novos casos como esse não viessem aocorrer. Também determinou que fosse reforçado o monitoramento e a supervisão desse tipo de serviço. Convém ressaltar que o Estado brasileiro, já no procedimento perante a Comissão, reconheceu parcialmente a sua responsabilidade internacional pela violação de direitos humanos do senhor Ximenes Lopes, discordando apenas da alegação relativa à sua suposta inércia em investigar as circunstâncias do falecimento da vítima e sancionar os responsáveis pelos maus tratos a ele infringidos e por sua morte na Casa de Repouso Guararapes (PAIVA, 2015, p. 213).

No que se refere ao julgamento do caso, o mesmo teve, de um lado, a organização não governamental Justiça Global, representando a família de Damião, e de outro, o governo brasileiro, representado por uma equipe de advogados dos ministérios e da Advocacia-Geral da União (AGU). A família queria que o governo assumisse a responsabilidade pela morte de Damião, investigasse e punisse os responsáveis, garantisse a não repetição de maus-tratos a pessoas com transtornos mentais e pagasse uma reparação pecuniária.

A primeira audiência do julgamento aconteceu no dia 30 de novembro de 2005, em San José, na Costa Rica, com apresentação de alegações finais e depoimento de testemunhas de defesa e acusação. A Secretaria Especial dos Direitos Humanos, a Advocacia-Geral da União, o Ministério da Saúde e o Ministério das Relações Exteriores, ao elaborar a defesa do Brasil perante a Corte, alegaram que o país estava mudando o tratamento psiquiátrico, substituindo o modelo de exclusão da internação por processos alternativos. O Estado brasileiro, no entanto, reconheceu parcialmente sua responsabilidade em relação ao caso. O reconhecimento deu-se em relação aos artigos 4º e 5º, já que a violação do direito à vida e à integridade física foi consequência da insuficiência, à época do ocorrido, de resultados positivos na implementação das políticas públicas de reforma dos serviços de saúde mental que possibilitassem procedimentos de credenciamento e fiscalização mais eficazes de instituições privadas de saúde. A fim de demonstrar à Corte os avanços implementados no Brasil, em consequência do caso Damião, os agentes do Estado citaram o fechamento da clínica onde ocorreu a morte de Ximenes, a tramitação na justiça estadual de ações criminais e civis contra os funcionários e proprietários da clínica, a concessão de pensão mensal vitalícia em favor da mãe da vítima, e a inauguração do primeiro Centro de Atenção Psicossocial da cidade de Sobral, batizado de "Damião Ximenes Lopes", como demonstração de que o Estado brasileiro vinha procurando reparar simbolicamente a memória de seu cidadão.

A defesa do Brasil destacou os avanços na implementação da política de saúde mental, que enfatiza os direitos humanos das pessoas com transtornos mentais e a nãointernação, com base em décadas de atuação dos movimentos da luta antimanicomial e da reforma psiquiátrica. A Lei nº 10.216/2001, que determinou a reforma no sistema de saúde mental no Brasil, foi orientada pela percepção de que as instituições manicomiais, como teria sido o caso da clínica onde Damião foi morto, representavam fontes de violações de direitos humanos das pessoas ali internadas.

De acordo com informações da AGU, o atual sistema prioriza o atendimento residencial ou ambulatorial dos pacientes e não mais a privação de sua liberdade. O município de Sobral, em particular, é hoje considerado modelo em termos de política de saúde mental no Brasil, tendo recebido o prêmio David Capistrano da Costa Filho de "Experiências Exitosas na Área da Saúde Mental", o que atesta as transformações ocorridas desde o acontecido.

Desse modo, o caso abriu um precedente para outras pessoas, também vítimas da omissão da justiça brasileira, a recorrerem aos mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos. Além disso, percebe-se que a ação internacional referente ao caso Damião Ximenes contribuiu para a melhoria dos serviços de assistência psiquiátrica oferecidos no

Brasil, com base na garantia dos diretos humanos das pessoas com transtornos mentais. Isso confirma o entendimento de Flávia Piovesan (2010, p. 313-314), para quem "a ação internacional e as pressões internacionais podem, assim, contribuir para transformar uma prática governamental específica, no que se refere aos direitos humanos, conferindo suporte ou estímulo para reformas internas".

Apesar dos esforços da Advocacia-Geral da União, a Corte Interamericana iniciou sua decisão com a seguinte advertência:

> As hipóteses de responsabilidade estatal por violação dos direitos consagrados na Convenção podem ser tanto as ações ou omissões atribuíveis a órgãos ou funcionários do Estado quanto a omissão do Estado em evitar que terceiros violem os bens jurídicos que protegem os direitos humanos. Entre esses dois extremos de responsabilidade, no entanto, se encontra a conduta descrita na resolução da Comissão de Direito Internacional, de uma pessoa ou entidade que, embora não seja órgão estatal, está autorizada pela legislação do Estado a exercer atribuições de autoridade governamental. Essa conduta, seja de pessoa física ou jurídica, deve ser considerada um ato do Estado, desde que praticada em tal capacidade. Isso significa que a ação de toda entidade, pública ou privada, que esteja autorizada a atuar com capacidade estatal, se enquadra na hipótese de responsabilidade por fatos diretamente imputáveis ao Estado, tal como ocorre quando se prestam serviços em nome do Estado (CORTE IDH, 2006, §§ 86-87).

Ao final, a Corte declarou que o Estado violou: (1) os direitos à vida e à integridade pessoal de Ximenes Lopes (artigos 4.1, 5.1 e 5.2 da CADH); (2) o direito à integridade pessoal de seus familiares, vitimados por diversos problemas de saúde decorrentes do estado de tristeza e angústia ocasionado no contexto dos fatos narrados e (3) os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial consagrados nos artigos 8.1 e 25.1 da CADH, em razão da ineficiência em investigar e punir os responsáveis pelos maus tratos e óbito da vítima. Determinou, por fim, que o Estado indenizasse os familiares de Ximenes Lopes pelos danos materiais e imateriais provocados, além de ter ordenado diversas outras obrigações ao Estado Brasileiro (PAIVA, 2015, p. 214).

A Corte Interamericana usou como fundamento de sua decisão, entre outros diplomas normativos internacionais, a Convenção Interamericana sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, a qual é vetor interpretativo dos direitos do Pacto de São José, quando aplicado a casos envolvendo pessoas com deficiência, ficando sanada, portanto, uma importante lacuna da Convenção da Guatemala, que era justamente a impossibilidade de se processar um Estado signatário (como o Brasil) que a desrespeitasse perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Criou-se, assim, uma supervisão por ricochete, já que caso o Brasil desrespeite a Convenção da Guatemala, pode tal desrespeito ser considerado uma violação de algum dos direitos genéricos do Pacto de San José (como, por exemplo, o direito à igualdade) e, com isso, ser

desencadeado o mecanismo de controle do pacto (petição à Comissão e, depois do trâmite adequado, ação perante a corte) (PAIVA, 2015, p. 214).

Em que pesem a condenação do Estado brasileiro pela Corte Interamericana e a reforma legislativa consubstanciada na Lei nº 10.216/01, o cotidiano brasileiro sobre o tratamento dispensado às pessoas com deficiência revela situação preocupante de violações de direitos humanos desse grupo de pessoas. Todas as formas de deficiência ainda não são tratadas e respeitadas como se espera pelo Estado. Basta um rápido retrospecto mental das dificuldades visíveis que todos os cidadãos enfrentam diuturnamente para se compreender o grau de dificuldade e as violações dos direitos que os deficientes brasileiros enfrentam para desempenharem suas atividades mais elementares.

Até hoje, a Lei nº 10.216/01 é alvo de acirradas polêmicas por incentivar a desospitalização que, a nosso ver, é necessária, desde que esteja integrada à organização do modelo comunitário, para evitar que se proceda à primeira, sem o adequado apoio aos atores interessados. Assim, a dificuldade de concretização desse modelo se deve menos à norma e mais à vontade política de executá-la, isto é, de cumprir suas finalidades, que principalmente giram em torno da criação de uma rede de apoio extra-hospitalar com participação multiprofissional, em quantidade suficiente para dar apoio ao paciente, à família e à comunidade que o acolhe (AGUIAR *in* PIOVESAN; SOARES, 2016, p. 491).

Uma das grandes contribuições advindas do Caso Ximenes Lopes diz respeito à necessidade de se trabalhar preventivamente para se evitar as ofensas aos direitos humanos das pessoas com deficiência mental. Além disso, pode-se citar o fortalecimento dos movimentos de luta pela reforma psiquiátrica e antimanicomial no Brasil, privilegiando o atendimento comunitário em detrimento do modelo asilar.

Ainda nessa análise pragmática consequencialista, podemos apontar para a incorporação, sob o rito previsto no art. 5º, § 3º, da CF/88, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2007, internalizado por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, e do Decreto Presidencial nº 6.949, de 25 de agosto de 2008, possuindo tal diploma *status* equivalente à de emenda constitucional e integrando, assim, o chamado bloco de constitucionalidade.

Estribada nessa Convenção, em 6 de julho de 2015, foi publicada a Lei nº 13.146, com *vacatio legis* de 180 (cento e oitenta) dias, conforme o art. 127, do mesmo diploma legal, intitulado de Estatuto da Pessoa com Deficiência, que revela a preocupação do legislador brasileiro em incluir o deficiente, encarando-o como alguém que merece usufruir de todas as suas potencialidades e oportunidades de vida, integrando-o na sociedade.

Diretamente relacionado com o Caso Ximenes Lopes, o Estatuto prevê, em seu art. 11, que "a pessoa com deficiência não poderá ser obrigada a se submeter à intervenção clínica ou cirúrgica, a tratamento ou a institucionalização forçada". Na mesma esteira, o art. 12 reza que "o consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa com deficiência é indispensável para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica", sendo que "em caso de pessoa com deficiência em situação de curatela, deve ser assegurada sua participação, no maior grau possível, para a obtenção de consentimento" (§ 1º, do art. 12). Ainda sobre esse ponto, o art. 13 leciona que "a pessoa com deficiência somente será atendida sem seu consentimento prévio, livre e esclarecido em casos de risco de morte e de emergência em saúde, resguardado seu superior interesse e adotadas as salvaguardas legais cabíveis".

Deve-se lembrar que o art. 123, do Estatuto da Pessoa com Deficiência, revogou, expressamente, os incisos I, II e III, do art. 3º, do Código Civil, extinguindo a incapacidade absoluta por motivo psicológico, de forma que o critério etário (16 anos) passa a ser o único para estabelecer esse tipo de incapacidade. Toda e qualquer deficiência, a partir de então, pode caracterizar, se for o caso, incapacidade relativa.

O mesmo dispositivo revogou o inciso I, do art. 1.548, também do Código Civil, que reputava nulo o casamento quando um dos cônjuges era absolutamente incapaz por causa psicológica que lhe retirava a compreensão, trazendo, em seu art. 6º, I, previsão expressa de que "a deficiência não afeta a plena capacidade da pessoa, inclusive para casar-se e constituir união estável".

A mudança substanciosa na teoria das incapacidades jurídicas veio acompanhada do reconhecimento de que o casamento é um ato existencial, facultado a toda e qualquer pessoa, inclusive às pessoas com deficiência. Trata-se de manifestação de suas vontades, preferências, afetos e amores. Não há razão, efetivamente, para reputar inválido o casamento de uma pessoa humana que embora com deficiência, pode manifestar sua vontade. Há casos diversos em nosso país, e no exterior, de pessoas com Síndrome de Down, que se casam, expressando suas afetividades (FARIAS, 2016, p. 347).

Nesse contexto, percebemos como as obrigações internacionais contraídas pelo Brasil exigem a adoção das medidas legislativas necessárias para a escorreita observância dos direitos humanos dessa minoria. Muito, ainda, deve ser feito. Mas, se adotada a tese da supraconstitucionalidade dos tratados, desnecessária a edição de leis tendentes a reproduzir o que já está expressamente previsto nas convenções que contam com aplicabilidade imediata e eficácia plena.

5.2 Caso Maria da Penha, Lei nº 11.340/06 e Lei nº 13.104/15

Trata-se de caso apreciado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, onde, pela primeira vez, aplicou-se a Convenção de Belém do Pará.

A fim de contextualizarmos esse precedente da Comissão, faz-se necessária a análise do tratamento que a sociedade e o Estado, infelizmente, ainda dispensam às mulheres.

O Estado é visto como um instrumento masculino de dominação, sendo necessárias mudanças estruturais, bem como políticas e direitos especiais em razão do gênero para "empoderar" as mulheres (ALIMENA, 2010, p. 72).

A condição jurídica da mulher em várias partes do mundo era lamentável. É bem verdade que vários problemas ainda persistem, mesmo com as ações patrocinadas no plano das Nações Unidas. Todavia, muitos Estados têm desenvolvido legislações no plano doméstico no sentido de fomentar a proteção da mulher.

A Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (BRASIL, 2013), instalada em junho de 2013, para investigar a violência contra a mulher, registrou que 44 (quarenta e quatro mil) mulheres entre 2000 e 2010 foram vítima de feminicídio, sendo 41% (quarenta e um) desses crimes ocorridos nas suas próprias casas por companheiros ou ex-companheiros.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, internalizada por meio do Decerto nº 4.316, de 30 de julho de 2002 (BRASIL, 2002), registra grande preocupação de a mulher continuar sendo vítima de abusos, constrangimentos e discriminações. Dessa forma, a discriminação feminina constitui-se em obstáculo para o aumento do bem-estar da sociedade e da família, dificultando o desenvolvimento das potencialidades da mulher para prestação de serviços a seu país e à humanidade. A Convenção veda, portanto, qualquer tipo de discriminação contra a mulher, objetivando o desenvolvimento de políticas públicas voltadas para a mulher.

No âmbito do sistema regional de proteção dos direitos humanos, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), foi adotada em 9 de junho de 1994, no 24º Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral a Organização dos Estados Americanos (OEA). Esse tratado foi ratificado pelo Brasil na mesma data de sua adoção e o Congresso Nacional o aprovou por meio do Decreto Legislativo nº 107, de 31 de agosto de 1995. O governo brasileiro depositou a carta de ratificação em 27 de novembro de 1995, data em que a Convenção começou a vigorar para o Brasil. Por fim, a promulgação se deu com o Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996.

O primeiro passo do legislador para combater a violência contra as mulheres se deu com a edição da Lei n.º 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha. Sua importância deriva do contexto gerador de sua formulação, colocando Maria da Penha como símbolo da luta da mulher contra a violência doméstica, haja vista ter sido vítima de duas tentativas de feminicídio cometidas por seu então companheiro, em 1983, uma com disparo de tiros enquanto ela dormia e outro com a tentativa de eletrocutá-la, além das inúmeras agressões sofridas, que resultaram em estado de paraplegia.

Mesmo com a condenação pelo Tribunal do Júri, o agressor valeu-se de sucessivos recursos para se manter em liberdade, o que levou as entidades CEJIL-Brasil (Centro para Justiça e o Direito Internacional) e CLADEM-Brasil (Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher) a apresentar uma petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), resultando, em 2001, na edição de recomendações pela Comissão (CIDH, 2010) para que o Estado brasileiro, dentre outras:

> Prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil. A Comissão recomenda particularmente o seguinte:
> a) Medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica;
> b) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo;
> c) O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera;
> d) Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais.

O caso de Maria da Penha Maia Fernandes não foi submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos em razão da competência temporal daquele órgão jurisdicional, de acordo com a previsão contida no artigo 62.3, da CADH[72]. Isso porque a República Federativa do Brasil somente reconheceu a competência da jurisdição contenciosa daquele órgão em 1998, por meio do Decreto Legislativo nº 89, de 3 de dezembro de 1998 (BRASIL, 1998).

A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06) acarretou modificações na compreensão que a violência contra as mulheres não deve ser tratada de maneira isolada, como um

[72]Artigo 62 - 1. Todo Estado-parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção. (...) 3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso, relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção, que lhe seja submetido, desde que os Estados-partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêem os incisos anteriores, seja por convenção especial.

problema apenas de justiça criminal, prevendo a possibilidade de implantação de medidas de caráter preventivo e educacionais para coibir a violência e a discriminação baseado no gênero (ALIMENA, 2010, p.72).

É oportuno sublinhar que, apesar dos avanços no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, as leis editadas não foram suficientes para eliminar a discriminação e a violência contra elas perpetradas.

Na atual conjuntura brasileira, o debate dos problemas ligados ao controle social penal, entre os quais destacamos a violência doméstica e familiar contra a mulher e a violação dos direitos humanos, integram a agenda do Poder Legislativo e alimentam no dia a dia os meios de comunicação em massa.

A legislação brasileira nutriu, em seu bojo, essência patriarcalista, alçando o homem como centro e a mulher como objeto de proteção. O sexo é uma das variáveis que mais influem na vida pessoal dos indivíduos. Como é bem fácil de compreender, ser homem ou mulher afeta opções que uma pessoa pode fazer em sua vida e também sua ocupação cotidiana, assim como os sistemas de controle informal a que é submetida. Todavia, a variável que correlaciona de forma mais sólida com a criminalidade é o sexo (SERRANO; PRADO, 2013, p. 57).

Não podemos confundir as expressões feminicídio e femicídio. Esta consiste na ação de matar uma mulher, enquanto aquela é a supressão da vida humana de uma mulher por razões de condição de sexo feminino, isto é, exige uma motivação especial.

O código penal brasileiro tratou do feminicídio com as alterações realizadas por meio da Leinº 13.104, de 10 de março de 2015.O feminicídio pode ser definido como uma qualificadora do crime de homicídio motivada pelo ódio contra as mulheres, caracterizado por circunstâncias específicas em que o pertencimento da mulher ao sexo feminino é central na prática do delito. Entre essas circunstâncias estão incluídos: os assassinatos em contexto de violência doméstica/familiar, e o menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Os crimes que caracterizam a qualificadora do feminicídio reportam, no campo simbólico, a destruição da identidade da vítima e de sua condição de mulher.

Também conhecido como “crime fétido”, vem a ser uma expressão que vai além da compreensão daquilo designado por misoginia, originando um ambiente de pavor na mulher, gerando o acossamento e sua morte. Compreendem as agressões físicas e da psique, tais como o espancamento, suplício, estupro, escravidão, perseguição sexual, mutilação genital, intervenções ginecológicas imotivadas, impedimento do aborto e da contracepção, esterilização forçada, e outros atos dolosos que geram morte da mulher.

O feminicídio não é um crime autônomo e sim um tipo penal derivado com um fim especial de agir. Será que somente a partir da edição da Lei n.º 13.104/2015 é que o feminicídio passou a qualificar o homicídio? Isso porque, se o homicídio é praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, essa situação poderia ser amoldada às qualificadoras de motivo torpe (art. 121, § 2º, I) ou fútil (art. 121, § 2º, II).

Motivo torpe, como previsto na Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, é o motivo que suscita a aversão ou repugnância geral, como, por exemplo, a cupidez, a luxúria, o despeito da imoralidade contrariada, o prazer do mal. O motivo torpe provoca acentuada repulsa, sobretudo pela ausência de sensibilidade moral do executor.

O motivo fútil, também comentado naquela Exposição, é o motivo que, pela sua mínima importância, não é causa suficiente para o crime. As qualificadoras do homicídio, previstas no § 2º do artigo 121 do Código Penal, são classificadas em quatro categorias: qualificadoras relacionadas aos motivos do crime (inciso I e II), aos meios de execução (inciso III), aos modos de execução (inciso IV) e aos fins (inciso V).

A qualificadora acrescentada pelo inciso VI refere-se aos motivos do crime e ao mesmo tempo à qualidade da vítima. Ela já estaria inserida no inciso I como exemplo de motivo torpe, o que, em tese, tornaria desnecessária a existência do inciso VI.

A motivação específica, por sua vez, não é novidade, considerando que, em razão de tratados internacionais, o Brasil inseriu o § 9º no artigo 129 do Código Penal e editou a Lei n.º 11.340/2006. A redação do inciso VI aponta:

> Feminicídio (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)
> VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)
> Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

Destaque-se que nem sempre o homicídio doloso qualificado em que a mulher é vítima será considerado feminicídio. O feminicídio é um homicídio doloso qualificado contra a mulher por razões de condição de sexo feminino, em que somente pode figurar como sujeito passivo a mulher, não existindo a modalidade culposa. O julgamento desse crime compete ao Tribunal do Júri e não aos Juizados de Violência Doméstica.

O legislador penal brasileiro sempre considerou as qualidades da vítima no crime de homicídio como causa de aumento de pena, conforme o disposto no artigo 121 § 4º, parte final, em que a idade da vítima aumenta de 1/3 a pena do homicídio doloso. O inciso VI do § 2º do artigo 121 não exige somente que o crime seja cometido contra a mulher, devendo a motivação do crime se fundar na condição do sexo feminino.

O próprio legislador fez questão de definir quando as razões de condição do sexo

feminino estarão presentes, se utilizando da interpretação autêntica:

> § 2o-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)
> I - violência doméstica e familiar; (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)
> II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher. (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

A noção de gênero pode ser entendida como construção sociocultural do masculino e do feminino, isto é, são atribuídos papéis diversos para homens e mulheres em sociedade, estabelecendo direitos e deveres, com estrutura diversificada e hierarquizada (GUERRA, 2013, p. 229).

O legislador fez questão de definir o que se considera razões de condição do sexo feminino, e no inciso I disciplinou quando o crime envolve violência doméstica e familiar. O conceito de violência doméstica e familiar a ser utilizado é aquele previsto no artigo 5.º da Lei n.º 11.340/2006 que apresenta a interpretação autêntica do legislador sobre violência doméstica e familiar contra a mulher, sem prejuízo da utilização da interpretação sistemática, que consiste segundo Carlos Maximiliano (2011, p. 104): "No processo sistemático em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto" e a interpretação teleológica:

> Art. 5.º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015)
> I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;
> II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;
> III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.
> Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.
>
> Art. 7.ºSão formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:
> I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;
> II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;
> III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o

> exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;
> IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;
> V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Por sua vez, o inciso II apresenta conceito subjetivo, constituindo um elemento normativo do tipo, ou seja, aqueles para cuja compreensão é insuficiente desenvolver uma atividade meramente cognitiva, devendo-se realizar uma atividade valorativa. São circunstâncias que não se limitam a descrever o natural, mas implicam um juízo de valor. Para a configuração da violência doméstica e familiar contra a mulher é indispensável que a vítima esteja em situação de hipossuficiência física ou econômica, em condição de vulnerabilidade, enfim, que a infração penal tenha como motivação a opressão à mulher, pois o feminicídio visa tutelar uma situação de vulnerabilidade.

Acresceram-se três novas causas de aumento de pena exclusivas para o feminicídio:

> § 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:(Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)
> I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)
> II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência; (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)
> III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima. (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

As citadas causas de aumento de pena serão aplicadas desde que tenham ingressado na esfera do conhecimento do sujeito ativo. Antes da existência da causa de aumento prevista no inciso I do § 7º, havendo homicídio doloso qualificado por razões da condição de sexo feminino somente poderia ser tipificado no motivo torpe e estando a vítima grávida, incidiria a regra do concurso formal entre homicídio e aborto. Com a nova redação do § 7º inciso I o sujeito ativo responde por homicídio doloso qualificado pelo feminicídio com a pena aumentada somente, em razão do princípio da especialidade.

Destaque-se que não devem incidir as agravantes do artigo 61 inciso II alíneas “h” e “f” do Código Penal, sob pena de *bis in idem.* Da mesma forma, não incide a causa de aumento do § 4º do artigo 121, parte final.

A aplicação do inciso VI, por restringir direitos, demanda uma interpretação restritiva. Quando ocorre o homicídio de um transexual, evidentemente, que a motivação não será por razões de condição de sexo feminino, mas por intolerância ou discriminação, podendo ser abrangido pelo motivo torpe.

Por outro lado, utilizando o critério biológico o transexual não será considerado do sexo feminino, salvo quando submetido à cirurgia de mudança de sexo. Porém, pelo critério

jurídico em razão da mudança judicial do prenome e do gênero, será considerado do sexo feminino.Nesse sentido esclarece Alimena (2010, p. 81): "Para participar como vítima do rito judicial previsto na Lei Maria da Penha, a princípio o sexo que consta no registro civil do indivíduo deve ser o feminino, o que possibilitaria a proteção de alguns transexuais". A discussão reflete mais do que uma simples questão de "mulher", passando a ser uma questão de gênero (opção sexual). De qualquer forma, por se tratar de norma penal incriminadora é vedado recorrer à analogia em *malam partem*, piorando a situação do réu.

O inciso III, do §7 º, quando se refere à "presença", refere-se somente à presença física, devendo a interpretação, por restringir direitos, seguir o mesmo raciocínio restritivo.

Inexiste a possibilidade do homicídio doloso qualificado pelo feminicídio coexistir com as causas de diminuição de pena previstas no § 1º do art. 121, denominadas como privilegiadoras, por ambas possuírem caráter subjetivo.

Por fim, o legislador atentou-se para a necessidade de alteração da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) e acrescentou o inciso VI no rol do artigo 1º, I.

Pois bem. A implementação do crime de feminicídio no Código Penal Brasileiro não deriva de simples inovação legislativa exclusivamente nacional. Trata-se de verdadeiro cumprimento por parte do Estado do compromisso internacional assumido pela internalização da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará). Em sua parte preambular, a Convenção dispõe que os Estados que dela fazem parte:

> **RECONHECENDO** que o respeito irrestrito aos direitos humanos foi consagrado na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos Humanos e reafirmado em outros instrumentos internacionais e regionais;
> **AFIRMANDO** que a violência contra a mulher constitui violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais e limita total ou parcialmente a observância, gozo e exercício de tais direitos e liberdades;
> **PREOCUPADOS** por que a violência contra a mulher constitui ofensa contra a dignidade humana e é manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens;
> **RECORDANDO** a Declaração para a Erradicação da Violência contra a Mulher, aprovada na Vigésima Quinta Assembléia de Delegadas da Comissão Interamericana de Mulheres, e afirmando que a violência contra a mulher permeia todos os setores da sociedade, independentemente de classe, raça ou grupo étnico, renda, cultura, nível educacional, idade ou religião, e afeta negativamente suas próprias bases;
> **CONVENCIDOS** de que a eliminação da violência contra a mulher é condição indispensável para seu desenvolvimento individual e social e sua plena e igualitária participação em todas as esferas de vida; e
> **CONVENCIDOS** de que a adoção de uma convenção para prevenir, punir e erradicar todas as formas de violência contra a mulher, no âmbito da Organização dos Estados Americanos, constitui positiva contribuição no sentido de proteger os direitos da mulher e eliminar as situações de violência contra ela,
> Convieram em estabelecer as regras internacionais de proteção em favor da mulher.

O art. 7º, da Convenção de Belém do Pará, apresenta as medidas que os Estados-parte se comprometem a adotar, dentre elas: agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher e incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis.

Segundo dados apresentados pela Comissão Interamericana (2007):

> Entre 1990 e 2007, mais de 900 mulheres chilenas foram mortas por causa de homicídio, uma grande maioria vítimas de seus companheiros ou ex-companheiros. Em Bahamas, o feminicídio foi responsável por 42% de todas as mortes em 2000, 44% em 2001 e 53% em 2002; na Costa Rica, chegou a 61% de todos os homicídios de mulheres; em El Salvador, a metade dos casos de violência relatados pela imprensa, em 2005, terminou em homicídio; em Porto Rico, 31 mulheres foram mortas como resultado de violência doméstica em 2004; e no Uruguai uma mulher morre a cada nove dias, como resultado da violência doméstica. Em todos os casos, mais mulheres são mortas pelos seus parceiros por causa da intervenção de terceiros. Estes números dão origem à rejeição generalizada da população como evidenciado pela pesquisa de 2006 da Latinobarômetro, onde 90% dos entrevistados considerou a violência doméstica como um problema sério.[73]

Nesse contexto, uma das mudanças positivas na percepção da violência de gênero é o reconhecimento do feminicídio como um crime que já não é atenuado quando considerada a relação de proximidade entre o agressor e a vítima, como ocorria nos casos conhecidos como crimes de honra, caminhando-se para uma forma específica e agravada de crime contra as mulheres, precisamente por ser perpetrado por seus maridos, ex-maridos, companheiros, ex-companheiros ou namorados.

A legislação penal brasileira, por meio da Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005, avançou nesse tema ao revogar o inciso VII, do artigo 109, do Código Penal, que previa como causa da extinção da punibilidade o casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial daquele Diploma.

No âmbito da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sobressai o Caso *González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*, oportunidade em que o Estado mexicano foi responsabilizado internacionalmente pela Corte por violações de direitos

[73] Tradução livre do autor a partir do original: "Entre 1990 y 2007, más de 900 mujeres chilenas fallecieron por causa de homicidio, una gran mayoría víctimas de sus parejas o ex parejas. En Bahamas el feminicidio representó el 42% del total de los asesinatos en el año 2000, el 44% en 2001 y el 53% en 2002; en Costa Rica, llegó al 61% del total de homicidios de mujeres; en El Salvador, la mitad de los casos de violencia reportados por la prensa en 2005 acabaron en homicidios; en Puerto Rico, 31 mujeres fueron asesinadas como resultado de la violencia doméstica en el año 2004; y en Uruguay una mujer muere cada nueve días como resultado de la violencia doméstica. En todos los casos, mueren más mujeres a manos de sus parejas que a causa de la intervención de desconocidos. Estas cifras suscitan el rechazo generalizado de la población como lo demuestra la encuesta del Latinobarómetro 2006, en que el 90% de las personas encuestadas considera la violencia intrafamiliar como un grave problema".

humanos em razão do desaparecimento e morte violenta de mulheres por questões de gênero.

Os fatos ocorreram na cidade de Juárez, lugar onde se desenvolvem diversas formas de delinquência organizada. Assim, desde 1993, existe um aumento de homicídios de mulheres influenciado por uma cultura de discriminação contra a mulher. No caso, uma estudante de 17 anos, uma trabalhadora de 20 anos e uma empregada doméstica de 15 anos, desapareçam entre os meses de setembro e outubro de 2001, tendo seus corpos sido encontrados em novembro daquele ano, com sinais de violência sexual, concluindo-se que as três mulheres estiveram privadas de sua liberdade antes de sua morte. Apesar dos recursos interpostos pelos familiares, não foram investigados nem responsabilizados os responsáveis.

Em sua sentença, a Corte (2009, § 282) reconheceu, que o Estado mexicano, em dois momentos, foi omisso ao prevenir a violência perpetrada contra as mulheres em razão de sua condição de gênero.

> Sobre o primeiro momento - antes do desaparecimento das vítimas –a Corte considera que a falta de prevenção do desaparecimento não envolve per se a responsabilidade internacional do Estado, porque, embora ele estivesse ciente de uma situação de risco para as mulheres em Ciudad Juarez, não se estabeleceu que tinha conhecimento de um risco real e imediato para as vítimas deste caso. Ainda que o contexto neste caso e suas obrigações internacionais imponham ao Estado uma responsabilidade reforçada no que diz respeito à proteção das mulheres em Ciudad Juarez, que estavam em uma posição vulnerável, especialmente mulheres jovens e pobres, não impõe responsabilidade ilimitada contra qualquer ato ilícito contra elas. Finalmente, a Corte não pode senão notar que a ausência de uma política abrangente que tivesse começado pelo menos em 1998 – quando a CNDH advertiu o padrão de violência contra as mulheres em Ciudad Juarez – é uma falta do Estado no cumprimento geral de sua obrigação de prevenção.[74]

No segundo momento (2009, § 283):

> (...) Antes da descoberta dos corpos – o Estado, dado o contexto do caso, teve conhecimento de que havia um risco real e imediato que as vítimas fossem abusadas sexualmente, submetidas a maus-tratos e mortas. A Corte considera um dever de diligência estrita no que diz respeito aos relatos de mulheres desaparecidas, sobre suas buscas durante as primeiras horas e os primeiros dias. Esta obrigação de meios, para ser mais rigorosa, exige a realização de buscas exaustivas. Em particular, é essencial a ação pronta e imediata da polícia, promotores e autoridades judiciais ordenando medidas adequadas e necessárias para determinar o paradeiro das vítimas ou o lugar onde elas podem estar privadas de liberdade. Deve haver procedimentos adequados para denúnciase que impliquem numa investigação eficaz nas primeiras

[74] Tradução livre do autor a partir do original: "Sobre el primer momento – antes de la desaparición de las víctimas - la Corte considera que la falta de prevención de la desaparición no conlleva per se la responsabilidad internacional del Estado porque, a pesar de que éste tenía conocimiento de una situación de riesgo para las mujeres en Ciudad Juárez, no ha sido establecido que tenía conocimiento de un riesgo real e inmediato para las víctimas de este caso. Aunque el contexto en este caso y sus obligaciones internacionales le imponen al Estado una responsabilidad reforzada con respecto a la protección de mujeres en Ciudad Juárez, quienes se encontraban en una situación de vulnerabilidad, especialmente las mujeres jóvenes y humildes, no le imponen una responsabilidad ilimitada frente a cualquier hecho ilícito en contra de ellas. Finalmente, la Corte no puede sino hacer presente que la ausencia de una política general que se hubiera iniciado por lo menos en 1998 –cuando la CNDH advirtió del patrón de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez-, es una falta del Estado en el cumplimiento general de su obligación de prevención."

> horas. As autoridades devem presumir que a pessoa desaparecida está privada de liberdade e ainda está viva até o fim da incerteza sobre seu destino.[75]

Concluiu a Corte (2009, § 285) que o Estado não demonstrou ter adotado normas ou implementado as medidas necessárias, conforme o artigo 2 da Convenção Americana e o artigo 7.c da Convenção de Belém do Pará, que permitiriam às autoridades oferecer uma respostas imediata e eficaz diante das denúncias de desaparecimento e de prevenir adequadamente a violência contra a mulher. Tampouco demonstrou ter adotado normas ou tomado medidas para que os funcionários responsáveis de receber as denúncias tivessem a capacidade e a sensibilidade para entender a gravidade do fenômeno da violência contra a mulher e a vontade para atuar de imediato.

Percebe-se, assim, que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem precedentes quanto ao tema da violência contra as mulheres e aponta para a necessidade de os Estados-parte adotarem as medidas legislativas internas preventivas necessárias.

Relatório apresentado pelo Ministério da Justiça, por meio do Centro de Estudos sobre o Sistema de Justiça (CEJUS), da Secretaria de Reforma do Judiciário (OLIVEIRA, 2012), revelam as principais causas de homicídios praticados contra mulheres no Brasil, revelando fatos que se amoldam ao conceito de feminicídio e que exigiam uma atuação específica do Legislador pátrio.

Dentre suas conclusões o relatório perpassa sobre o tema do Direito Penal Simbólico:

> Por um conjunto de características que compõem o senso comum e os discursos de justificação do direito criminal, cristalizou-se um modelo de pensamento que relaciona diretamente o grau de reprovabilidade de determinadas condutas e a estima social em relação ao objeto de proteção à gravidade da sanção penal. Se do ponto de vista da dissuasão pairam muitas dúvidas sobre a eficácia da criminalização de determinado comportamento, a criminalização, nesse contexto, vem exercendo um papel simbólico relevante na comunicação de que determinada conduta é reprovável. É esse enquadramento dos discursos sobre o crime e a pena, sedimentado em um contexto punitivista como a sociedade brasileira, que ajuda a explicar a estratégia de criminalização de condutas ou agravamento de penas quando se trata de sinalizar para a importância de determinada questão. É essa a aposta feita pelos movimentos sociais – como o movimento negro, feminista, LGBTI – quando demandam a criminalização de comportamentos como forma de obter reconhecimento de suas causas.

[75] Tradução livre do autor a partir do original: "(...) antes del hallazgo de los cuerpos- el Estado, dado el contexto del caso, tuvo conocimiento de que existía un riesgo real e inmediato de que las víctimas fueran agredidas sexualmente, sometidas a vejámenes y asesinadas. La Corte considera que ante tal contexto surge un deber de debida diligencia estricta frente a denuncias de desaparición de mujeres, respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días. Esta obligación de medio, al ser más estricta, exige la realización exhaustiva de actividades de búsqueda. En particular, es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de las víctimas o el lugar donde puedan encontrarse privadas de libertad. Deben existir procedimientos adecuados para las denuncias y que éstas conlleven una investigación efectiva desde las primeras horas. Las autoridades deben presumir que la persona desaparecida está privada de libertad y sigue con vida hasta que se ponga fin a la incertidumbre sobre la suerte que ha corrido".

A positivação do feminicídio, a partir do prisma do Direito Internacional dos Direitos Humanos, revela que o mandado de criminalização da conduta atende aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil e se coaduna com a preocupação da Comissão Interamericana e da Corte Interamericana sobre o tema.

Apesar de ser objeto de crítica do Direito Penal Simbólico, é medida necessária e adequada para se prevenir o homicídio praticado em relação às mulheres, por razões da condição de sexo feminino, nos casos de violência doméstica e familiar e menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Afasta-se, também, qualquer alegação de inconstitucionalidade do dispositivo penal por conta de eventual violação da isonomia, pois, como já enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Constitucionalidade nº 19, relatoria do Ministro Marco Aurélio, quando do questionamento da Lei Maria da Penha:

> VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – GÊNEROS MASCULINO E FEMININO – TRATAMENTO DIFERENCIADO. O artigo 1º da Lei nº 11.340/06 surge, sob o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros – mulher e homem – , harmônica com a Constituição Federal, no que necessária a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira. COMPETÊNCIA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. O artigo 33 da Lei nº 11.340/06, no que revela a conveniência de criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, não implica usurpação da competência normativa dos estados quanto à própria organização judiciária. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – REGÊNCIA – LEI Nº 9.099/95 – AFASTAMENTO. O artigo 41 da Lei nº 11.340/06, a afastar, nos crimes de violência doméstica contra a mulher, a Lei nº 9.099/95, mostra-se em consonância com o disposto no § 8º do artigo 226 da Carta da República, a prever a obrigatoriedade de o Estado adotar mecanismos que coíbam a violência no âmbito das relações familiares. (BRASIL, 2012)

Em seu voto, o relator deixa claro que a diferenciação legislativa guarda relações com os preceitos constitucionais e com as obrigações internacionais contraídas pelo Brasil acerca do tema.

> Para frear a violência doméstica, não se revela desproporcional ou ilegítimo o uso do sexo como critério de diferenciação. A mulher é eminentemente vulnerável quando se trata de constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado. Não há dúvida sobre o histórico de discriminação e sujeição por ela enfrentado na esfera afetiva. As agressões sofridas são significativamente maiores do que as que acontecem contra homens em situação similar. Além disso, mesmo quando homens, eventualmente, sofrem violência doméstica, a prática não decorre de fatores culturais e sociais e da usual diferença de força física entre os gêneros.
> Na seara internacional, a Lei Maria da Penha está em harmonia com a obrigação, assumida pelo Estado brasileiro, de incorporar, na legislação interna, as normas penais, civis e administrativas necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, tal como previsto no artigo 7º, item "c", da Convenção de Belém do Pará e em outros tratados internacionais ratificados pelo país.
> Sob a óptica constitucional, a norma também é corolário da incidência do princípio da proibição de proteção insuficiente dos direitos fundamentais, na medida em que ao Estado compete a adoção dos meios imprescindíveis à efetiva concretização de

> preceitos contidos na Carta da República. A abstenção do Estado na promoção da igualdade de gêneros e a omissão no cumprimento, em maior ou menor extensão, de finalidade imposta pelo Diploma Maior implicam situação da maior gravidade político-jurídica, pois deixou claro o constituinte originário que, mediante inércia, pode o Estado brasileiro também contrariar o Diploma Maior.
> A Lei Maria da Penha retirou da invisibilidade e do silêncio a vítima de hostilidades ocorridas na privacidade do lar e representou movimento legislativo claro no sentido de assegurar às mulheres agredidas o acesso efetivo à reparação, à proteção e à Justiça. A norma mitiga realidade de discriminação social e cultural que, enquanto existente no país, legitima a adoção de legislação compensatória a promover a igualdade material, sem restringir, de maneira desarrazoada, o direito das pessoas pertencentes ao gênero masculino. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, vale ressaltar, reclama providências na salvaguarda dos bens protegidos pela Lei Maior, quer materiais, quer jurídicos, sendo importante lembrar a proteção especial que merecem a família e todos os seus integrantes

Nesse contexto, a inclusão do feminicídio como qualificadora do crime de homicídio também se revela como medida necessária ao atual contexto jurídico brasileiro, e que, mesmo sendo alvo de críticas, pretende funcionar como instrumento de prevenção no combate à violência contra a mulher em razão de sua condição de sexo feminino.

5.3 CasoJailton Neri da Fonseca vs. Brasil: competência da justiça militar para o julgamento de crimes dolosos contra a vida de civis, audiência de Custódia e atuação do Conselho Nacional de Justiça

O tema segurança pública também está diretamente relacionado com a necessária implementação, promoção e defesa dos direitos humanos no Brasil.

Vive-se, no Brasil, um momento de ideais conservadores e punitivistas, frutos da insegurança testemunhada pela sociedade nacional. A aliança entre os direitos humanos e a segurança pública encontra-se ainda, distante de se consolidar. Eis o motivo pelo qual o tema é instigante, provocador e desafiador. Os integrantes do Poder Judiciário, salvo os radicalismos, cultuam o meio-termo, procurando respeitar os direitos humanos, ao mesmo tempo em que se tutela a segurança pública. Afinal, a sociedade clama por ordem, mas igualmente por respeito ao indivíduo. Não se pode desistir de buscar o cuidadoso, equilibrado e ponderado meio-termo, pois é nesse cenário que se encontrará a solução para qualquer problema, em particular, no confronto entre o indivíduo e o Estado, tendo a sociedade por expectadora (NUCCI, 2016, p. X-XI).

Atualmente, aquele que defende a bandeira dos direitos humanos desperta, no imaginário popular, a ideia de leniência e, até mesmo, de cumplicidade com a prática de crimes. Todavia, tal percepção é deveras equivocada e mesquinha, além de ignorar o fato de que os direitos humanos não servem somente para garantir a proteção mínima do investigado,

do denunciado ou do sentenciado, em face da *persecutio in judicio* e do *jus puniendi* estatal. Os direitos humanos servem para todos os indivíduos, de modo que, aquele que hoje profere críticas exacerbadas às garantias processuais e materiais no campo penal, pode se encontrar na posição contrária no dia de amanhã, sofrendo, na pele, violações a seus direitos mais básicos.

A sociedade quer segurança e também respeito aos direitos humanos, pois ambos os temas foram inseridos na Constituição Federal. Espera-se um Judiciário imparcial e dedicado, porque também constitucionalmente previsto como tal. Eis os motivos pelos quais não é possível cultivar a trágica disputa entre direitos humanos e segurança pública. Fazer triunfar a justiça, concretizar o justo, é igualar as forças dos direitos humanos e da segurança pública, colocando-os todos na mesma trilha (NUCCI, 2016, p. XV).

Nesse contexto, faz-se necessário abordar os temas relativos à modificação de competência para o processamento e julgamento dos crimes dolosos contra a vida praticados policiais militares no exercício de suas funções, bem como acerca da implementação da chamada "audiência de custódia" ou "audiência de apresentação" dos autuados presos em flagrante delito.

No plano Interamericano, o Brasil foi demandado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no Caso Jailton Neri da Fonseca (Petição nº 11.634), por força da execução do menino Jailton, de 14 (quatorze) anos de idade, por policiais militares do Estado do Rio de Janeiro, em 22/11/1992, durante uma incursão policial na favela Roquete Pinto, na praia de Ramos, localizada na capital fluminense.

Como os fatos ocorreram antes da aceitação expressa da jurisdição contenciosa da Corte IDH, somente a Convenção analisou o caso, concluindo pela responsabilidade internacional do Estado

Na época, foi aberto inquérito policial para investigar quatro policiais supostamente envolvidos com a morte de Jailton. No entanto, após o devido processo legal, os policiais militares foram absolvidos, em 1996, pelo Conselho Permanente da Justiça Militar, que entendeu não haver provas suficientes para a condenação dos réus, aplicando o princípio *in dubio pro reo* para fundamentar sua decisão.

Segundo o relatório de mérito nº 33/2004, expedido pela Comissão Interamericana, Jailton sempre foi perseguido por policiais militares do Posto Comunitário PPC, da favela de Ramos, os quais eram responsáveis pelo patrulhamento da zona em que o adolescente vivia. De acordo com as informações prestadas pelos peticionários, Jailton havia sido detido por policiais militares de maneira ilegal por, pelo menos, três vezes, porquanto não configurada qualquer situação de flagrante delito ou por ordem escrita emitida por um juiz competente.

Ainda conforme as informações apresentadas, uma semana antes de ter sido assassinado, Jailton foi detido pelos policiais militares, sendo liberado somente após sua mãe ter pagado a quantia, na época, de CR$1,5 milhão de cruzeiros.

Na manhã dos fatos, Jailton foi novamente detido de maneira ilegal pelos policiais militares, sendo conduzido ao Posto de Polícia Comunitário sob a falsa alegação de se obter do adolescente informações sobre o tráfico de drogas na favela. Naquele mesmo dia, o corpo de Jailton foi retirado do mar por habitantes da favela de Ramos.

De acordo com o laudo necroscópico apresentado pelos peticionários, o adolescente Jailton havia sido assassinado com cinco disparos à queima roupa de arma de fogo, dois dos quais localizados na nuca, um nas costas, um na parte posterior do braço esquerdo e outro abaixo do olho direito. O exame de balística revelou que os projéteis retirados do corpo do adolescente foram disparados de uma arma de propriedade da Polícia Militar de Ramos, portada, na ocasião, por um dos policiais militares suspeitos de envolvimento nos fatos.

Diante de todos esses elementos, e por força da absolvição dos agentes estatais, foi apresentada uma petição perante a Comissão que, após regular trâmite, expediu o relatório de mérito.

A Comissão considerou que as investigações efetuadas, tanto pela Polícia Militar como pela Polícia Civil, foram frágeis e marcadas por atrasos, faltas e negligências, o que culminou na absolvição dos acusados pelo Tribunal Penal Militar.

Sobre os fatos, a Comissão apontou que:

> 42. A vítima foi detida ilegalmente por policiais militares em torno 10:00 em 22 de dezembro de 1992, sem um mandado, sem estar em situação de flagrante e em condições contrárias às disposições do Direito Penal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, com o pretexto contraditoriamente pelos policiais envolvidos para se informarem sobre o tráfico de drogas nas favelas. Por este ato, dois militares da polícia militar mereciam uma sanção administrativa.
> 43. Os policiais militares envolvidos no caso confirmaram através de suas declarações no inquérito policial militar e na Justiça Militar que prenderam a criança antes de sua morte e o conduziram pela favela por vários minutos.
> 44. De acordo com declaraçõesda mãe da criança, vários habitantes da favela que se recusaram a ser identificados por medo de represálias viram a polícia arrastando o corpo da criança para a Praia de Ramos. A declaração da polícia é contraditóriaao afirmar a hora e o lugar em que teriam liberado a criança, e quem a teria libertado.
> 45. O exame balístico constatou que as balas que tiraram a vida da criança foram disparadas pela arma de um dos policiais militares da Unidade da Polícia Comunitária de Ramos.
> 46. Pela localização e distância dos disparos que levaram a vida da criança se nota que ela foi baleadapelas costas.[76]

[76]Tradução livre do autor a partir do original: “42. La víctima fue detenida ilegalmente por policías militares alrededor de las 10:00 a.m. del día 22 de diciembre de 1992, sin orden judicial, sin que mediara delito flagrante y en contravención de lo establecido por la Legislación Penal y por el estatuto del Niño y del Adolescente, con el pretexto sostenido contradictoriamente por los policías involucrados de informarse sobre el tráfico de drogas en las favelas. Por este acto, dos policías militares merecieron una sanción militar administrativa.43. Los policías

Além dessas conclusões apresentadas pela Comissão, o órgão quase-jurisdicional interamericano apontou violações ao art. 2º, da CADH. Em outras palavras, a Comissão entendeu que o Estado brasileiro também desrespeitou as obrigações internacionalmente contraídas quando deixou de adotar as medidas legislativas necessárias para a compatibilização do ordenamento jurídico doméstico com as normas convencionais.

A conclusão da Comissão apontava para a necessária supressão das disposições constitucionais e infraconstitucionais que estabeleciam ser competente a Justiça Militar para processar e julgar os crimes militares[77].

Nesse sentido:

> 142. Tais eram as regras em vigor quando o Brasil ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em 25 de Setembro de 1992. A partir da ratificação, o Estado brasileiro, nos termos do artigo 2 da Convenção Americana, assumiu a obrigação de ajustar essa legislação os parâmetros da Convenção americana, o que significava tanto revogar a competência da polícia militar para investigar as violações dos direitos humanos cometidas por seus agentes, como anulando a jurisdição dos tribunais militares para julgar tais crimes.
> 143. Isso, nos termos dessas disposições, como explicado acima, envolvem violação por parte do Estado brasileiro do direito a um recurso efetivo e a um julgamento justo, e o impedem de cumprir integralmente a sua obrigação de investigar adequadamente as violações dos direitos humanos cometidas por seus agentes, o que implica a transgressão dos artigos 25, 8 e 1 (1) da Convenção Americana, em cada processo em que a polícia militar investigue as violações dos direitos humanos cometidas pelos seus agentes.[78]

---

militares involucrados en el caso confirmaron a través de sus declaraciones en la indagatoria policial militar y en la Justicia Militar que detuvieron al niño antes de su muerte y que se trasladaron con él por la favela durante varios minutos.44. Según declaraciones de la madre del niño, varios habitantes de la favela que no quisieron ser identificados por temor a represalias vieron a los policías arrastrar el cuerpo del niño hasta la playa de Ramos. La declaración de los policías es contradictoria al afirmar a la hora y el lugar en que habrían liberado al niño, así como quién lo habría liberado.45. El examen balístico comprobó que los proyectiles que quitaron la vida al niño fueron disparados por el arma de uno de los policías militares de la Unidad de Policía Comunitaria de Ramos.
46. Por la localización y la distancia de los disparos que segaron la vida del niño se desprende que fue ejecutado por la espalda".

[77] As disposições constitucionais e infraconstitucionais relativas ao tema eram, originariamente: CF/88 – Art. 124. à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. (...) § 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos crimes militares, definidos em lei, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. Código Penal Militar/ Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz: (...) II - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados: (...) c) por militar em serviço, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito a administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; (...).

[78] Tradução livre do autor a partir do original: "142. Tales eran las disposiciones vigentes cuando Brasil ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el 25 de septiembre de 1992. A de tal ratificación, el Estado brasileño, conforme al artículo 2 de la Convención Americana, asumió la obligación de adecuar dicha legislación a los parámetros de la Convención Americana, lo que implicaba tanto suprimir la competencia de la policía militar para investigar violaciones a los derechos humanos cometidas por sus agentes, como dejar sin efecto la competencia de los tribunales militares para juzgar dichos crímenes.143. Ello en virtud de que tales disposiciones, como explicado *supra*, implican violación por el Estado brasileño al derecho a un recurso efectivo y a las garantías judiciales, y le impiden cumplir a cabalidad con su obligación de investigar debidamente las violaciones a los derechos humanos cometidas por sus agentes, lo que implica trasgresión a los artículos 25, 8 y

Em 1996, sobreveio alteração legislativa, por meio da aprovação da Lei nº 9.299, que alterou o art. 9º, do Código Penal Militar, incluindo o parágrafo único, *in verbis*: "Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum".

Mais tarde, com a Emenda Constitucional nº 45/04, alterou-se o § 4º, do art. 125, da Constituição Federal, que passou a contar com a seguinte redação, *ipsis litteris*: "Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças".

Apesar dessa alteração legislativa, a Comissão entendeu que o Brasil cumpriu parcialmente com sua obrigação internacional de adequação legislativa, porquanto, em que pese a alteração da competência para julgamento dos crimes cometidos por militares contra civis, não transferiu a atribuição investigativa para a Polícia Civil. Nessecenário:

> 146. Portanto, com a alteração parcial de tal legislação do Estado brasileiro cumpriu parcialmente com as suas obrigações nos termos do artigo 2 da Convenção, uma vez que aboliu a jurisdição dos tribunais militares para processar algumas violações dos direitos humanos cometidas por policiais militares. No entanto, a falta de modificação da competência atribuída à polícia militar para investigar tais crimes implica que o Estado brasileiro violou de que o artigo 2 da Convenção Americana.
> 147. De acordo com o exposto, a Comissão conclui que o artigo 9º, parágrafo II, alínea f) do Código Penal Militar (exceto único parágrafo foi acrescentado pela Lei 9.299 de 7 de Agosto 1996), bem como o artigo 82 do Código de Processo Penal Militar, implicam que o Estado brasileiro não tomou as medidas adequadas de direito interno para fazer valer os direitos consagrados na Convenção, contrariando, assim, a obrigação geral do artigo 2 da Convenção Americana[79].

Diante da mora do Estado brasileiro em cumprir, integralmente com a obrigação convencional mencionada pela Comissão, o estado de São Paulo, por meio de sua Secretariade Segurança Pública, editou a Resolução SSP/SP nº 110/10, cujo objetivo é de padronizar o

---

1(1) de la Convención Americana en cada proceso en donde la policía militar sea la que investigue violaciones a los derechos humanos cometidas por sus agentes".

[79] Tradução livre do autor a partir do original: "146. Por tanto, con la modificación parcial de dicha legislación el Estado brasileño cumplió en parte con sus obligaciones derivadas del artículo 2 de la Convención, en tanto suprimió la competencia de los tribunales militares para enjuiciar algunas violaciones a derechos humanos cometidas por policías militares. Sin embargo, la falta de modificación de la competencia atribuida a la policía militar para investigar dichos crímenes implica que el Estado brasileño se encuentra en violación del mencionado artículo 2 de la Convención Americana.147. De acuerdo con lo anteriormente expuesto, la Comisión llega a la conclusión que el artículo 9 , inciso II, literal f), del Código Penal Militar (con excepción del párrafo único que se le añadió mediante la Ley 9.299, de 7 de agosto de 1996), así como el artículo 82 del Código de Procedimiento Penal Militar, implican que el Estado brasileño no ha tomado las medidas adecuadas de derecho interno para hacer efectivos los derechos consagrados en la Convención, contraviniendo así la obligación general del artículo 2 de la Convención Americana".

procedimento a ser adotado nas ocorrências que envolvam crimes dolosos contra a vida, praticados por policiais militares, eliminando interpretações geradoras de desinteligências entre a Polícia Civil e a Polícia Militar.

Naquela Resolução, o Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo considerou ser indevida a condução de autores desses crimes, em razão de prisão em flagrante delito, às unidades da Polícia Militar, para a prática de atos de polícia judiciária militar, causando embaraços e prejuízos à imediata coleta de provas e demais providências a cargo da autoridade policial civil.

A Resolução estabelece:

> Artigo 1º – Nos crimes dolosos contra a vida, praticados por policiais militares contra civis, os autores deverão ser imediatamente apresentados à autoridade policial civil para as providências decorrentes de atividade de polícia judiciária, nos termos da legislação em vigor (art. 9º, parágrafo único doCódigo Penal Militar e art. 10, § 3° c/c art. 82 do Código de Processo Penal Militar);
> (...)
> Artigo 2º – A imediata apresentação determinada pelo artigo anterior não inibe a autoridade de polícia judiciária militar de instaurar, por portaria, Inquérito Policial Militar (IPM) para apuração de eventuais delitos conexos, propriamente militares, dada a imperiosa cisão das ações penais no concurso de crimes comuns e militares, a teor do disposto no art. 79, inc I, do CPP e art. 102, alínea "a" do CPPM.

Logo, o Estado de São Paulo, de maneira pioneira e atendendo às recomendações da Comissão Interamericana, deu importante passo a respeito do deslocamento das atribuições investigativas de crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares contra civis.

No entanto, apesar da imperiosa medida, o Plenário do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 01/10, entendeu que a Resolução SPP/SP nº 110, de 19/07/2010 é, em tese, formal e materialmente inconstitucional, por ter extrapolado o alcance que se espera das Resoluções emanadas de órgãos do Poder Executivo, violando-se os arts. 9º e 82, § 2º, do Código Penal Militar, e violado, diretamente, o art. 144, § 4º, da Constituição Federal de 1988.

A ementa daquele acórdão restou assim redigida:

> POLICIAL MILITAR – Conteúdo normativo da Resolução SSP 110, de 19.07.10 reconhecido – Observância da reserva de plenário nos termos do art. 97, da Constituição Federal – A Lei 9.299/96 e a EC nº 45/04 apenas deslocaram a competência para o Júri, para processar e julgar crimes militares dolosos contra a vida, com vítimas civis – Manutenção da natureza de crime militar (art. 9º, CPM) impõe a aplicação do § 4º, do art. 144, do CPM – Competência exclusiva da polícia judiciária militar para a condução da investigação – Inconstitucionalidade reconhecida da Resolução SSP 110, de 19.07.10 – Decisão unânime.

Em que pese a decisão proferida pelo E. Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, entendemos que a Resolução mencionada não padece de qualquer vício de

inconstitucionalidade, porquanto, em defesa da supraconstitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, dito ato normativo restringiu-se a adequar a legislação brasileira aos compromissos internacionais contraídos perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, atendendo, ainda, à decisão proferida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no caso Jailton Neri da Fonseca.

A nosso ver, portanto, não há qualquer vício de inconstitucionalidade formal ou material na Resolução mencionada, de forma que, mais uma vez, demonstra-se como o controle de convencionalidade no Brasil ainda se mostra como uma prática pouco usual, possibilitando a responsabilização internacional do Estado por violações a direitos humanos.

O casoJailton Neri da Fonseca guarda, ainda, estreita relação com a implementação da "audiência de custódia", pois, nele, a Comissão apontou a responsabilidade internacional do Estado brasileiro por violação direta ao art. 7.5, da Convenção Americana. Nesse sentido, manifestou-se a Comissão:

> 59. A Comissão conclui que Jailton Neri da Fonseca foi privado de sua liberdade de forma ilegal, sem que houvesse qualquer motivo de detenção ou de qualquer situação de flagrante. Ele não foi levado imediatamente a um juiz. Ele não tinha o direito de apelar a um tribunal competente, a fim de que se determinasse sem demora sobre a legalidade da sua detenção e ordenasse a sua libertação, pois ele foi morto imediatamente após a sua detenção. O único propósito de sua detenção arbitrária e ilegal era matá-lo[80].

Apesar da mora do Estado brasileiro em adotar as medidas legislativas necessárias para adequar o ordenamento jurídico pátrio às disposições do Pacto de San José, o ano de 2015 foi marcado pela implementação pioneira da audiência de custódia pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, incentivado pelo Conselho Nacional de Justiça e seguido por outros Tribunais estaduais.

Na dinâmica atual, o art. 5º, LXI, da CF/88, garante que "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamenta de autoridade judiciária competente", garantia que se repete no art. 283, do Código de Processo Penal ("ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude prisão temporária ou prisão preventiva"). Trata-se do

[80] Tradução livre do autor a partir do original: "59. La Comisión concluye que Jailton Neri da Fonseca fue privado de su libertad en forma ilegal, sin que hubiese existido causa alguna para su detención ni ninguna situación flagrante. No fue llevado sin demora ante un juez. No tuvo derecho a recurrir a un tribunal competente a fin de que éste determinase sin demora la legalidad de su detención u ordenase su libertad, dado que fue asesinado inmediatamente después de su detención. El único propósito de su detención arbitraria e ilegal fue darle muerte".

princípio da jurisdicionalidade, também denominado princípio da judicialidade ou cláusula de reserva jurisdicional da prisão.

As hipóteses que configuram situação de flagrância estão elencadas no art. 302, do CPP. Já as situações que permitem a decretação de prisão temporária ou de prisão preventiva, encontram-se previstas no art. 1º, da Lei nº 7.960/89 e nos artigos 311 a 316, do CPP, respectivamente.

Com relação à prisão em flagrante delito, qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão realizá-la (art. 301, do CPP). Uma vez preso o suspeito em flagrante delito, o CPP enuncia o procedimento que deverá ser adotado. Inicialmente, deverá o preso ser apresentado à autoridade competente, que ouvirá o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva, suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto de prisão em flagrante delito (art. 304, do CPP).

A autoridade mencionada no Diploma Processual é o Delegado de Polícia. Este, se verificar que das respostas resultam fundada a suspeita contra o conduzido, mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de ser autorizada e ocorrer a prestação da fiança (art. 322, CPP), e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja (art. 304, § 1º).

Equivocada a redação adotada pelo legislador. Isso porque o Delegado de Polícia não detém competência, mas sim, atribuição. Somente o juiz é dotado de competência.

O Código prevê a remessa dos autos à autoridade (Delegado de Polícia) "competente", pois pode ser que o suspeito seja preso em flagrante delito por crime de competência federal e apresentado perante autoridade policial estadual, ou, ainda, no caso de o réu ser perseguido e passar para o território de outro Município ou comarca, oportunidade em que o executor poderá efetuar a prisão no lugar onde o alcançar, apresentando-o imediatamente à autoridade local, que, depois de lavrado, se for o caso, o auto de flagrante, providenciará a remoção do preso (art. 290, CPP).

A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada (art. 306). Lavrado o auto de prisão em flagrante, em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, os autos serão encaminhados ao juiz competente e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral será remetida para a Defensoria Pública (art. 306, § 1º). Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente

relaxar a prisão ilegal; ou converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 do Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 310, I, II e III, CPP).

Percebe-se, então, que toda a dinâmica do procedimento de prisão ocorre sob a direta atuação da autoridade policial, sendo que a autoridade judiciária somente recebe "o auto da prisão" no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a sua execução, restringindo-se a analisar os documentos lavrados, a fim de verificar a legalidade da prisão e a necessidade de sua manutenção. Não há nenhum contato direto do suspeito com a autoridade judiciária.

Todavia, não nos parece ser esse o cenário imaginado pelo art. 7.5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A dicção do artigo é expressa: "toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais". *In clariscessatinterpretatio*. Não se objetiva retirar a atribuição da autoridade policial de receber o suspeito preso e conduzir as providências preliminares estabelecidas no Código. Objetiva-se, na verdade, encaminhar não só o auto da prisão como também o próprio preso, para que o juiz possa ter contato direto com o agente, podendo colher de maneira mais fidedigna as informações necessárias para a análise da legalidade da prisão e da necessidade de sua manutenção. Ademais, ao ter contato direto com o preso, terá o magistrado oportunidade de verificar eventuais denúncias de violações à sua integridade física ou psíquica.

Com vistas a cumprir efetivamente o que a CADH estabelece e adequar o procedimento ao tratado internacional, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no dia 27 de janeiro de 2015, por meio do Provimento Conjunto nº 03/2015 da sua Presidência e da Corregedoria Geral, implementoua audiência de custódia inicialmente na Comarca da Capital e com gradual expansão para as demais.

Segundo o provimento, na audiência, o juiz – esse sim – competente informará o autuado da sua possibilidade de não responder perguntas que lhe forem feitas (*nemotenetur se detegere*), e o entrevistará sobre sua qualificação, condições pessoais, e, ainda, sobre as circunstâncias objetivas de sua prisão, não sendo admitidas perguntas que antecipem instrução própria de eventual processo de conhecimento. Dar-se-á a palavra para o membro do Ministério Público presente, que poderá se manifestar pelo relaxamento da prisão em flagrante, sua conversão em prisão preventiva, pela concessão de liberdade provisória com imposição, se for o caso, de medidas cautelares previstas no art. 319, do CPP. A seguir, o juiz

ouvirá o advogado ou Defensor Público para manifestação, e decidirá, na audiência, fundamentadamente, nos termos do art. 310, do CPP, podendo, quando comprovada uma das hipóteses do art. 318, do mesmo Diploma, substituir a prisão preventiva pela domiciliar.

Percebe-se a importância conferida a essa audiência pelo Tribunal Bandeirante quando analisado o art. 7º do Provimento. Nele, há previsão de que o juiz competente, diante das informações colhidas na audiência de custódia, requisitará o exame clínico e de corpo de delito do autuado, quando concluir que a perícia é necessária para a adoção de medidas, tais como apurar possível abuso cometido durante a prisão em flagrante, ou a lavratura do auto e determinar o encaminhamento assistencial, que repute devido.

Deve-se mencionar que a figura da audiência de custódia não é uma inovação do sistema interamericano de direitos humanos ou do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

No estudo comparado com o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (também internalizado no ordenamento jurídico brasileiro, por meio do Decreto nº 592/92), com a Convenção Europeia de Direitos Humanos e com o ordenamento jurídico de outros países, verificamos a previsão da audiência de custódia.

O artigo 9.3 do Pacto Internacional estipula que: "Qualquer pessoa presa ou detida em virtude de uma infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções jurisdicionais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença".

O artigo 5.3 da Convenção Europeia prevê que: "Qualquer um que for preso ou detido em conformidade com as disposições do parágrafo 1 (c) deste Artigo deve ser levado rapidamente perante um juiz ou oficial autorizado pela lei a exercer poderes judiciais e tem direito a um julgamento em tempo razoável ou de aguardar julgamento em liberdade. A soltura pode ser condicionada a garantias que obriguem o preso a comparecer ao julgamento".

No Reino Unido, há previsão no *Police and Criminal Evidence Act*[81]de que: "Uma

[81] REINO UNIDO. *Police and Criminal Evidence Act*. Section 46 – Detention after charge: Where a person (a)is charged with an offence; and (b)after being charged (i)is kept in police detention; or (ii)is detained by a local authority in pursuance of arrangements made under section 38(6) above, he shall be brought before a magistrates' court in accordance with the provisions of this section. (2)If he is to be brought before a magistrates' court in the local justice area in which the police station at which he was charged is situated, he shall be brought before such a court as soon as is practicable and in any event not later than the first sitting after he is charged with the offence. (3)If no magistrates' court in that area is due to sit either on the day on which he is charged or on the next day, the custody officer for the police station at which he was charged shall inform the designated officerfor the area that there is a person in the area to whom subsection (2) above applies. (4)If the person

pessoa acusada de um delito deve ser levada perante um juiz o mais cedo possível e, de qualquer forma, não depois de sua primeira audiência, na qual ele é indiciado pelo crime". Na prática isso significa que se o suspeito é detido pela polícia, ele será mantido sob custódia por até 24 horas, devendo, após esse período, ser levado perante um juiz.

Na França, o *Code de procédurepénale*[82]estipula que a polícia tem o direito de manter um suspeito sob custódia (*garde à vue*) por 24 horas. Mediante autorização escrita do promotor e com justificação suficiente, a prisão pode ser estendida para 48 horas, desde que a sentença em potencial seja de pelo menos um ano de prisão. Em circunstâncias especiais, a detenção pode ser ainda mais prolongada para 72 horas[83], nos casos considerados complicados e sérios, e para 96 à 120 horas para casos com suspeita de terrorismo[84]. Deve-se atentar para o fato de o modelo francês consistir em duas fases distintas: a primeira é tipicamente inquisitorial, com instrução escrita e secreta, sem acusação, e, por isso, sem contraditório. Nesta, objetiva-se apurar a materialidade e a autoria do fato delituoso. Na segunda fase, de caráter acusatório, o órgão acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga, vigorando, em regra, a publicidade e a oralidade. Ademais, segundo o artigo 65º da

---

charged is to be brought before a magistrates' court in a local justice area other than that in which the police station at which he was charged is situated, he shall be removed to that area as soon as is practicable and brought before such a court as soon as is practicable after his arrival in the area and in any event not later than the first sitting of a magistrates' court in that area after his arrival in the area. (5)If no magistrates' court in that area is due to sit either on the day on which he arrives in the area or on the next day (a)he shall be taken to a police station in the area; and (b)the custody officer at that station shall inform the designated officer for the area that there is a person in the area to whom subsection (4) applies.Disponível em: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/section/46. Acessado em 12/07/2015

[82] FRANÇA. *Códe de procédure pénale.* Article 63 – I. - Seul un officier de police judiciaire peut, d'office ou sur instruction du procureur de la République, placer une personne en garde à vue. Dès le début de la mesure, l'officier de police judiciaire informe le procureur de la République, par tout moyen, du placement de la personne en garde à vue. Il lui donne connaissance des motifs justifiant, en application de l'article 62-2, ce placement et l'avise de la qualification des faits qu'il a notifiée à la personne en application du 2° de l'article 63-1. Le procureur de la République peut modifier cette qualification ; dans ce cas, la nouvelle qualification est notifiée à la personne dans les conditions prévues au même article 63-1. II. - La durée de la garde à vue ne peut excéder vingt-quatre heures. Toutefois, la garde à vue peut être prolongée pour un nouveau délai de vingt-quatre heures au plus, sur autorisation écrite et motivée du procureur de la République, si l'infraction que la personne est soupçonnée d'avoir commise ou tenté de commettre est un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à un an et si la prolongation de la mesure est l'unique moyen de parvenir à l'un au moins des objectifs mentionnés aux 1° à 6° de l'article 62-2. L'autorisation ne peut être accordée qu'après présentation de la personne au procureur de la République. Cette présentation peut être réalisée par l'utilisation d'un moyen de télécommunication audiovisuelle. Elle peut cependant, à titre exceptionnel, être accordée par une décision écrite et motivée, sans présentation préalable. III. - Si, avant d'être placée en garde à vue, la personne a été appréhendée ou a fait l'objet de toute autre mesure de contrainte pour ces mêmes faits, l'heure du début de la garde à vue est fixée, pour le respect des durées prévues au II du présent article, à l'heure à partir de laquelle la personne a été privée de liberté. Si la personne n'a pas fait l'objet d'une mesure de contrainte préalable, mais que son placement en garde à vue est effectué dans le prolongement immédiat d'une audition, cette heure est fixée à celle du début de l'audition. Si une personne a déjà été placée en garde à vue pour les mêmes faits, la durée des précédentes périodes de garde à vue s'impute sur la durée de la mesure. Disponível em: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154. Acessado em 12/07/2015.

[83]*Idem*. Articles 706-788.

84 Ibidem. Articles 706-788-1.

Constituição Francesa, os promotores (*procureurs de laRépublique*) integram o Poder Judiciário[85], sendo também conhecidos como Magistrados do *Parquet*. Logo, são dotados de parcela de jurisdição durante a fase inquisitorial, o que cumpre com os requisitos estabelecidos pela Convenção Europeia de Direitos Humanos e pela Corte Europeia.

A Constituição Portuguesa[86], em seu artigo 28 (1), estabelece que: "Dentro de, no máximo, quarenta e oito horas, todas as detenções devem ser submetidas ao escrutínio judicial com o propósito da liberação do detento ou da imposição de uma medida coercitiva adequada. O juiz deve se inteirar-se das razões da detenção e informá-las ao detento, deve interrogá-lo e dar-lhe a oportunidade de apresentar uma defesa".

Na Alemanha, a Lei Fundamental de Bonn determina, em seu artigo 104 (3), que: "Toda pessoa detida provisoriamente sob a suspeita de um delito deve ser levada à presença do juiz, o mais tardar no dia seguinte à detenção, devendo o juiz comunicar-lhe as causas da detenção, interrogá-lo e dar-lhe oportunidade de fazer objeções. O juiz tem que decretar imediatamente uma ordem de prisão por escrito, indicando as causas da mesma, ou ordenar a libertação"[87].

A Constituição da República da África do Sul, em seu artigo 35.1, prevê que: "Todo indivíduo preso por ter supostamente cometido um delito tem o direito de ser trazido perante um tribunal o mais rápido possível, não ultrapassando o limite de 48 horas após a detenção; ou do fim do primeiro dia de expediente forense depois da expiração das 48 horas, se as 48 horas expirarem fora do horário de expediente ou em um dia em que não haja expediente forense".[88]

Na Argentina, o *Código Procesal Penal de La Nación Argentina*[89], determina, em seu artigo 286, que: "O funcionário auxiliar da polícia que tenha executado uma detenção sem ordem judicial, deverá apresentar o detento imediatamente, em um prazo que não exceda seis (6) horas, à autoridade judicial competente".

---

85 FRANÇA. Constituição da República Francesa. Disponível em: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf. Acessado em 12/07/2015.

86 PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Disponível em: http://www.parlamento.pt/Legislacao /Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx. Acessado em 12/07/2015.

87 ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Disponível em: https://www.btg-bestellser v ice. de /pdf /80208000.pdf.

88 ÁFRICA DO SUL. Constituição da República da África do Sul. 35. Arrested, detained and accused persons. 1. Everyone who is arrested for allegedly committing an offence has the right a. to remain silent; b. to be informed promptly i. of the right to remain silent; and ii. of the consequences of not remaining silent; c. not to be compelled to make any confession or admission that could be used in evidence against that person; d. to be brought before a court as soon as reasonably possible, but not later than i. 48 hours after the arrest; or ii. the end of the first court day after the expiry of the 48 hours, if the 48 hours expire outside ordinary court hours or on a day which is not an ordinary court day. Disponível em: http://www.gov.za/documents/constitution/chapter-2-bill-rights. Acessado em 12/07/2015.

89 ARGENTINA. *Código Procesal Penal de La Nación Argentina*. Presentación del detenido. Art. 286. - El funcionario o auxiliar de la policía que haya practicado una detención sin orden judicial, deberá presentar al detenido inmediatamente en un plazo que no exceda de seis (6) horas, ante la autoridad judicial competente. Disponível em: http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/383/texact.htm. Acessado em 12/07/2015.

Dessa forma, na esteira daquilo que já é realidade em outros países e a partir da pioneira iniciativa paulista, os estados do Espírito Santo e do Maranhão também já implantaram a medida, havendo, também, grupos de trabalho em andamento nos estados do Paraná, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Pernambuco, Paraíba, Ceará, Piauí, Tocantins, Mato Grosso, Amazonas e no Distrito Federal[90].

Apesar de sua essencial adoção, corrigindo a letargia em que o Estado brasileiro se encontra desde 1992, muitas críticas e questionamentos foram direcionadas à adoção das audiências de custódia, cuja implementação encontra resistência entre magistrados, membros do Ministério Público e delegados de polícia.

Tramita perante o Senado Federal o Projeto de Lei nº 554/2011, que visa a alterar o § 1º, do art. 306, do CPP, incorporando a audiência de custódia ao ordenamento infraconstitucional brasileiro.

Desde o início dos debates, houve manifestações contrárias ao projeto. Cita-se, como exemplo, a Nota Técnica nº 014/2014 expedida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo:

> PROJETO DE LEI N. 554/2011. SENADO FEDERAL. ALTERAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. INCONVENIÊNCIA AOS SISTEMAS DE SEGURANÇA PÚBLICA E DE JUSTIÇA. SUGESTÃO DE OITIVA CONDICIONADA DO PRESO EM FLAGRANTE POR FUNDADOS INDÍCIOS DE ILEGALIDADE NA PRISÃO OU DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 1. Afigura-se exagerada, derivando à inconstitucionalidade pela proibição do excesso, audiência de custódia (em prazo irrazoável e descredenciando valia à confissão tomada sob o influxo do contraditório), gerando (a) maiores ônus à sensação de impunidade e de insegurança, (b) sérios agravos à aplicação da lei penal, às finanças públicas e aos serviços públicos, e (c) expedientes improfícuos ao enfrentamento da criminalidade organizada e aos crimes graves e hediondos. 2. Manifestação contrária ao projeto de lei. 3. Oferta de sugestão vicária de mecanismo de proteção dos direitos fundamentais da pessoa presa: (a) sujeição do preso ao exame de corpo de delito antes de seu ingresso no cárcere e imediatamente após a lavratura do flagrante; (b) audiência para oitiva do preso, convocada de ofício ou mediante provocação das partes, se houver fundados indícios de ilegalidade na prisão ou de violação aos direitos fundamentais, em 48 (quarenta e oito) horas, oportunidade em que, sob o crivo do contraditório, a autoridade judiciária deverá reavaliar a manutenção do cárcere processual ou revogar ou modificar medidas cautelares anteriormente adotadas, sem prejuízo de apurações cabíveis pelo MP.

Após a publicação do Provimento nº 03/2015, a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL-Brasil) ajuizou uma Ação Declaratória de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (ADI 5.240), questionando a constitucionalidade da medida e alegando, em defesa da classe, que o Provimento violou a competência da União para legislar

[90] Mapa da implantação da Audiência de Custódia no Brasil. Disponível em: http://www.cnj.jus.br /files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6f85d2324d7131db582bff18b1be4901.pdf. Acessado em 01/07/2015.

sobre processo penal (art. 22, I, CF/88), o princípio da reserva legal (art. 5º, II, CF/88) e o princípio da separação de poderes (art. 2º e art. 114, § 6º, CF/88).

No âmbito administrativo, a Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES) iniciou um Procedimento de Controle Administrativo perante o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) também questionando a implementação da audiência de custódia. O CNJ determinou o arquivamentodo Procedimento por meio de decisão monocrática de um de seus Conselheiros cuja ementa assim restou lavrada:

> PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO (PCA). ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS ESTADUAIS (ANAMAGES). CONSIDERAÇÕES E PREOCUPAÇÕES COM A IMPLANTAÇÃO DO PROJETO "AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA". CARÁTER PROGRESSIVO E ESCALONADO DO PROJETO. ADESÃO VOLUNTÁRIA. INEXISTÊNCIA DE IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS E DE DESCONSIDERAÇÃO DE VICISSITUDES LOCAIS. ADEQUAÇÃO E HUMANIZAÇÃO DO ORDENAMENTO PÁTRIO DE ACORDO COM NORMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. PARTICIPAÇÃO NO PROJETO DE ÓRGÃOS DO EXECUTIVO E DA SOCIEDADE CIVIL, ALÉM DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB) E DOS ENTES FEDERADOS. DIÁLOGO SOBRE O TEMA. PREOCUPAÇÃO COM REPERCUSSÃO DISCIPLINAR CONTRA MAGISTRADOS. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS MÍNIMOS. IMPOSIÇÃO DE ENCAMINHAMENTO DO PRESO PARA UNIDADE DE PRONTO ATENDIMENTO. EXORBITÂNCIA DA COMPETÊNCIA REGULAMENTAR DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). INVIABILIDADE. PARTICIPAÇÃO DE ADVOGADOS VOLUNTÁRIOS. PROVIDÊNCIA CONTIDA EM TERMO DE COOPERAÇÃO FIRMADO PELO CNJ COM O CONSELHO FEDERAL DA OAB. MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ARQUIVAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA (ART. 25, X, DO REGIMENTO INTERNO DO CNJ).

Percebe-se que os argumentos apresentados contra a implementação da audiência de custódia podem ser resumidos da seguinte maneira: inconstitucionalidade formal (art. 22, I, CF/88), inconstitucionalidade material (art. 5º, II e art. 2º, CF/88) e preterimento da figura do Delegado de Polícia(art. 144, § 6º, CF/88).

Quanto às alegadas inconstitucionalidades formal e material, como defendido, a Convenção Americana detém *status* supraconstitucional. A partir dessa premissa, deve-se lembrar que o art. 2º, da Convenção dispõe sobre o dever dos Estados-partes de adotarem as disposições de direito interno, a fim de adequá-los ao texto do Tratado[91], adotando as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades mencionados no art. 1º, da CADH, sob pena de sua responsabilização internacional.

Nesse sentido, André de Carvalho Ramos (2015, p. 402) leciona:

[91]CADH. 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.

> Os tratados de direitos humanos impõem aos Estados o dever genérico de adaptar sua legislação interna aos dispositivos internacionais. De fato, a responsabilização internacional do Estado por ato do legislador ocorre quando o Estado falha nesta tarefa de impor o disposto no tratado internacional, mesmo quando em choque com os comandos legais internos.

Para fazer cessar a violação da obrigação internacional, cabe ao Estado adequar seu direito interno à normatividade internacional. A adequação pode ser feita através da revogação pura e simples de lei violadora ou através da interpretação conforme o texto convencional, admitindo-se a permanência do diploma normativo interno impugnado, desde que interpretado conforme as normas internacionais de direitos humanos (RAMOS, 2015, p. 404).

No entanto, o Projeto de Lei nº 554/2011, até o presente momento, não foi aprovado, mantendo a inércia do Estado brasileiro e sua permanente violação ao texto da Convenção.

Diante disso, para nós, não prosperam as alegações de inconstitucionalidade formal e material quanto à implementação da audiência de custódia diretamente por meio de Provimento do Tribunal de Justiça ou qualquer outro meio legalmente admitido. Na verdade, trata-se de aplicação direta do disposto no art. 7.5, do Pacto de San José, sendo desnecessária qualquer intervenção legislativa, pois, uma vez incorporado ao ordenamento jurídico, todos os efeitos dele esperados se operam.

> Os tratados internacionais devem ser aplicados, pelos operadores do direito em geral, tal como se aplicam as leis, pois "embora produzido em foro diverso das fontes legislativas domésticas, não se distingue, enquanto norma jurídica, dos diplomas legais que destas promanam" (REZEK, 1984, p. 384). Por esse motivo, também são aplicados aos indivíduos e às pessoas jurídicas de direito privado, tal como se lhes aplicam as leis nacionais. A questão está em saber quando deve um tratado ser aplicado pelo poder público e quando deve ser aplicado pelos particulares, ou por ambos concomitantemente. A resposta é causuística, dependendo do objeto da norma exterior. Um tratado que preveja regras sobre o uso do espaço cósmico, nenhum efeito produz sobre a população em geral, por motivos bastante claros. Pelo contrário, um pacto sobre direitos humanos (como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969) é de ser executado no dia a dia por todos os que sob a jurisdição do Estado se encontram (MAZZUOLI, 2011, p. 208).

Logo, o Provimento Conjunto nº 03/2015 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não é maculado de qualquer vício de inconstitucionalidade. Na verdade, configura iniciativa que afasta a possibilidade de responsabilização internacional do Estado brasileiro por violação do texto da convenção. Não pode ser encarado como uma medida maléfica, mas sim, como uma medida que prioriza e valoriza as obrigações internacionais contraídas pelo Estado brasileiro e retira-o da inércia que se encontra desde 1992.

Tampouco pode a iniciativa ser encarada como uma maneira de preterir a atuação das

autoridades policiais brasileiras. Apesar dos reclames da classe[92], o texto da Convenção é expresso ao exigir a apresentação da pessoa presa "à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais".

No contexto brasileiro, os Delegados de Polícia não são autorizados por lei a exercer funções judiciais. Ademais, não cumprem com os requisitos exigidos pela Convenção e pela jurisprudência da Corte Interamericana para serem considerados autoridades judiciárias.

A previsão do art. 7.5, do Pacto de San José obriga os Estados-partes a estabelecer um regime de controle judicial efetivo da detenção ou apreensão de uma pessoa, implicando em dois deveres fundamentais independentes e complementares entre si por parte do Estado: a obrigação de apresentar o detido, sem demora, perante uma autoridade judicial ou outra autorizada para exercer funções judiciais, e o dever de permitir o acesso imediato do detido a uma autoridade judicial competente que revise, também sem demora, a legalidade da detenção, que, na visão da Comissão Americana de Direitos Humanos (2011, § 119), constituem o *habeas corpus* e a exibição pessoal (chamada de audiência de custódia no Brasil).

O cumprimento por parte do Estado dessas obrigações é fundamental para a proteção eficaz dos direitos fundamentais inderrogáveis como os direitos à vida e à integridade pessoal (CIDH, 2011-A, §§ 225-226). Em razão disso, a Comissão Interamericana (2001, § 21) tem considerado que "a proteção mais importante dos direitos de um detento é seu pronto comparecimento perante uma autoridade judicial encarregada de supervisionar a detenção".

> O conteúdo essencial do artigo 7 da Convenção Americana é a proteção da liberdade individual contra a interferência do Estado (CIDH de 2003, § 84). Para ela essas garantias representam limites no exercício da autoridade por agentes do Estado (CIDH de 2006, § 88). O ato de prisão ou detenção é uma manifestação do exercício do poder real do Estado sobre uma pessoa, por isso tanto o direito internacional e os sistemas constitucionais e legais de Estados democráticos estabelecem uma série de garantias, cujo objetivo é garantir que as ações das autoridades se desenvolvam dentro de certos limites própriosdo Estado de Direito e necessárias para garantir os direitos fundamentais de todos os cidadãos. (CIDH, 2011, p. 47, § 121)[93]

A expressão "sem demora" do art. 7.5, também é objeto de interpretação

[92] "Déficit carcerário: Delegados dizem que eles próprios devem fazer audiência de custódia". Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-mai-29/delegados-dizem-eles-audiencia-custodia.Acessado em 06/07/2015.

[93]Tradução livre do autor a partir do original: "El contenido esencial del artículo 7 de la Convención Americana es la protección de la libertad del individuo contra la interferencia del Estado (CORTE IDH, 2003, § 84). Para ello estabelecegarantias que representan límites al ejercicio de la autoridad por parte de los agentes del Estado (CORTE IDH, 2006, § 88). El acto de la detención o aprehensión es uma manifestación del ejercicio del poder real del Estado sobre una persona, por lo cual, tanto el derecho internacional, como los sistemas constitucionales y legales de los Estados democráticos establecen una serie de garantias cuyo propósito es asegurar que las actuaciones de las autoridades se desarrollen dentro de ciertos límites próprios del Estado de derecho y necesários para garantizar los derechos fundamentales de todos los ciudadanos".

pelaComissão Interamericana. Para evitar eventuais arbitrariedades e abusos de autoridade por parte das autoridades responsáveis pela prisão, a Comissão (2002, § 122) sugere que não se considerará razoável uma demora de mais de dois ou três dias para se levar o detido perante uma autoridade judicial. Há precedente da Corte Europeia de Direitos Humanos (1988, § 62) que considerou que um lapso de quatro dias transcorridos entre a prisão e o comparecimento perante uma autoridade judicial ultrapassa os parâmetros de prontidão estabelecidos no artigo 5(3) da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos.

Com relação à figura da autoridade judiciária, a Comissão (2011, § 134) enfatiza ser imperativo que a pessoa detida seja levada perante um juiz ou funcionário autorizado pela lei para desempenhar funções judiciais.

> É dizer, que seja uma autoridade competente, independente e imparcial, que possua as faculdades jurisdicionais necessárias para exercer uma tutela judicial efetiva de direitos fundamentais que tenham sido eventualmente violados[94].

A exigência de uma autoridade competente, independente e imparcial se coaduna com a previsão do art. 8º, da Convenção Americana, que ao dispor sobre as "Garantias Judiciais", dentre outros direitos, assegura que "toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela".

Nesse sentido, decidiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos casos *Cantoral Benavides Vs. Peru* (2000), *Tibi Vs. Equador* (2004)e *Acosta Calderón Vs. Equador* (2005).

No caso *Acosta Calderón Vs. Equador*, a Corte concluiu:

> 78. Como tem sido apontado em outros casos, a Corte considera ser necessário realizar alguns esclarecimentos sobre este ponto. Primeiro, os termos da garantia estabelecida no artigo 7.5 da Convenção são claros de que a pessoa detida deve ser levada imediatamente a um juiz ou a uma autoridade judicial competente, de acordo com os princípios de controlo judicial e celeridade processual. Isto é essencial para a proteção do direito à liberdade pessoal e para conceder proteção a outros direitos como a vida ea integridade pessoal. O mero conhecimento por um juiz de que uma pessoa é detida não satisfaz esta garantia, como o detido deve comparecer pessoalmente e dar sua declaração ao juiz ou autoridade competente. (...)
> 80. Em segundo lugar, um "juiz ou outro funcionário autorizado por lei a exercer o poder judicial" deve cumprir os requisitos do primeiro parágrafo do artigo 8 da Convenção. Nas circunstâncias do presente caso, a Corte entende que o Promotor do Ministério Público que recebeu a declaração pré-processual do Sr. Acosta Calderón não detinha o poder de ser considerado "autorizado a exercer o poder judicial", na

[94]Tradução livre do autor a partir do original: "Es decir, que sea una autoridad competente, independiente e imparcial, que posee las facultades jurisdiccionales necesarias para ejercer una tutela judicial efectiva de derechos fundamentales que hayan sido eventualmente vulnerados".

> acepção do artigo 7.5 do da Convenção, uma vez que a Constituição política do Equador, então em vigor, previa no artigo 98, quais eram os órgãos que tinham a autoridade para exercer o poder judicial e não outorgava tal competência aos agentes do Ministério Público. Portanto, o Promotor que atuou no caso não tinha faculdades suficientes para garantir o direito à liberdade e à integridade pessoal da vítima.[95]

No mesmo sentido, a Comissão Interamericana (2011, p. 51-52, § 134) assinalou:

> Não se cumpre este requisito quando o detido é apresentado perante um funcionário ou secretário judicial que, por si mesmo, não possui faculdades jurisdicionais, ou quando aquele é levado perante autoridades administrativas adstritas, por exemplo, ao órgão executivo. Assim como tampouco se cumpre com este mandado convencional quando a apresentação do detido perante a autoridade judicial ocorre como uma mera formalidade. [96]

Exigem-se os requisitos da competência, da independência e da imparcialidade em razão da necessidade do efetivo controle judicial da prisão, consagrado no princípio da jurisdicionalidade, também denominado princípio da judicialidade ou cláusula de reserva jurisdicional da prisão, que permite ao órgão dotado de jurisdição adotar as medidas cabíveis previstas em lei, podendo relaxar a prisão, convertê-la em prisão preventiva, aplicar alguma medida cautelar alternativa da prisão ou colocar o suspeito em liberdade, arbitrando ou não fiança.

A Corte Interamericana (2010, § 105; 2008, § 107; 2005, § 109) já se manifestou sobre a importância do papel da autoridade judiciária:

> Cabe ao juiz garantir os direitos dos detidos, autorizar a tomada de medidas cautelares ou coercitivas, quando estritamente necessário e procurar,geralmente, questionar o acusado em uma maneira consistente com a presunção de inocência, como uma garantia para evitar detenções arbitrárias ou ilegais e garantir o direito à

[95]Tradução livre do autor a partir do original: "78. Tal y como lo ha señalado en otros casos, este Tribunal estima necesario realizar algunas precisiones sobre este punto. En primer lugar, los términos de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención son claros en cuanto a que la persona detenida debe ser llevada sin demora ante un juez o autoridad judicial competente, conforme a los principios de control judicial e inmediación procesal. Esto es esencial para la protección del derecho a la libertad personal y para otorgar protección a otros derechos, como la vida y la integridad personal. El simple conocimiento por parte de un juez de que una persona está detenida no satisface esa garantía, ya que el detenido debe comparecer personalmente y rendir su declaración ante el juez o autoridad competente. (...)
80. En segundo lugar, un "juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales" debe satisfacer los requisitos establecidos en el primer párrafo del artículo 8 de la Convención. En las circunstancias del presente caso, la Corte entiende que el Agente Fiscal del Ministerio Público que recibió la declaración preprocesal del señor Acosta Calderón no estaba dotado de atribuciones para ser considerado "funcionario autorizado para ejercer funciones judiciales", en el sentido del artículo 7.5 de la Convención, ya que la propia Constitución Política del Ecuador, en ese entonces vigente, establecía en su artículo 98, cuáles eran los órganos que tenían facultades para ejercer funciones judiciales y no otorgaba esa competencia a los agentes fiscales. Por tanto, el agente fiscal que actuó en el caso no poseía facultades suficientes para garantizar el derecho a la libertad y la integridad personales de la presunta víctima".

[96] Tradução livre do autor a partir do original: "No se cumple este requisito cuando el detenido es presentado ante un funcionario o secretario judicial que por sí mismo no posee facultades jurisdiccionales, o cuando aquel es llevado ante autoridades administrativas adstrictas, por ejemplo al órgano ejecutivo. Así como tampoco se cumple este mandato convencional cuando la presentación del detenido ante la autoridad judicial se practica como una mera formalidade".

> vida e à integridade pessoal. (2010, § 105)
> Para cumprir a exigência do artigo 7.5 do "ser apresentada imediatamente a um juiz ou outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais", o detido deve comparecer pessoalmente perante a autoridade competente, que deve ouvir o detido pessoalmente e avaliar todas as explicações que ela fornecer, para decidir se vai libertá-lo ou para manter a privação de liberdade. Isso equivaleria a privar de eficácia judicial o artigo 7.5 da Convenção. (2008, § 107)
> A revisão judicial imediata da detenção é particularmente relevante quando aplicado em prisões em flagrante e constitui um dever do Estado para garantir os direitos dos detidos. (2005, § 109)

Da análise do texto constitucional brasileiro e das normas processuais pertinentes, podemos verificar, também, que a autoridade policial não se enquadra nos requisitos exigidos pela Convenção, pela Comissão e pela Corte.

O art. 92, da Carta da República está inserido no Título IV (Da Organização dos Poderes) Capítulo III (Do Poder Judiciário), Seção I (Disposições Gerais), e elenca quais são os órgãos do Poder Judiciário. Dentre aqueles monocráticos e que detêm competência criminal, temos os Juízes Federais (inciso III), os Juízes Eleitorais (inciso V), os Juízes Militares (inciso VI) e os Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios (inciso VII).

Por sua vez, art. 144 da mesma Carta, está localizado no Título V (Da Defesa do Estado e Das Instituições Democráticas), no Capítulo III (Da Segurança Pública), e prevê ser a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, sendo exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos órgãos enumerados em seus incisos (I a V).

Com relação à Polícia Civil (ou Polícia Judiciária), o § 4º estabelece que ela é dirigida por delegados de polícia de carreira, incumbindo-lhes, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

O art. 4º, do Código de Processo Penal, determina que a polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria, devendo adotar as medidas previstas no art. 6º, do mesmo Diploma Processual, logo que tiver conhecimento da prática da infração penal[97] ou do art. 8º, quando houver prisão em flagrante delito[98].

---

[97]Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;IV - ouvir o ofendido;V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que Ihe tenham ouvido a leitura;VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias; VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de

Nota-se que a autoridade policial não compõe os órgãos do judiciário, carecendo-lhe, então, jurisdição, que é definida como uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça (GRINOVER, *et al*, 2011, p. 149).

> No âmbito específico da jurisdição penal, cogita-se da resolução de um conflito intersubjetivo de interesses: por um lado, na intenção punitiva do Estado, inerente ao *ius puniendi*; por outro, no direito de liberdade do cidadão. Esses dois interesses traduzem, na realidade, o conteúdo da causa penal, que deve se limitar à verificação da materialidade de fato típico ilícito e culpável, à determinação da respectiva autoria, e à incidência, ou não àquele, da norma penal material incriminadora. (TUCCI, 2002, p. 51-52)

Diante das conclusões dos órgãos internacionais do Sistema Interamericano, percebe-se que a obrigação estatal somente é devidamente cumprida quando se atende aos parâmetros estabelecidos na Convenção e interpretados e concretizados pela Corte e pela Comissão.

Em nenhum momento, pretende-se esvaziar a atuação da autoridade policial. A adoção da audiência de custódia pode se adequar ao sistema atual da legislação processual, mantendo a responsabilidade daquela autoridade para a verificação *in continenti* da legalidade da prisão do agente.

Nesse cenário, uma vez preso em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial, o agente deve ser, inicialmente, apresentado perante o Delegado de Polícia, que adotará as providências já analisadas. Em seguida, determinará a apresentação do suspeito à presença de um juiz que presidirá a audiência de custódia, assegurada a participação do Ministério Público e da defesa (seja pelo advogado constituído, seja pela Defensoria Pública).

Ciente dessa situação e das obrigações internacionais contraídas pelo Estado brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 5240, declarou constitucionais as medidas legislativas e administrativas adotadas para a implementação da audiência de custódia. Restou assim redigida a ementa daquele julgado:

> Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO CONJUNTO 03/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. 1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que "toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz", posto ostentar o status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada "audiência de custódia", cuja denominação sugere-se "audiência de apresentação". 2. O direito convencional

---

ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuírem para a apreciação do seu temperamento e caráter.

[98] Art. 8º Havendo prisão em flagrante, será observado o disposto no Capítulo II do Título IX deste Livro.

> de apresentação do preso ao Juiz, consectariamente, deflagra o procedimento legal de habeas corpus, no qual o Juiz apreciará a legalidade da prisão, à vista do preso que lhe é apresentado, procedimento esse instituído pelo Código de Processo Penal, nos seus artigos 647 e seguintes. 3. O habeas corpus ad subjiciendum, em sua origem remota, consistia na determinação do juiz de apresentação do preso para aferição da legalidade da sua prisão, o que ainda se faz presente na legislação processual penal (artigo 656 do CPP). 4. O ato normativo sob o crivo da fiscalização abstrata de constitucionalidade contempla, em seus artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º normas estritamente regulamentadoras do procedimento legal de habeas corpus instaurado perante o Juiz de primeira instância, em nada exorbitando ou contrariando a lei processual vigente, restando, assim, inexistência de conflito com a lei, o que torna inadmissível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade para a sua impugnação, porquanto o status do CPP não gera violação constitucional, posto legislação infraconstitucional. 5. As disposições administrativas do ato impugnado (artigos 2º, 4° 8°, 9º, 10 e 11), sobre a organização do funcionamento das unidades jurisdicionais do Tribunal de Justiça, situam-se dentro dos limites da sua autogestão (artigo 96, inciso I, alínea a, da CRFB). Fundada diretamente na Constituição Federal, admitindo ad argumentandum impugnação pela via da ação direta de inconstitucionalidade, mercê de materialmente inviável a demanda. 6. In casu, a parte do ato impugnado que versa sobre as rotinas cartorárias e providências administrativas ligadas à audiência de custódia em nada ofende a reserva de lei ou norma constitucional. 7. Os artigos 5º, inciso II, e 22, inciso I, da Constituição Federal não foram violados, na medida em que há legislação federal em sentido estrito legitimando a audiência de apresentação. 8. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem e o Código de Processo Penal, posto ostentarem eficácia geral e erga omnes, atingem a esfera de atuação dos Delegados de Polícia, conjurando a alegação de violação da cláusula pétrea de separação de poderes. 9. A Associação Nacional dos Delegados de Polícia – ADEPOL, entidade de classe de âmbito nacional, que congrega a totalidade da categoria dos Delegados de Polícia (civis e federais), tem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103, inciso IX, da CRFB). Precedentes. 10. A pertinência temática entre os objetivos da associação autora e o objeto da ação direta de inconstitucionalidade é inequívoca, uma vez que a realização das audiências de custódia repercute na atividade dos Delegados de Polícia, encarregados da apresentação do preso em Juízo. 11. Ação direta de inconstitucionalidade PARCIALMENTE CONHECIDA e, nessa parte, JULGADA IMPROCEDENTE, indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país. (ADI 5240, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016)

Após o reconhecimento da constitucionalidade da medida, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015, por meio da qual regulamentou o procedimento de realização da audiência de custódia, a fim de estabelecer os limites cognitivos a serem respeitados, para que essa audiência de apresentação não se transformasse em uma antecipada audiência de instrução, debates e julgamento, em momento em que sequer haveria a instauração do devido processo legal.

Por meio de mais esse exemplo, busca-se demonstrar a importância e os reflexos pragmáticos da adoção da tese da supraconstitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos na defesa dos direitos das minorias no Brasil.

Uma vez conhecidas as disposições convencionais e respeitadas sua aplicabilidade imediata e eficácia plena, inúmeras violações seriam evitadas, implementando-se,

promovendo-se e defendendo-se os direitos humanos no país.

CONCLUSÃO

A partir da problemática, da hipótese, do marco teórico e do desenvolvimento do texto, conclui-se que a adoção da teoria da supraconstitucionalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos se apresenta como uma solução dogmática jurídica que permite superar os obstáculos políticos para a implementação, promoção e defesa dos direitos humanos no Brasil. Por meio dela, solucionam-se duas situações críticas vivenciadas pela população que se encontra sob o jugo do Estado brasileiro: evitam-se violações a direitos humanos e garantem-se melhores condições de vida aos cidadãos em suas relações com o Estado. Por sua vez, cria-se uma defesa jurídica para a própria atuação do Estado brasileiro, que, agindo dentro da estrita legalidade, evitará ser acionado e, eventualmente, responsabilizado, perante os órgãos de proteção do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Propomos, na verdade, como objetivo principal ao longo de todo este trabalho (e, mais especificamente, no capítulo final), revelar a preocupação com a situação contraditória vivida pelo Estado brasileiro. Se há instrumentos internacionais ratificados e internalizados, segundo os trâmites constitucionais previstos, que fazem parte do ordenamento jurídico brasileiro e que, com isso, possuem validade e eficácia, se o Estado brasileiro já foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, intérprete último do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, bem como pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em inúmeros casos envolvendo minorias vulneráveis, duas situações se apresentam: ou o Estado já cumpriu com todas as suas obrigações internacionais contraídas e não mais viola os direitos humanos, ou, como um crime permanente, a consumação das violações estatais se protrai no tempo e, em todo momento, brasileiros têm seus direitos basilares violados.

Parece-nos que o segundo cenário se aproxima mais da realidade brasileira, o que permite concluir, então, que, caso a resposta estatal produzida pelos três Poderes não seja suficiente para prevenir e remediar essas violações, a República Federativa do Brasil vive em situação semelhante à Dâmocles, que experimentou a sensação de viver na pele de Dionysius com uma espada de lâmina afiada pendurada sobre sua cabeça apenas por um fio de cabelo. Quando menos esperasse, o fio poderia ser cortado e a espada poderia levá-lo à morte.

Assim é a posição da República Federativa do Brasil em relação às violações dos direitos humanos previstos nos documentos internacionais por ele ratificados e internalizados. Quando menos esperar, um novo caso será encaminhado à Comissão Interamericana, e, se necessário, à Corte Interamericana, colocando o Estado brasileiro novamente no banco dos

réus daquele órgão jurisdicional internacional que poderá reconhecer sua responsabilidade.

Com base em toda a fundamentação histórica, teórica e filosófica dos direitos humanos, apegado, principalmente, na filosofia kantiana que apresenta o indivíduo racional como detentor de dignidade e não de valor, defende-se a adoção da tese da supraconstitucionalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos como uma resposta dogmática para a antagônica situação vivenciada pelo Estado brasileiro perante os órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos.

Se há empecilhos no campo da política que impedem o Brasil de avançar na proteção desses direitos mais basilares e cumprir com as obrigações contraídas no plano internacional, a adoção da teoria aparece como uma proposta de solução ao problema, surgida do seio da Ciência Jurídica para a implementação, defesa e promoção dos direitos humanos.

Se os tratados internacionais sobre o tema exigem as adequações legislativas necessárias para cumprimento de seus preceitos e o Poder Legislativo, dotado de legitimidade democrática necessária para adotar as medidas necessárias, encontra-se em estado de mora, lógico e razoável apegar-se à tese ora defendida como forma de invocar direitos subjetivos dos indivíduos que se encontram sob a jurisdição do Estado para fazer valer os compromissos que o próprio texto constitucional apresenta.

Dessa forma, a jurisprudência brasileira precisa avançar, reconhecendo os pronunciamentos dos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e aderindo à tese da supraconstitucionalidade, de maneira que os direitos previstos nos tratados internacionais de direitos humanos possam ser devidamente implementados, defendidos e promovidos, como a comunidade internacional espera. A responsabilidade convencional do Estado brasileiro exige a observância fiel dos compromissos assumidos, como forma de assegurar aos indivíduos a efetiva proteção que se espera do Estado.

Negar a tese da supraconstitucionalidade configura verdadeiro descaso e desprestígios com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, do qual a República Federativa do Brasil faz parte e se apresenta como arauto das boas práticas.

Além da sanção moral e da imagem negativa que o Estado revela no trato com os direitos humanos, os grupos minoritários mais vulneráveis são os que mais sofrem com essa omissão.

Se os legisladores nacionais não compreendem ou ignoram o fenômeno da internalização da proteção dos direitos humanos, resta ao Direito apontar para uma solução possível, correta, existente e aplicável. Debater direitos humanos exige muito mais do que apresentar pautas de proteção em situações casuísticas. Demanda a busca por soluções

concretas, de modo que os debates conduzam a efetivação e a mudanças sólidas que possam ser sentidas e experimentadas por todos.

A partir da compreensão desses fenômenos e da hígida aplicação das teorias há tempos discutidas no Direito Internacional dos Direitos Humanos é que mudanças significativas serão implementadas, defendendo-se e promovendo-se os direitos de todos, mas, em especial, daqueles que mais sofrem com as violações de direitos humanos perpetradas pelo Estado.

Apresenta-se ao leitor uma hipótese séria e fundamentada de proteção e efetivação dos direitos humanos em favor das minorias brasileiras. Há inúmeras convenções e tratados internacionais sobre a matéria, o que revela uma preocupação da comunidade internacional com o tema. Todos esses instrumentos normativos internacionais preveem, expressamente, a obrigação de adequação legislativa aos termos convencionais. Assim, demonstra-se que a República Federativa do Brasil deve observar, rigorosamente, as obrigações contraídas, em respeito ao princípio do *pacta sunt servanda*, de modo a cumprir com aquilo que ousamos chamar de "Responsabilidade Convencional".

Referências bibliográficas

AGUIAR, Marcus Pinto. *O caso Ximenes Lopes e algumas implicações para as pessoas com deficiência mental no Brasil. In:* Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF / Coordenadoras: Flávia Piovesan, Inês Virgínia Prado Soares, Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: 2008.

ALIMENA, Carla Marrone. *A tentativa do impossível*: Feminismos e criminologias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALVES, Fernando de Brito. *Para uma fundamentação dos direitos de minorias em tempos de transição paradigmática*. 2009. 126 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

ARAI-TAKAHASHI, Yutaka. *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR.* Intersectia, Oxford, 2002.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BENVENISTI, Eyal. *Margin of appreciation, consensus and universal standards*. New York University Journal of International Law and Politics 31 (4), 1999.

BÍBLIA. Bíblia Sagrada. 98. cd. São Paulo: Ave Maria, 1995. Jo, 9, 1-4.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal:* parte geral 1- 20.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Campus, 1992.

_____. *Estado, governo e sociedade*: para uma teoria geral da política. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 89, de 3 de dezembro de 1998. Aprova a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62 daquele instrumento internacional.

_____. Decreto nº 3.956, de 8 de outubro de 2001. Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. D.O.U. 9.10.2001

_____. Decreto nº 4.316, de 30 de julho de 2002. Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. D.O.U. de 31.7.2002.

_____. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Brasil: manual de enfrentamento à violência contra a pessoa idosa. É possível prevenir. É necessário superar.

_____. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República; Texto de Maria Cecília de Souza Minayo. — Brasília, DF: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2014.

_____. Senado Federal. COMISSÃO PARLAMENTAR MISTA DE INQUÉRITO “Com a finalidade de investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência”. 2013. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getpdf.asp?t=130748&tp=1. Último acesso em 08/12/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADC 19, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 28-04-2014 PUBLIC 29-04-2014.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

BUSTAMANTE, Thomas. A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart?. *Revista Novos Estudos Jurídicos. Eletrônica, vol. 20 – n. 1 – jan.-abr. 2015.*

CAMINKER, Evan H.. *Thayerian defence to Congress and Supreme Court Supermajority Rules:* lessons from the past. Indiana Law Journal 78 (1), 2003.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, v. 46, n. 182, p. 27-54, jul./dez. 1993.

_____. *O Direito Internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003, v. III.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3ª Ed. Coimbra: Editora Almedina, 1999.

CIDH. *¡Ni una más! El derecho a vivir una vida libre de violencia en América Latina y el Caribe.*Outubro de 2007. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/women/Informe%20Violencia%20Contra%20las%20Mujeres%20ECLAC%202007.pdf.

_____. Demanda no Caso Damião Ximenes Lopes (Caso 12.237) contra a República Federativa do Brasil. 2004. Disponível em:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/ximenes/dcidh.pdf. Último acesso em 08/12/2015.

_____. *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*. 2002.

_____. *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.Doc.78, adotado em 13 de julho de 2011.

_____. *Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala*, 2001.

_____. *Relatório Anual 2000. Relatório nº 54/01. Caso 12.051. Maria da Penha Maia Fernandes. Brasil.* 4 de abril de 2001. Disponível em: http://www.cidh.org/annualrep/2000port/12051.ht

_____. Relatório nº 38/02. Admissibilidade. Petição 12.237. Damião Ximenes Lopes. Brasil. 9 de outubro de 2002. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/annualrep/2002port/brasil12237.html.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26ª ed. 2ª impressão. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. "Fundamentos dos direitos humanos", *Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo*. Disponível em: http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos. Acesso em 20/01/2016. COMPARATO, F. K. Fundamentos dos direitos humanos. Revista Consulex, v. 48, p, 52-61, 2001.

_____. *A afirmação histórica dos direitos humanos.* 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Procedimento de Controle Administrativo nº 0000810-77.2015.2.00.0000.

CONTRERAS, Pablo. *National discretion and international deference in restriction of human rights:* a comparison between the jurisprudence of the European and the Inter-American Court of Human Rights. Northwestern Journal of International Human Rights Law 11, 2012.

Corte Europeia de Direitos Humanos. *Case Eweida and others v. United Kingdom*. Judgment of 15 January 2013.

_____. *Case Golder v. United Kingdom*. (Application no. 4451/70). Judgment. Strasbourg. 21st, February, 1975.

_____. *Case of Brogan and others v. The United Kingdom*, Application no. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, Judgment of November 29, 1988, Grand Chamber, § 62.

CORTE IDH. *Caso Bayarri Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, § 65.

_____. *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Sentença de 18 de setembro de 2003. Série C No. 100, § 129.

_____. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C. No. 170, § 81.

_____. *Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, § 109.

_____. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, § 282.

_____. *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Sentença de 7 de junho de 2003. Série C No. 99, § 84.

_____. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie Corte Europeia de Direitos Humanos. *Handyside v. United Kingdom*, Judgement of 7 December 1976.

_____. *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras*. Sentença de 21 de setembro de 2006. Série C. No. 152, § 88.

_____. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá.* Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C. No. 218, § 105.

_____. *Caso Ximenes Lopes versus Brasil*. Sentença de 4 de julho de 2006 (Mérito, Reparações e Custas).

_____. *Caso Yvon Neptune Vs. Haiti*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C. No. 180, § 107.

_____. Opinião Consultiva nº 2. *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*.

_____. *Parecer Consultivo n. 3, de 8 de setembro de 1983*.

_____. Sentença de 07 de setembro de 2004, § 119.

_____. Sentença de 18 de agosto 2000, §§ 74-75.

_____. Sentença de 24 de junho de 2005, § 80.

DELL'OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DEMBOUR, Marie-Bénédicte. *Who believes in human rights?: reflections on the European Convention*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. – São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Rights as trumps*. *In* Jeremy Waldron (ed.), *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo*. / Cristiano Chaves de Farias, Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

FERNANDEZ, E.. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Madrid: Debate, 1984.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

_____. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

_____. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Ed. Antonio de Cabo e Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta, 2001.

GONÇALVES, V. de A. A figura do bloco de convencionalidade nas decisões proferidas pela corte interamericana de direitos humanos. *In: Revista Eletrônica do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria.* Santa Maria/RS. V. 8, n. 2/2013, janeiro a dezembro, p. 398-425, 2013.

GORCZEVSKI, Clóvis. *Direitos humanos dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005.

GROTIUS, Hugo. *Del derecho de la guerra y de la paz.* Versión directa del original latino por Jaime Torrubiano Ripoll. Madrid: Editorial Reus S.A., 1925.

GUERRA, Sidney. A proteção internacional dos direitos humanos no âmbito da Corte Interamericana e o controle de convencionalidade. *In: Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará.* V. 32, n. 2, julho/dezembro, 2012.

_____. *Direitos humanos*: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUTMAN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Democracy and Disagreement*. Cambridge, Mass.:

Harvard University Press, 1996.

HABERMAS, Jürgen. El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. *In:* Dianóia, volumen LV, número 64 (mayo 2010), p. 3-25).

HART, L. A. *O conceito de direito*. 2. Ed. Tradução: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação C, 1994.

HELLER, H.. *Teoría del Estado.* 2. Ed. México, Fondo de Cultura Económica, 1947.

HOBBES, Thomas. *O leviatã*. Coleção Obra-prima de cada autor. São Paulo: Martin Claret, 2008.

HOBSBAWM, Eric J. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Tradução Marcos Santarrita; revisão técnica Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução Lucimar A. Coghi Anselmi, Fulvio Lubisco. São Paulo: Martin Claret, 2009. (Coleção a obra-prima de cada autor; 3).

_____. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Leopoldo Holzbach. 2ª Reimpressão. São Paulo: Martin Claret, 2011. (Coleção a obra-prima de cada autor).

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LAFER, Celso. "Declaração Universal de Direitos Humanos". *In:* MAGNOLI, Demétrio. *A história da paz*. São Paulo: Contexto, 2008.

_____. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 4. Reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

_____. *A reconstrução dos direitos humanos:* um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. *In: Estudos avançados*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo.* Tradução: Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Two treatises of governement: essay concerning the true original extent and end of civil government*. London printed MDCLXXXVIII.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. (escrito em 1505, publicado em 1515) Niccolò Machiavelli (1469-1527). Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores. Disponível em: www.jahr.org. Acessado em 03/02/2016.

MARTINS, Pedro Baptista Martins. *Da unidade do direito e da supremacia do direito internacional.* Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito.* 20ª.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 8. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Direito dos tratados*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 3. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. – (Coleção direito e ciências afins; v. 4/coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira).

_____. *O tribunal penal internacional e o direito brasileiro*. 3. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. – (Coleção direito e ciências afins, v. 3).

McGOLDRICK, Dominic. *Religion in the European Public Square and in European Public life – crucifixes in the classroom?*. Human Rights Law Review, v. 11, n. 3, 2011, p. 451-502.

MCNAIR, Arnold Duncan. *The law of treaties*. Oxford; Clarendon Press, 1961.

MILL, John Stuart. *Utilitarism.* Kitchener: Batoche Books, 2001.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Nota Ténica nº 014/2014. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Assessoria_Juridica/notas_ tecnicas.

MIRANDA, Jorge. A incorporação ao direito interno de instrumentos jurídicos de direito internacional humanitário e direito internacional dos direitos humanos. *Revista CEJ*, n.11, p. 23-26, Brasília, CJF, 2000.

_____. *Manual de direito constitucional, Tomo IV*. 2ª Ed. Coimbra: Coimbra, 1998.

NARDIN, Terry. *Lei, moralidade e as relações entre Estados*. Tradução Élcio Gomes de Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1987.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Direitos humanos versus segurança pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, H. N. de. *Violência contra indivíduos com transtorno mental: Projeto Pessoas*. - 2012. 149f.: il. Orientador: Mark Drew Crosland Guimarães. Co-Orientadora: Carla Jorge Machado. Área de concentração: Saúde Pública. Tese (doutorado): Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Medicina.

OLIVEIRA, Moacyr Miguel de. **Conflito de decisões entre o Supremo Tribunal Federal brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: razões e consequências jurídicas**. 2015. Dissertação de mestrado. Jacarezinho (PR): Mestrado em Ciência Jurídica. UENP/Campus de Jacarezinho, 2016.

OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues de. Direitos sexuais de LGBTTT no Brasil: jurisprudência, propostas legislativas e normatização federal. -- Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário. Ministério da Justiça. 2013.

OPPENHEIM, Felix. *Ética y filosofia política*. Cidade do México: Fondo de Cultura Economica, 1976.

PAIVA, Caio Cezar de Figueiredo. *Jurisprudência internacional de direitos humanos.* Caio Cezar de Figueiredo Paiva e Thimotie Aragon Heemann. – Manaus: Dizer o Direito, 2015.

PASQUALUCCI, Jo M. *The practice and procedure of the Inter-American Court on Human Rights*. Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

PERES LUÑO, Antonio. *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución*. 5. Ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PEGORER, Mayara Alice Souza. *De Amélia a Maria da Penha: a evolução da legislação penal e das construções jurídicas na proteção dos direitos sexuais da mulher*. Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. N. 19 (julho/dezembro) – Jacarezinho, 2013. ISSN 1676-2800, p. 67. Acessado em 20/07/2015.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional:* um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 5. Ed. rev., ampl. e atual. 2. Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Direitos humanos e o direito constitucional internacional – 11. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2010.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. 7. Ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

PREUSS, Urilch K. *El concepto de los derechos y el estado de bienestar*. *Problemas de legitimación en el estado social*. Tradução de Francisco Serra, Joaquim Aparício e Fernando Garcia Selgas. Madrid: Trotta, 1991.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 2. Ed. ver., atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Processo internacional de direitos humanos*. 4. ed. - São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Reflexões sobre as vitórias do caso Damião Ximenes**. 2006. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2006-set-08/reflexoes_vitorias_damiao_ximenes.

_____. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Direito internacional público: curso elementar*. 13 ed. rev., aumen. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques Rousseau. *Do contrato social*. Versão e-book. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores, 2002.

_____. *O contrato social ou princípios do direito político*. Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal – v. 13. São Paulo: Editora Escala, 1999.

SAGÜES, Néstor P. *Las relaciones entre los Tribunales Internacionales y los Tribunales Nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica.* Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca, Chile. Vol 9, núm. 001, 2003.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. / Michael J. Sandel; [tradução 10ª ed. de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo]. – 10ª edição – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SANTIVAÑEZ, José Antonio Rivera. *Tribunal Constitucional y protección de los derechos humanos*. Sucre, Bolívia: Tribunal Constitucional, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental*, São Paulo: RT, 2011.

SERRANO MAÍLLO, Alfonso & PRADO, Luiz Regis. *Curso de criminologia*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Otto Marques da. A epopeia ignorada: a pessoa deficiente na história do mundo de ontem e de hoje. São Paulo: CEDAS, 1986.

TRIEPEL, Carl Heinrich. *Les rapports entre le droit interne et le droit international*. Recueil des Cours, vol. 1 (1923-I).

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático).* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

VILLEY, Michel. *Direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. 2. Ed., 2. Tir. São Paulo: Malheiros, 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 6. Ed. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2005.