

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

CARLOS ALBERTO RESENDE

**INTER E TRANSCONSTITUCIONALISMO:
A ANÁLISE TRANSVERSAL NO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

UBERLÂNDIA

2011

CARLOS ALBERTO RESENDE

**INTER E TRANSCONSTITUCIONALISMO:
A ANÁLISE TRANSVERSAL NO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

Orientadora: Profa. Dra. Roberta Camineiro Baggio

UBERLÂNDIA

2011

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

R433i
2015 Resende, Carlos Alberto,
 Inter e transconstitucionalismo : a análise transversal no Supremo
Tribunal Federal / Carlos Alberto Resende. - 2015.
 141 f.

 Orientadora: Roberta Camineiro Baggio.
 Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia,
Programa de Pós-Graduação em Direito.
 Inclui bibliografia.

 1. Direito - Teses. 2. Direitos humanos - Teses. 3. Direitos humanos
- Legislação - Teses. 4. Direito constitucional - Brasil - Teses. I. Baggio,
Roberta Camineiro. II. Universidade Federal de Uberlândia. Programa de
Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340

À Elizabeth, pelo
amor incondicional.

AGRADECIMENTOS

A minha orientadora Dra. Roberta Camineiro Baggio pela orientação, compreensão e confiança, sempre tão comprometida com seus alunos e ideais.

À Genimar dos Santos, meu farol, meu porto seguro, minha fortaleza.

À Cristianne Rezende Thoseby, Lays Rezende Gierokowsky e Thomas Joseph Crawford, pelo auxílio nas traduções, nas pesquisas e apoio nas horas mais necessárias.

Aos meus mestres do Curso de Mestrado em Direito por me mostrarem um mundo maior.

Aos meus alunos da Faculdade Politécnica de Uberlândia pelas discussões e colaborações tão oportunas.

RESUMO

A ideia clássica de soberania estatal sofre transformações à medida que a Globalização econômica e política gera uma maior interação entre os Estados bem como a submissão destes a organismos internacionais dotados de caráter decisório. Por esta razão, os sistemas jurídicos internos devem estar preparados para esta realidade, incluindo em suas Constituições mecanismos que garantam a efetividade de compromissos firmados internacionalmente, especialmente na proteção dos direitos humanos. Os tribunais constitucionais dos Estados, como é o caso do Supremo Tribunal Federal brasileiro, devem promover um raciocínio transversal que concilie as regras de direito interno com as oriundas de cortes internacionais, promovendo sobretudo a dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

The classical idea of state sovereignty is transformed as the economic and political globalization creates more interaction between states and the submission of these international bodies endowed with character-making. For this reason, the domestic legal systems should be prepared for that reality, including their constitutions' mechanisms to ensure the effectiveness of commitments made internationally; especially in the protection of human rights. The constitutional courts of the states, such as the Brazilian Supreme Court, should promote a transversal reasoning that reconciles the reasoning rules of domestic law with the international courts, especially in promoting human dignity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
 1. O ESTADO SOBERANO E SUA TRANSFORMAÇÃO: INTER E TRANSCONSTITUCIONALISMO.....	5
1.1. Breve visão histórica do Estado.....	6
1.2. O conceito de Soberania e a sua transformação.....	10
1.3. O Constitucionalismo.....	18
1.3.1 O Transconstitucionalismo.....	20
1.3.2 O Interconstitucionalismo.....	25
 2. O DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO NO CONTEXTO DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS.....	34
2.1. A influência da jurisdição internacional frente às Constituições.....	35
2.2. Os direitos humanos e a Globalização.....	38
2.3 A Emenda Constitucional n. 45 e a incorporação constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos nas decisões nacionais.....	43
2.4 O comando constitucional pela integração latino-americana de nações: O Mercosul.....	51
2.5 A integração do Tribunal Penal Internacional à jurisdição constitucional brasileira.....	56
2.6 O Pacto de São José da Costa Rica e a Organização dos Estados Americanos.....	66
 3. O TRANSCONSTITUCIONALISMO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: AS POSSIBILIDADES E OBSTÁCULOS À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL.....	71
3.1 A jurisprudência clássica do Supremo Tribunal Federal.....	72
3.2. Os tratados perante a Corte Excelsa: categoria constitucional, supralegal e ordinária.....	74

3.3 Racionalidade transversal do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	79
3.4 Transversalidade na decisão do depositário infiel.....	82
3.5 A crise transversal: o caso Araguaia e a Lei de Anistia Brasileira.....	89
CONCLUSÕES	100
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	104

LISTA DE ANEXOS

Anexo 1. Extradicação n. 633.....	113
Anexo 2. Extradicação n. 855.....	116
Anexo 3. Extradicação n. 1085.....	120
Anexo 4. Ação direta de inconstitucionalidade n. 1480.....	125
Anexo 5. Habeas corpus n. 72131	129
Anexo 6. Habeas corpus n. 95967.....	130
Anexo 7. Habeas corpus n. 90172.....	132
Anexo 8. Habeas corpus n. 95967.....	133
Anexo 9. Recurso extraordinário n. 466343.....	135
Anexo 10. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 153.....	137

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende abordar a questão do Inter e Transconstitucionalismo, tendo como cenário a Globalização, a partir das ideias de José Joaquim Gomes Canotilho e Marcelo Neves, respectivamente. Busca-se, assim, compreender a existência de um Constitucionalismo global, que possibilite conjecturar estes dois fenômenos constitucionais a partir de eventos da recente história mundial, como a formação de comunidade de Estados e a consagração de tribunais internacionais. Em seguida, a pesquisa tratará da repercussão de tais fatos na realidade jurídica brasileira, seja a adequação da Constituição da República bem como a aplicação de tais institutos no Supremo Tribunal Federal.

Esta investigação propõe-se a estudar as modificações do conceito de soberania, com o passar do tempo, especialmente após a Globalização, nos Estados Constitucionais e também a ligação entre tais fatores e a integração entre os sistemas constitucionais e cortes transnacionais. Em virtude disso, a maneira pela qual os Poderes dos Estados que compõem as comunidades encaram esta ingerência no seu *status quo* interno, bem como a resistência das populações, no que pode significar a supressão de direitos fundamentais individuais e sociais históricos, em prol de um "bem comum" comunitário. A pesquisa, finalmente, analisará a questão brasileira, na abordagem da Carta Magna de 1988 bem como a postura da Corte Constitucional e do Supremo Tribunal Federal, na interpretação transversal de alguns casos que serão objetos de análise.

Na última etapa do Século XX e, atualmente, os Estados passam por um vertiginoso processo de integração econômica e política que reflete na modificação do conceito de soberania bem como da própria estrutura do ente estatal. Ao mesmo tempo, houve surgimento de organismos internacionais com caráter judicial, como o Tribunal Penal Internacional e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cujas

decisões criam uma jurisdição paralela à interna dos Estados. Esta realidade impõe aos sistemas jurídicos domésticos uma adaptação, seja por meio das Constituições, que deverão conter instrumentos de integração e reconhecimento destas sentenças emanadas por órgãos internacionais dentro do seu regime normativo, bem como a existência de um raciocínio transversal a ser implementado pelas Cortes Constitucionais dos Estados, visto que deverão convergir sua jurisprudência para uma atuação harmoniosa entre a legislação local e as decisões emanadas destas instituições internacionais.

Por este motivo, o estudo abordará os dispositivos da interconexão previstos na Constituição brasileira vigente que visem implementar este Direito Constitucional Internacional, bem como a atuação transversal do Supremo Tribunal Federal brasileiro em duas hipóteses: os casos da prisão civil do depositário infiel e sua vedação expressa pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos e a questão da Lei de Anistia julgada recentemente constitucional pela Corte Excelsa e a condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso de refugiados políticos, sob o pálio da mesma Lei.

A preocupação central deste trabalho reside em identificar a contribuição dos fenômenos da Inter e da Transconstitucionalidade para o Constitucionalismo brasileiro, nos últimos anos, como sendo um processo de integração e interconexão dos Estados globalizados, buscando a solução de uma questão: a Constituição da República Federativa do Brasil possui mecanismos que permitam ao Supremo Tribunal Federal realizar, nas suas decisões, julgamentos transversais que conciliem as regras de Direito interno com aquelas emanadas de organismos internacionais?

Esta investigação adotará os tipos de pesquisa teórica e documental para sua confecção. Isto porque, além do estudo de fontes teóricas, como a Doutrina e revistas especializadas dos tribunais e cortes internacionais, também haverá um estudo dos documentos que serviram para a produção dos tratados internacionais que deram ensejo ao Transconstitucionalismo e Interconstitucionalismo, como o "Pacto de San José da Costa Rica", o "Tratado de Roma" e o "Tratado de Lisboa", bem como acórdãos emanados pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, buscar-se-ão as conclusões por meio dos métodos dedutivo e indutivo. Quanto ao primeiro, a pesquisa doutrinária permitirá partir de conceitos gerais até atingir outros específicos, como a importância do Interconstitucionalismo e do Transconstitucionalismo para a realidade mundial globalizada. Todavia, a indução virá com os seguintes estudos: a) histórico, analisando os casos específicos da rejeição da Constituição Europeia pela França e da aceitação do Tratado de Lisboa pelos Estados comunitários europeus, permitindo, pois, que tais investigações possam dar uma visão global do problema; b) comparativo, ao analisar conjuntamente a realidade da União Europeia com o seu equivalente sul americano: o MERCOSUL.

A pesquisa ensinará, assim, a utilização das técnicas metodológicas da análise textual, com o estudo doutrinário e literário, bem como histórica, com a abordagem nos documentos retro mencionados.

Para tanto, o trabalho será dividido em três capítulos. No primeiro, haverá uma apresentação dos conceitos básicos ao leitor: a evolução histórica dos conceitos de soberania e Estado. Em seguida, a importância dos direitos humanos como fonte de consagração do Constitucionalismo, Interconstitucionalismo e Transconstitucionalismo.

Na segunda parte, será abordado o Direito Constitucional brasileiro no contexto das relações internacionais, analisando a influência da jurisdição internacional frente à Constituição da República, no processo que é chamado de Direito Constitucional Internacional, o valor de organismos internacionais que o Brasil seja signatário (como o Tribunal Penal Internacional, Corte Interamericana dos Direitos Humanos e o MERCOSUL), bem como a influência dos tratados internacionais de Direitos Humanos no contexto da Magna Carta de 1988.

Finalmente, será tratada a questão da aplicação dos julgamentos emanados por órgãos internacionais perante o Supremo Tribunal Federal e a necessidade de um raciocínio transversal por parte desta Corte. Para tanto, serão abordadas duas situações que levaram este órgão jurisdicional brasileiro a realizar a transversalidade: o caso da prisão de depositário infiel, vedado pelo Pacto de São José da Costa Rica, mas previsto na Constituição da República de 1988. O outro,

ainda mais polêmico, refere-se à recente condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, determinando que o país julgue os crimes ocorridos durante a ditadura militar, inobstante recente julgamento do Supremo, confirmando a constitucionalidade da Lei de Anistia que, por sua vez, determina perdão amplo e irrestrito aos agentes de tais crimes.

O ESTADO SOBERANO E SUA TRANSFORMAÇÃO: INTER E TRANSCONSTITUCIONALISMO

O conceito clássico de soberania dos Estados cai frente à crescente força que vem dos blocos econômicos e das comunidades internacionais que impõem as leis do mercado em detrimento dos interesses públicos. A necessidade de harmonização legislativa faz surgir a discussão em prol da unificação de uma Constituição, não ligada ao Estado e não manifestada legitimamente, ameaçando o modelo de Estado constitucional democrático.

Por este motivo, neste capítulo será abordada a evolução histórica do conceito de soberania, de sua visão inicial até a atualidade, perpassando pelas peculiaridades do Estado Constitucional globalizado, o qual também sofreu inúmeras transformações.

Após, a pesquisa tem a pretensão de cuidar da evolução histórica do Constitucionalismo, seus precedentes históricos bem como a sua incidência para as Democracias atuais, que sofrem transformações com o surgimento de organismos internacionais e outras comunidades que, por sua vez, colocam em xeque as noções tradicionais das Constituições.

Finalmente, o trabalho se preocupará em abordar a existência de dois fenômenos constitucionais atuais, decorrentes do Movimento Constitucionalista: o Inter e o Transconstitucionalismo, aquele situado na Europa, especialmente com os estudos do constitucionalista português Canotilho e este último de lavra do brasileiro Neves, que propõe a existência de um raciocínio transversal que possa contribuir para decisões que ponderem o concílio de vários sistemas normativos, o que é o objeto do presente estudo.

1.1. Breve visão histórica do Estado

Na aurora da humanidade, os homens eram nômades. Para se abrigarem contra o clima e as feras, escondiam-se no interior das cavernas. O líder, geralmente o mais forte e valente, sentava-se fora dela e ficava vigiando sua tribo dos perigos. Colocava-se de costas, alheio aos anseios dos seus, como é peculiar em um regime em que a participação popular pouco importa (HAURIOU, 2003, p. 32).

Naquelas sociedades primitivas, os costumes pautavam as regras de convivências. A palavra dada, a reiteração dos comportamentos e a vontade do líder se sobrepunham aos interesses coletivos. Tratava-se, pois, de um sistema de baixa complexidade, muito distante daquele percebido atualmente, forjado na complexa organização estatal.

Esta época, chamada por Hauriou de “idade do costume e das instituições primitivas” foi criada para evitar os inconvenientes da liberdade ilimitada da primeira era do mundo, já que ela impossibilitava a convivência social. Inobstante as instituições primitivas tenham se instalado com dificuldades, foram se regulamentando por meio de costumes, que determinaram certos ritos e preceitos (HAURIOU, 2003, p. 32).

Os costumes primitivos eram considerados como imutáveis e inquestionáveis. Somente com estas características poderiam durar, porque só se conservavam pela tradição oral, e se perderiam se fossem discutidos. Além disso, estavam ligados a um conjunto de crenças morais e religiosas. Nem mesmo o poder político poderia modificar tais dogmas. (HAURIOU, 2003, p. 32).

Desta feita, o embrião do Estado se origina em sua feição mais remota, como reflexo desta sociedade primária. Nos ensinamentos de Jellinek, o Estado antigo apresentava as seguintes características: a) geralmente, o governo era centralizado e unipessoal. O governante era tido como um representante do poder divino, assumindo, por si só a divindade, em certos casos; b) O desejo do líder coincidia com a vontade da divindade, dando-se ao Estado um caráter de objeto, submetido a um poder estranho e superior a ele; c) em outras hipóteses, o poder do

governante era limitado pela vontade dos deuses, cujo veículo, porém, era um órgão especial: os sacerdotes; d) havia uma convivência de dois poderes, um humano e um divino, variando a influência deste, segundo circunstâncias de tempo e lugar (JELLINEK, 1954, p. 219).

É importante salientar, outrossim, que a palavra “Estado” é oriunda de *stato*, particípio do verbo *stare*, conceito que começou a adquirir corpo a partir do Século XIII, com a expansão urbana e comercial da Europa, cujos primórdios remonta à época medieval. Na sua acepção originária visava designar uma “organização estável”, um padrão específico de ordenamento político que desenvolveu-se com os conflitos da Igreja, baronato e susaranato em torno da unificação de estruturas de poder territorialmente fragmentadas e da aplicação de regras de direito válidas para a população (FARIA, 2004, p. 17).

Como será estudado a seguir, o Estado teve suas feições delineadas após o Tratado de Vestfália, de 1648, que restabeleceu a paz na Europa consagrando o modelo da soberania externa absoluta e abriu caminho para uma ordem internacional protagonizada por nações com poder supremo dentro de fronteiras territoriais estabelecidas; e, por fim, acabou ganhando seus contornos institucionais, jurídicos e burocráticos mais precisos no decorrer do Século XIX.

Por sua vez, Steinmetz traça de forma sintética uma análise histórica dos Estados que surgiram após a delimitação do conceito, como é visto nos dias de hoje. Para ele, o Estado Absolutista moderno (*summa potestas*) tinha no centro a pessoa do Monarca, cuja vontade era soberana e representava os fins do Estado. Por outro lado, o Estado Liberal, fruto das Grandes Revoluções (Inglesa, Americana e Francesa) é caracterizado pelo afã da limitação jurídica do agir do Estado frente ao indivíduo (STEINMETZ, 2004, p. 69).

Destarte, o modelo liberal fez nascer um regime típico da época: o Estado Legiferante. Para Schmitt esta pessoa configura-se em um determinado tipo de ente político que tem por característica ver a suprema e decisiva expressão da vontade comum residir em normatizações que aspiram a ser Direito. Trata-se, assim, de uma estrutura ordenada com conteúdo mensurável e determinável, caracterizado como impessoal e, por esta razão, geral, bem como predeterminado e, assim, concebido,

tendo por fim a uma duração permanente. Em tal Estado, lei e aplicação da lei, legislador e aplicação da lei existem separadas entre si (SCHMITT, 2007, p. 2).

É salutar ressaltar, como o fez Zagrebelsky, um dos aspectos do Estado Liberal de direito indicados remete à primazia da lei frente à administração, a jurisdição dos cidadãos. O Estado Liberal de Direito tinha um viés legislativo que se afirmara a si mesmo através do princípio da legalidade, o qual se traduz na ideia da lei como *ultima ratio* política, não lhe sendo oponível nenhum direito preponderante, em nome de uma “razão de estado” (ZAGREBELSKY, 2009, p. 22).

O Estado de Direito se exterioriza, como uma face histórica importante, um dos requisitos essenciais das concepções constitucionais liberais. Não obstante, estivesse adstrito ao Poder Estatal já que ele determinava caminhos e limites de sua ação, assim como os padrões de liberdade dos cidadãos, conforme o Direito. Por isso, que o Estado de Direito fora pretexto para que Estados totalitários se instalassem em quase todo o mundo e arbitrariedades e massacres fossem realizados sob o argumento de cumprimento puro da lei. Destarte, era carente de conteúdo, razão pela qual a necessidade da consagração de um modelo substituto: o Estado Constitucional.

Desta maneira, o Estado Constitucional Democrático é, para Kriele, aquele que consegue resolver problemas como: paz interna (fruto da modernidade, contra as guerras civis), liberdade (que se opõe ao terror confessional e espiritual) e equidade (que rebate a escravidão e suas variáveis) (KRIELE, 2009, p. 20).

Acrescenta-se, ainda, ao modelo garantista do Estado constitucional de direito o fato de desenvolver-se como sistema hierarquizado de normas que condiciona a validade das regras inferiores à coerência com as superiores e com os princípios axiológicos nelas estabelecidos e tendo validade seja qual for o ordenamento (FERRAJOLLI, 2002, p. 29).

O Estado moderno se consolida, desta forma, sob a forma de Estado de direito. Na maior parte da Europa, o modelo adotado foi a monarquia constitucional. O núcleo essencial das primeiras constituições escritas é composto por normas de repartição e limitação do poder, aí abrangida a proteção dos direitos individuais em

face do Estado. A ideia de Democracia somente viria a desenvolver-se e aprofundar posteriormente, quando se incorporam à discussão noções como fonte legítima do poder e representação política. Apenas quando já se avançava no Século XX é que seriam completados os termos da complexa equação que traz como resultado o Estado democrático de direito: quem decide (fonte do poder), como decide (procedimento adequado) e o que pode e não pode ser decidido (conteúdo das obrigações negativas e positivas dos órgãos de poder) (BARROSO, 2009, p. 40).

A elaboração e consolidação do Estado constitucional de direito ou Estado constitucional democrático, no início do Século XX, envolveu debates teóricos e filosóficos intensos acerca da dimensão formal e substantiva dos dois conceitos centrais envolvidos: Estado de direito e Democracia. Quanto ao Estado de direito, é certo que, em sentido formal, é possível afirmar sua vigência pela simples existência de algum tipo de ordem legal cujos preceitos materiais e procedimentais sejam observados tanto pelos órgãos de poder quanto pelos particulares. Este sentido mais fraco do conceito corresponde, segundo a doutrina, à ideia alemã de *Rechtsstaat*, flexível o suficiente para abrigar Estados autoritários e mesmo totalitários que estabeleçam e sigam algum tipo de legalidade. Entretanto, em uma visão material do fenômeno, não é possível ignorar a origem e o conteúdo da legalidade em questão, isto é, sua legitimidade e justiça. Esta perspectiva é que se encontra subjacente ao conceito anglo-saxão de *rule of the law* e que se procurou incorporar à ideia latina contemporânea de Estado de direito, *État de droit* ou *Stato di diritto* (BARROSO, 2009, p. 41).

Quanto à Democracia, lembra Barroso, é possível verificá-la em um plano formal, que comporta a concepção de governo da maioria e de respeito aos direitos individuais, frequentemente referidos como liberdades públicas - como as liberdades de expressão, de associação e de locomoção -, realizáveis mediante abstenção ou cumprimento de deveres negativos pelo Estado. A Democracia em sentido substancial, entretanto, que é o pilar do Estado constitucional de direito, é, mais do que o governo da maioria, o governo para todos. Isso inclui não apenas as minorias - raciais, religiosas, culturais -, mas também os grupos de menor expressão política, ainda que não minoritários, como as mulheres e, em muitos países, os pobres em geral. Para que a Democracia seja efetivada desta forma, é imperioso que o Estado

não apenas respeite os direitos individuais mas, igualmente promova outros direitos fundamentais, de caráter social, necessários ao estabelecimento de patamares mínimos de igualdade material, sem a qual não existe vida digna nem é possível o desfrute efetivo da liberdade (BARROSO, 2009, p. 41).

Todavia, este modelo estatal foi colocado em xeque frente à criação de uma nova organização, ainda em formação e delimitação: os blocos econômicos e comunidades de Estados. Estes subvertem à ordem estatal, seus elementos, fazendo com que a visão geral do Estado, atualmente, passe por uma profunda renovação de numerosas concepções jurídicas que operam na prática, sobretudo a de soberania.

1.2. O conceito de Soberania e sua transformação

O tema da soberania, ainda que decorrente da modernidade é, ainda hoje, causador de celeumas. Ocorre que, independente da sua consagração na “Paz de Vestflália”, seu conceito é, ao mesmo tempo jurídico e político, o que fornece simultaneamente um princípio organizado para o que seja “interno” aos Estados e o “externo” a eles. Pressupõe um sistema de governo que seja universal e obrigatório em relação à cidadania de um território específico, mas do qual todos aqueles que não são cidadãos são excluídos (GIDDENS, 2001, p. 295).

Importante ressaltar que foi Bodin, na sua célebre obra “Os seis livros da República”, quem delimitou o conceito de soberania, permitindo que fosse atribuído um poder absoluto e perpétuo ao Rei, estando este vinculado unicamente à lei natural. Por este motivo que o monarca, dotado de vitaliciedade, poderia renunciar ao poder, transmitindo a quem bem entendesse tais prerrogativas. O Rei só prestava contas à divindade, e a mais ninguém (BODIN, Jean *apud* FRIED, 1989, p. 332).

Bodin afirma, ainda, que em cada Estado deve existir um poder supremo, uno e indivisível (para ele não há Estado sem poder soberano). Conforme este autor, os caracteres essenciais da soberania são o absolutismo e perpetuidade.

A soberania compreenderia, em primeiro lugar, o direito de fazer leis. Mas, neste viés clássico, quem faz leis, não lhes pode estar sujeito, é-lhes superior; o soberano encontra-se tão só submetido às leis divinas e naturais. Na ordem jurídica positiva, a soberania é absoluta, pois o seu titular é superior à lei, e com referência ao soberano existem deveres mas não direitos. Donde se segue que não há direito algum à rebelião contra o tirano, nem tampouco direitos do cidadão contra o Estado (DEL VECCHIO, 1979, p. 79).

Mas esta visão absolutista de soberania há muito foi ultrapassada. Em um Estado soberano, de carácter democrático, esclarece Giddens, a autoridade estatal é a mediação suprema legisladora e executora da lei, estas sendo unificadas. Os governos representam essa autoridade soberana como “delegados”, e isso é uma fonte das tendências em direção à poliarquia nos Estados modernos (GIDDENS, 2001, p. 295).

Além disso, a relação entre a noção clássica de soberania e a igualdade de princípios dos Estados é muito mais próxima do que se supõe. Um Estado não pode se tornar soberano exceto dentro de um sistema de outros Estados soberanos, tendo sua soberania reconhecida por eles.

Os seguintes aspectos podem ser apontados como os mais ilustradores — de fato, definidores que se entende por soberania. Soberano é o Estado cuja organização política tem a potencialidade, dentro de um território ou territórios delimitados, de produzir leis e efetivamente sancionar a sua manutenção; exercer um monopólio sobre o controle dos meios de violência; controlar políticas básicas relacionadas às questões internas ou à forma administrativa de governo; e o acesso aos frutos de uma economia nacional que sejam a base de sua receita (GIDDENS, 2001, p. 296).

A soberania é um atributo essencial do poder político. Pode ser vislumbrado tanto positiva quanto negativamente. Sob o foco negativo, é a prerrogativa de que nenhum poder é maior que o estatal. Na via positiva, é a compreensão de que é a sua independência em relação a outras potências (MAYNEZ, 1974, p. 101).

A soberania pode ser entendida, ademais, como sendo a expressão da vontade popular, ou soberania popular. Esta ideia não é recente, sendo desenvolvida desde Rousseau. Para o iluminista, nenhuma ordem possui legitimidade se não se basear na lei - isto é, na vontade geral. Nela está inserida a verdadeira soberania que não pertence a um indivíduo, ou a uma corporação particular, mas sempre, e necessariamente, ao povo, enquanto este constitui um Estado. Posto este princípio da soberania popular, Rousseau foi tão longe no seu rigorismo que não admitia sequer a representação do povo, mas queria o exercício direto da soberania (concepção que apresenta certa analogia com o que hoje na Suíça, se pratica por meio do referendo popular). A soberania é inalienável, imprescritível e indivisível, e embora o Governo ou poder executivo seja confiado a determinados órgãos ou indivíduos, a soberania conserva a sua sede no povo que, a todo o tempo, poderá avocá-la a si (DEL VECCHIO, 1979, p. 132).

A soberania traz a exata noção, atendendo à relatividade imposta pelo contato dos povos, que se associam, para a satisfação dos próprios interesses, e a realização de seus fins. Esta *societas gentium*, como Casela prefere chamar, funda-se na solidariedade humana; e a soberania tem acima de si a autoridade do direito, porque o Estado, que a exprime e exerce é criação jurídica, e, logicamente, não pode ter a força, acima ou contra o direito, sob pena de se desorganizar, ou falsear a sua finalidade. A soberania não é arbítrio, não é poder indisciplinado, é o modo de ser jurídico, pelo qual se manifesta a vontade coletiva do povo, na qual se consubstanciam antecedentes históricos e motivos atuais (CASELA, 2009, p. 52).

Nos termos de Casela, a época contemporânea pode ser considerada como a do império do regime democrático. É o poder supremo de um povo. É o poder na sua mais alta expressão e acepção, sem atingir, todavia, o absoluto da Idade Média, repudiado pela doutrina contemporânea. Na hierarquia dos poderes conferidos ao Estado, nenhum outro o iguala, a não ser o poder semelhante de outro Estado. Mas, nenhum outro o supera. Entretanto, não é ilimitado nem incondicionado, no que tange ao seu exercício, especialmente nos últimos anos, quando outras forças têm reduzido a participação popular na tomada de decisões (CASELA, 2009, p. 57).

Para Ferrajoli, falar da soberania e de seus eventos históricos e teóricos importa afirmar que os acontecimentos daquela formação político-jurídica particular que é o Estado nacional moderno, nascida na Europa há pouco mais de quatro séculos e exportada no Século XX para todo o planeta, hoje se encontra em declínio (FERRAJOLI, 2002, p. 23),

Esta quebra do dogma da soberania ocorre principalmente porque grupos ou associações internacionais começam a formar outras autoridades que interferem nos rumos das políticas públicas e estabelecem metas e compromissos aos Estados, para que possam continuar a realizar negócios com determinado ente político. É o caso do Grupo de Investidores Estrangeiros no Brasil que tem por meta equacionar os processos informais de negociação, fora do alcance partidário e democrático (FARIA, 2004, p. 35).

Há um complexo de exigências e pressão por parte destes grupos econômicos requerendo flexibilização e até desconstitucionalização de direitos. Isso gera uma série de problemas, como a fragilização da autoridade pública do Estado, um desequilíbrio entre os Poderes e a perda da autonomia do seu aparato burocrático (FARIA, 2004, p. 34).

Além disso, não é raro se afirmar que os Estados-nação (aqueles caracterizados pela soberania clássica) estão se tornando progressivamente menos importantes na organização mundial como resultado das tendências atuais. Há uma gama de novas pessoas (especialmente organizações internacionais) que permanecem além das fronteiras dos Estados, talvez apropriando capacidades anteriormente mantidas por eles.

Acrescenta-se, ainda, como lembra Giddens, que a Organização das Nações Unidas e os mercados comuns europeu e sul americano são agências que se caracterizam como “organizações”. Como eles influenciam a soberania de seus Estados membros? São elas entidades soberanas?

No caso das Nações Unidas, ressalta o referido autor, certamente não há dificuldade real em se encontrar a resposta. Embora ela seja a principal “agência mundial”, e muito importante no monitoramento reflexivo global, tal organização não

fez e não faz incursões substanciais na soberania dos Estados. Ela não é um corpo soberano em seu próprio direito, e o impacto mais importante das Nações Unidas no âmbito global tem sido em relação à amplificação da soberania dos Estados, em vez de sua limitação.

Diversamente, entretanto, pode ser afirmado que, apesar de ser uma agência intergovernamental mais localizada, a União Europeia tem restrito consideravelmente a soberania de seus Estados-membros. Isto ocorre porque tem a capacidade de conceber leis que são aplicadas, em princípio, às populações dos Estados que as compõem. Além disso, podem ser formulados acordos entre a Comissão ou a Alta Autoridade com outros Estados em nome dos países membros (GIDDENS, 2001, p. 296).

É importante salientar outrossim que, mesmo entre as autoridades políticas europeias há um dissenso entre o que se esperar da União: há aqueles, como o ex-primeiro ministro francês, Jacques Chirac, que crêm que tal instituto deve ser apenas uma “Europa de Estados”, de sorte que os Estados-membros não percam suas soberanias, configurando-se sob um modelo que se assemelha à confederação de Estados (RIFKIN, 2005, p. 196).

Canotilho reforça este pensamento, ao aduzir que, pelo menos no que tange à experiência francesa, os nacionalistas republicanos recusaram as constelações pós-nacionais. Por isso que os republicanos de esquerda, como Jean Pierre Chénèvement afirmaram: “- *si la France est une personne, l’Europe, celle, n’est qu’une chose*” (CANOTILHO, 2008, p. 139).

Habermas também se deparou com a questão. Para ele, as tendências e processos de Globalização, transformam o modelo histórico segundo o qual o Estado, a sociedade e a economia detinham a mesma extensão e o mesmo âmbito, dentro dos limites das fronteiras nacionais. Ele alerta que, especialmente na Europa, a dissolução de fronteiras não é um fenômeno exclusivo da economia. Outros setores como cultura, política e, sobretudo o direito, revelam reflexos determinantes na nova ordem mundial (HABERMAS, 2003, p. 104).

O modelo comunitário europeu, entretanto, ainda é uma aspiração muito longínqua para a realidade sul-americana. Embora o MERCOSUL tenha sido formalmente criado pela Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, por meio do Tratado de Assunção, na década de 1990, os países-membros ainda gozam de pouco senso comunitário.

No que pese ao estabelecimento de circulação livre de mercadorias, bens, serviços e fatores produtivos entre os Estados, restringindo ou eliminando-se os direitos alfandegários, tarifas e ainda que tenha sido estabelecida uma alíquota externa comum, persiste um abismo social e jurídico entre os membros, de sorte que harmonizar suas legislações (e constituições) parece uma meta inalcançável, a curto prazo.

É importante ressaltar que todos esses fatos são reflexos de um processo de integração econômica, política e comunicacional entre as nações muito aprofundado, levando ao que se convencionou chamar de Globalização, no final do segundo milênio.

Assim, o termo Globalização, no Século XX, foi primeiramente utilizado por dois autores – Reiser e Davies, para representar que a partir de determinado momento da história do homem, haveria uma “síntese planetária de culturas” em um “humanismo global”, propiciada, sobretudo, pelas novas tecnologias de informação, comunicação e transporte. Para Giddens, a Globalização pode ser definida como a “intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam comunidades distantes, de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorridos a muitas milhas e vice-versa” (GIDDENS, 1991, p. 69).

É importante, neste momento, traçar algumas distinções entre Globalização e Globalismo, como o faz Beck. A Globalização, lembra o autor, tem caráter cultural, social, econômico, político e jurídico. Já o Globalismo, outrossim, restringe-se aos aspectos notadamente econômicos, o que remete à ideia de que o mercado mundial usurpa, por si mesmo, a ação política; trata-se portanto da ideologia do império do mercado global, de concepção neoliberal. Com caráter monocasual, limitado ao viés econômico, e reduzindo a pluridimensionalidade da Globalização a uma única dimensão – a econômica – que, por sua vez, ainda é

pensada de forma linear e deixa todas as outras dimensões – relativas à ecologia, à cultura, à política e à sociedade civil – sob o domínio avassalador do mercado (BECK, 1999, p. 27).

Embora o discurso sobre a Globalização seja algo aparentemente recente, o fenômeno desponta ainda na Idade Moderna. A colonização da América, no Século XVI, é o primeiro passo para a ampliação do intercâmbio em escala mundial. Todavia, apenas no Século XX, especialmente após a 2ª Guerra Mundial, que o desenvolvimento da tecnologia de transporte e comunicação fez com que a distância fosse relativizada, causando inúmeros impactos econômicos, culturais, sociais, jurídicos e ambientais (FISCHER, 1998, p. 164).

Este fenômeno, chamado por Faria de transnacionalização dos mercados de insumos, transformou freneticamente as estruturas de dominação política, e de apropriação de recursos, subverteu as noções de tempo e espaço, derrubou barreiras geográficas, diminuiu as fronteiras burocráticas e jurídicas entre nações, revolucionou os sistemas de produção, modificou estruturalmente as relações trabalhistas, tornou os investimentos em ciência, tecnologia e informação em fatores privilegiados de produtividade e competitividade, criou formas de poder e influência novas e autônomas e, por fim, multiplicou de modo exponencial e em escala planetária os fluxos de ideias, conhecimento, bens, serviços, valores culturais e problemas sociais (FARIA, 2004, p. 13).

O conceito de soberania, que até então poderia se configurar como algo imune às influências, ilimitado e uno, poderá se confrontar com uma realidade em que o próprio Estado repassa parte de sua soberania para o exercício de instituições privadas de caráter paraestatal. Segue à risca, assim, os programas traçados por elas, sob pena de graves sanções e repercussões pecuniárias. Esses novos fatores reais de poder, baseados em aspectos econômicos, superam as noções clássicas de soberania, minimizando o Estado frente ao capital.

Bobbio também abordou o assunto. Para ele, esta “nova soberania”, de abrangência internacional, está cada vez mais intensa, desgastando os poderes tradicionais dos Estados soberanos. Acrescenta, ainda, que o maior golpe foi dado pelas chamadas comunidades supranacionais, cujo afã é limitar fortemente a

soberania interna e externa dos Estados-membros; as autoridades “supranacionais” têm a possibilidade de conseguir que adequadas cortes de justiça definam e confirmem a maneira pela qual o direito “supranacional” deve ser aplicado pelos Estados em casos concretos (BOBBIO, 1994, p.1.187).

Além disso, como noticia Galgano, há uma modificação estrutural nos sistemas jurídicos mundiais: o ato do Judiciário, enquanto fonte normativa, está ganhando mais e mais importância nos países do chamado “*Civil Law*”, fenômeno denominado de “Americanização” do Direito. Trata-se, para Galgano, de um processo de harmonização de sistemas jurídicos que se dá não apenas entre os Estados Unidos e a Europa, mas também envolve países asiáticos e latino-americanos, o que para ele pode significar um prelúdio do fim da hegemonia ocidental nas regras do jogo da economia mundial e no Direito comercial internacional (GALGANO, 2005, *passim*).

Acrescenta ainda, que nesse novo paradigma, os agentes legislativos se multiplicam com o crescimento do poder regulatório do Estado e de entes não-estatais, notadamente grandes conglomerados econômicos que estabelecem novos contratos, institutos e realidade, os quais transcendem até mesmo à ideia tradicional de Direito (GALGANO, 2009, p. 234).

Nem todos os teóricos, entretanto, vêm a Globalização como uma força tão desconstrutora. Para Campilongo, o sistema jurídico é um só e decorre da função do Direito e não da arquitetura do sistema normativo. A Globalização requer novas diferenciações no interior do sistema jurídico, mas não é hábil de corromper esta função do Direito. Segundo ele, é mister uma busca de inovações talvez dos mecanismos ou instrumentos jurídicos, já que a lógica do mundo globalizado exige esta postura. Conclui, todavia, com otimismo, até então inédito neste trabalho, que uma nova, ampla e complexa estrutura jurídica, diante da ordem econômica globalizada, fortalece a Democracia, levando a consagração dos direitos humanos em regiões onde tais conceitos eram ignorados (CAMPILONGO, 2000, p. 143).

Deste modo, percebe-se que o cenário legal está em transformação, adaptando-se ao mercado global, já que as diferenças entre os sistemas jurídicos impedem o comércio transnacional, os países tendem a reduzir as diferenças

jurídicas, fazendo com que o sistema constitucional entre em colapso, frente à supremacia da *lex mercatoria*, ou lei do mercado, que coloca em xeque as garantias dos Direitos Humanos.

1.3 O Constitucionalismo

O movimento constitucionalista moderno é fruto dos anseios burgueses, e se consagrou especialmente no final dos dois últimos séculos na Europa, e que se estendeu a praticamente todos os países do mundo. Os jusfilósofos iluministas, como Locke, Rousseau e Montesquieu já apregoavam a necessidade da limitação do poder do governante, por meio do estabelecimento de um Estado de Direito.

Assim, apoiado na ideia do Positivismo, o movimento Constitucionalista é um reflexo de seu momento histórico e que pretendia a modificação do *status quo* e a consagração da burguesia como classe política dominante nos Estados.

Segundo Zagrebelsky, apenas sob o primado da Constituição que as falhas do Estado de Direito seriam resolvidas: seja pela falta de seu conteúdo (o que proporciona da sua recepção em Estados totalitários) seja a plasticidade das constituições meramente formais que tombam frente aos demais poderes. (legislador e do administrador) (ZAGREBELKY, 2009, p. 262).

Desta feita, a lei presta reverência à Constituição e ela mesma se converte em uma espécie de objeto de sopesamento. Neste sentido, o princípio da constitucionalidade vem assegurar a segurança jurídica, posto que o Estado Constitucional não visa retirar a soberania concreta do Monarca, da Assembleia ou Parlamento, mas a limita, sob a forma da lei suprema do Estado.

Lembra Barcellos que a história do Constitucionalismo passa por muitas fases: das constituições liberais e sincréticas (ex: Constituição Americana de 1789, baseada no Humanismo dos “Pais Fundadores”) e das dirigentes (nos últimos cinquenta anos). No Século passado, lembra a autora, em vários momentos e por

várias razões, o homem foi não apenas funcionalizando, como também imolando brutalmente os altares do Estado-nação (Alemanha Nazista), do Estado-partido (União Soviética e o Partido Comunista), da ideologia da segurança nacional (Ditaduras latino-americanas), dentre outros temas semelhantes. As Cartas, naqueles tempos, foram ignoradas ou manipuladas, em seu aspecto positivo-formal (BARCELLOS, 2002, p. 23).

No final do Século XX, todavia, pode-se dizer que as Cartas adquiriram, de forma generalizada, uma função unificadora, já que consagraram uma solução final perante conflitos e antinomias, empregando sua eficácia inclusive contra legisladores, o que fez com que a noção de Constituição fosse mais profunda e apaziguadora de conflitos que o princípio da legalidade, propondo que haja, assim, uma tendência à unificação pelo constitucionalismo (ZAGREBELSKY, 2009, p. 263).

Essa unificação pode ser vislumbrada também sob o aspecto internacional. No seu artigo “*El juez constitucional en el siglo XXI*”, Zagrebelsky deixa claro que os fenômenos da Globalização e Transnacionalidade, já estudados neste trabalho, transformaram sensivelmente a ideia de um constitucionalismo exclusivamente nacional e os Estados que insistirem nesse modelo estarão fadados à impotência e à marginalização. Por isso, a nova temática é um modelo constitucional ainda mais cosmopolita (ZAGREBELSKY, 2009, p. 261).

O anseio de Kriele coincide com o que apregoa Zagrebelsky, já que para o primeiro se faz mister a formação de um constitucionalismo mundial, capaz de oferecer, às várias cartas dos direitos fundamentais de que a comunidade internacional já dispõe, aquelas garantias jurídicas de cuja falta depende a ineficácia destas. Insiste o autor que se cartas pretendem ser levadas a sério, como normas e não como declarações retóricas, faz-se necessário que essa falta de garantias seja reconhecida, pela cultura jurídica e política, como uma lacuna, cujo preenchimento é obrigação da ONU e, portanto, dos Estados que a esta aderem (KRIELE, 2005, p. 20).

Este discurso, por sua vez, tem a ver com a superação do período áureo do *Welfare State*, ou Estado do bem estar social. Segundo este modelo, o Estado ocupa um papel preponderante na determinação das metas e diretrizes sociais,

restringindo a iniciativa privada a programas que devem pautar o bem comum e à busca de um ideal de justiça igualitária.

Ferreira Filho assevera que nestes Estados preponderam as Constituições dirigentes, quais sejam, aquelas que consagram que o Estado deve dirigir a atuação dos sucessivos governos que sob elas se constituam. Diferentemente das Cartas Liberais, dos Estados Legiferantes, não devem apenas limitar o poder. Mister que tracem as metas, os rumos que os governos devem-se empenhar em realizar progressivamente (FERREIRA FILHO, 2007, p. 75).

É mister lembrar, todavia, que com a transnacionalização dos mercados e quebra do conceito de soberania, a própria concepção de Constituição como única força que coordena a estrutura e as políticas do Estado e sociedade, vem paulatinamente deixando de ser um dogma absoluto, frente às transformações mais recentes.

1.3.1 O Interconstitucionalismo

Hodiernamente, comenta-se acerca da mudança na linha doutrinária do famoso constitucionalista português Canotilho, que em 1982, publicou sua obra “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador”, na qual sustentava a tese de que as normas programáticas constitucionais sobre direitos sociais, econômicos e culturais obrigariam ao legislador infraconstitucional a elaborar regras que fixassem as prestações positivas e o Poder Executivo a oferecer os serviços e prestações para realização dos preceitos constitucionais.

Paralelamente, o autor não aceitou a redução dos direitos sociais a um simples "apelo ao legislador", mas os entendeu como "verdadeira imposição constitucional, legitimadora de transformações econômicas e sociais, na medida em que estas forem necessárias para a efetivação desses direitos"; afirmava também que a inércia do Estado quanto à elaboração de condições de sua efetivação podia dar lugar a uma inconstitucionalidade por omissão (KRELL, 2002, p. 67).

No Brasil, a teoria do ilustre português teve ampla aceitação. Gisele Citadino, inclusive, a descreveu como um “Constitucionalismo Comunitário”, cuja máxima é garantir a justiça distributiva, por meio de ações efetivas e políticas públicas concretas, de modo a incluir os marginalizados e eliminar a perversa desigualdade social brasileira (CITADINO, 2000, p. 73).

Para espanto de seus seguidores brasileiros, todavia, Canotilho reavaliou suas teorias anteriores, dizendo-se, agora um adepto de um “constitucionalismo moralmente reflexivo”, em virtude do “descrédito de utopias” e da “falência dos códigos dirigentes”, que causariam a sua predileção por “modelos regulativos típicos da subsidiariedade”, de “autodireção social estatalmente garantida”. Acrescenta, ainda, que o “entulho programático” e as “metanarrativas” da Carta Portuguesa, impediriam aberturas e alternativas políticas, tomando necessário “desideologizar” o texto constitucional (CANOTILHO, 1998, p. 8).

Essa mudança de postura se deve certamente à forte influência do processo de integração econômica que passou Portugal nas últimas décadas, ao ser incluído à União Europeia, o que proporcionou ao país uma prosperidade e estabilidade econômica e social jamais vivenciada antes, mas que definitivamente não é transferível, sem os devidos ajustes, ao sistema jurídico e social do Brasil (KRELL, 2002, p. 69).

Por esta razão, na sua recente “Brançosos e Interconstitucionalidade”, Canotilho reconhece que a teoria da Constituição dirigente é uma obra datada. Para ele, as Constituições portuguesa de 1976 e brasileira de 1988 são dotadas de vã programaticidade e se encontram em um fosso de críticas implacáveis, pois se basearam em um autismo nacionalista e patriótico, bem como na ideia de Estado-soberano, ou de soberania constitucional, o que entende ter sido igualmente superados (CANOTILHO, 2008, p. 104 e 109).

Acrescenta, ainda, que a internacionalização e a “europeização”, em se tratando de Portugal e, no caso brasileiro, “mercosulização”, deixam claras as transformações nos sistemas jurídicos nacionais, reduzindo-os em ordens parciais, e o que é pior, fazendo com que suas Cartas sejam relegadas a um plano modesto de leis fundamentais meramente regionais (CANOTILHO, 2008, p. 110).

A obra “Brançosos e Interconstitucionalidade” parte do pressuposto da existência de relações interconstitucionais específicas e justaposição e conflito de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político. Por isso, seu objetivo no trabalho é tentar compreender as formações jurídicas compostas e complexas a partir de uma perspectiva amiga do pluralismo de ordenamentos e normatizações.

O autor não nega a importância das constituições estatais, porém para ele há uma relativização de princípios estruturantes da estabilidade racional (como a soberania), mas não afeta o cerne destas constituições, que são dimensões relevantes de uma hermenêutica jurídica, possuindo a função de integração cultural. Porém, há necessidade de percebê-las dentro da órbita maior, interorganizadora e interculturalista do fenômeno globalizador.

O interculturalismo constitucional, aduzido por Canotilho, busca subsídios em Häberle e sua cultura constitucional, considerado pelo alemão como um conjunto de atitudes, ideias, valores e grupos plurais. Porém, dentro da seara do constitucionalismo, tem como paradigma fundacional uma norma fundamental que discipline assuntos de modo exclusivo (como pretendeu a Constituição Europeia) e outro, de caráter não fundacional (como o faz o Tratado de Lisboa, em prol de um assentamento constitucional) (HÄBERLE, 2007, p. 07).

O mestre português afirma que há um constitucionalismo político e social num mundo globalizado e sustenta que há três rupturas paradigmáticas recentes do Constitucionalismo clássico: a) a superação do referencial Constituição-Estado, já abordada nesta dissertação; b) a teoria dos momentos constitucionais, partindo de um Constitucionalismo evolutivo; c) o esquema hierárquico-normativo do Direito Constitucional, em foco os sistemas multipolares de governance constitucional.

O autor apresenta uma realidade cada vez mais presente em que o Estado constitucional deve se relacionar com os Estados nacionais supranacionais, desenvolvendo a tese de um Direito Constitucional Internacional já que há progressiva constitucionalização do Direito Internacional e as constituições se tornaram supranacionais.

Para Canotilho, os problemas do Constitucionalismo global compreendem a própria limitação jurídica do poder absoluto do Estado, diminuído em virtude de outras forças e grupos bem como uma transferência do paradigma constitucional nacional às constituições supranacionais, o que gera conflitos, uma vez que há diferentes estruturas entre sociedades estatais clássicas e as internacionais.

Continua o constitucionalista europeu aduzindo que os novos fenótipos político-organizatórios farão com que o regime jurídico interno ceda a um novo plano normativo e regulatório, formulado por associações abertas e que qualquer patriotismo de natureza constitucional será um sentimento débil, já que as Cartas perdem parte de seu simbolismo, sua força normativa e seu papel identificador (CANOTILHO, 2008, p. 110).

E vai além, cogitando a possibilidade de uma Constituição sem Estado, aduzindo ser necessário desassociar a sua compreensão dentre do ente político como sendo um requisito de existência, pois já que se anseia uma Constituição global, esta seria impossível de ser alcançada já que inexistente Estado global. Esta figura é absolutamente refutada por Canotilho, que aduz que tais organismos transnacionais, em sua atual configuração, não possuem de elementos de controle e legitimidade que possam atender às exigências democráticas contemporâneas.

Há a tese da existência de Constituições sociais globais, ou seja, cartas que possam congregar vários subsistemas de forma reguladora, semelhantes a uma Constituição. Por exemplo, cita o autor, a “Constituição da Internet”, a “Constituição do Sistema de Saúde”, a “Constituição dos Direitos Genéticos”, etc. A ideia também é criticada pelo português, já que para ele não teriam o verdadeiro conteúdo de carta política e fundamental, que é característica inerente das Cartas Constitucionais.

Por estas razões, o mestre português propõe a necessidade de um Interconstitucionalismo, entendido como a concorrência, convergência, justaposição e conflito de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político. Para Canotilho, trata-se, assim de uma forma específica de interorganização política e social que possa unificar dentro do campo do constitucionalismo, uma ou várias cartas que convirjam na tutela dos Estados envolvidos, como a “Constituição europeia”.

É necessário ressaltar ainda que um dos grandes problemas que surgem com a existência de uma Constituição europeia, é verificar que esta Interconstitucionalidade, na verdade não advém da visão clássica sob a qual se forjou a Democracia. Canotilho, assim, deixa claro que se o Estado é pressuposto democrático e se a Democracia, por sua vez, pressupõe o Estado, qualquer desestatização equivalerá a uma “desdemocratização”. E o pior, qualquer regulação jurídica emergente que não advenha do Estado e de seus representantes legalmente eleitos, advirá de leis que não são emanadas pelo povo, negando-se, assim, o paradigma da Democracia moderna (CANOTILHO, 2008, p. 233).

Além da fuga democrática, há um risco de se criar uma “crise do Direito” e, além disso, transformar o Direito Constitucional no “direito dos restos” pois, com a transferência de competências políticas e legais do Estado em favor de organizações supranacionais, lembra Canotilho, o próximo passo poderá ser reduzir as prerrogativas estatais àquelas destinadas aos “heróis locais”, sem muita importância prática e pouco democrática (CANOTILHO, 2008, p. 185).

O dualismo entre a Democracia e os anseios liberais do Mercado não é uma novidade na literatura jurídica. Ao contrário, também pode ser vislumbrado na obra de Schmitt. Na sua batalha ideológica implacável contra o Liberalismo, Schmitt estabeleceu uma distinção clara entre o Liberalismo e o Parlamentarismo, de um lado, e a Democracia, de outro. Ele afirmou que os liberais, através de seu discurso “eterno” em favor das leis do mercado, pretendia dissolver os assuntos políticos como mero confronto existencial, reduzindo-lhes à órbita da ética. Critica, ainda, que os liberais tratam tudo como questões de economia e que todos os problemas seriam solucionáveis por meio de negociações ou deliberações racionais.

A Democracia, acrescenta Schmitt, seria a identidade entre os anseios dos governantes e governados, razão pela qual está ligada à ideia de igualdade entre aqueles que se submetam ao mesmo regime, não podendo se sustentar dentro de grupos heterogêneos. Assinala o autor, também, que a Democracia tem como pressuposto a homogeneidade e superação das diferenças, o que o projeto europeu contrasta frontalmente, já que pretende uma organização de partes heterogêneas, o que aumenta ainda mais a preocupação no modelo de sociedade por vir (SCHMITT, Karl *apud* MÜLLER, 2000, p. 1781).

Neste sentido, Habermas tem posição bastante peculiar sobre o fim do Estado Social e sobre o déficit democrático que isto pode provocar. Para ele, as restrições impostas a uma postura pró-ativa dos governos nacionais, não atingem apenas os Estados Sociais e as Constituições dirigentes, mas afetam também a única via que tinha conseguido de maneira satisfatória harmonizar os efeitos indesejados do Capitalismo com os anseios populares. Isto, segundo ele, ocorreu pois no Estado nacional conseguiu consagrar uma atuação democrática da sociedade sobre si mesma (HABERMAS, 2003, p. 104).

O autor acrescenta que há uma “afinidade eletiva” entre Democracia e o Estado nacional, de sorte que os cidadãos regulam seu convívio em sociedade baseando-se em pilares democráticos por meio dos seguintes pré-requisitos: a) a existência de um aparelho político competente que auxilie no implemento das decisões obrigatórias (e muitas vezes impopulares) que atingem a sociedade; b) a existência de instituições democraticamente criadas com o intuito de aplicar de forma coativa tais normas, quando descumpridas; c) uma coletividade de cidadãos que possa ser mobilizada em favor da participação em processos de formação política da opinião e da vontade visando ao bem comum; d) a existência de um contexto econômico-social no qual uma administração democraticamente programada possa produzir serviços de organização e de direcionamentos legítimos (HABERMAS, 2003, p. 105).

Há, assim, na obra de Habermas, um medo de que a formação de uma Constituição fora do contexto estatal provoque a quebra da consolidada Democracia europeia. Trata-se, pois, de um temor que invade diferentes graus, dentre cientistas, como Habermas e Canotilho, até magistrados. Em célebre frase, um juiz da mais alta corte alemã, *Bundesverfassungsgericht*, aduziu que “lá onde não existe Estado, não existe Constituição e lá onde não existe um povo do Estado, não existe qualquer Estado”. (CANOTILHO, 2008, p. 202).

1.3.2 O Transconstitucionalismo

Como dito anteriormente, o grau de integração do Brasil, inserido no âmbito do MERCOSUL, é muito diferente do português na União Europeia, razão pela qual o medo da superação da Constituição democrática ainda não aflige aqui. Além disso, o Interconstitucionalismo não teria uma aplicação eficiente neste continente, já que ainda não se cogita sobre a criação de uma Carta Constitucional unificadora para o bloco da América do Sul e o processo de unificação legislativa é lento e gradativo.

Os problemas são outros: a interação cada vez maior entre os países e seus cidadãos, imprime que haja uma interconexão entre as suas diversas ordens jurídicas, tanto estatais como transnacionais, internacionais e supranacionais, em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional.

Há necessidade, assim, de um diálogo que possibilite que as Cortes Constitucionais possam, utilizando de princípios básicos e relativamente uniformes, aprofundar no processo de integração em prol de uma resposta que atenda aos interesses de partes ambivalentes que se submetem a textos constitucionais distintos.

Há, dessa sorte, uma interconexão que liga as Constituições nacionais a uma órbita maior, internacional. Por isso que Peter Häberle alertou que atualmente o Estado Constitucional e o Direito Internacional transformam-se em conjunto. O Direito constitucional não começa onde cessa o Direito Internacional. De sorte que também o Direito Internacional não termina onde começa o Direito Constitucional (HÄBERLE, 2007, p. 12).

Na visão do consagrado constitucionalista alemão, os ordenamentos jurídicos internos necessitam, cada vez mais, da conexão com os ordenamentos jurídicos externos para que sejam garantidos os próprios direitos consagrados nas suas constituições.

Por este motivo, é necessário uma maior interação entre as ordens constitucionais que transcende a visão ortodoxa do Direito Constitucional. Trata-se do entendimento que os direitos vão além das fronteiras de tempo e espaço, sendo aos poucos reconhecidos no âmbito internacional e condensados no interior das

constituições nacionais. Não se pretende a criação de uma Constituição única, internacional, como pretendido pela tese da Interconstitucionalidade. Ao contrário, objetiva-se a inclusão, nas cartas já existentes, de mecanismos que possibilitem um diálogo de fontes (nacional e internacional) e a eficácia de decisões que sejam emanadas por diferentes sistemas jurídicos que estão em constante interação.

Esta é a ideia fulcral do Transconstitucionalismo, tese apresentada pelo brasileiro Marcelo Neves deixa claro que o Estado deixou de ser um *locus* privilegiado de solução de problemas constitucionais. Embora não negue seu caráter fundamental e indispensável, o Estado passaria a ser apenas mais um dos diversos *loci* em cooperação e concorrência na busca do tratamento desses problemas. A interconexão sistêmica cada vez maior da sociedade mundial levou à desterritorialização de problemas-caso jurídico-constitucionais, que, por assim dizer, emanciparam-se do Estado (NEVES, 2009, p. 298).

É necessário distinguir os conceitos de Inter e Transconstitucionalismo. Embora sejam conceitos próximos, pode-se afirmar que o primeiro é incluído neste último, porque há situações onde as duas ordens envolvidas sejam constitucionais. No entanto, o Transconstitucionalismo implica também sensibilização em face de ordens que muitas vezes não adotam modelos constitucionais, nos moldes tradicionais.

Por isso que o Transconstitucionalismo não implica necessariamente em Interconstitucionalismo. O modelo de Neves é um pouco mais abrangente do que o de Canotilho, eis que reconhece, por exemplo, a existência de cortes e julgamentos indígenas, desde que orientados como órgãos soberanos nos Estados em que se encontrem, podem dialogar em verdadeiro Transconstitucionalismo.

É necessário distinguir os conceitos de Inter e Transconstitucionalismo. Embora sejam conceitos próximos, pode-se afirmar que o primeiro é incluído neste último, porque há situações onde as duas ordens envolvidas sejam constitucionais. No entanto, o Transconstitucionalismo implica também sensibilização em face de ordens que muitas vezes não adotam modelos constitucionais, nos moldes tradicionais.

Por isso que o Transconstitucionalismo não implica necessariamente em Interconstitucionalismo. O modelo de Neves é um pouco mais abrangente do que o de Canotilho, eis que reconhece, por exemplo, a existência de cortes e julgamentos indígenas, que desde que orientados como órgãos soberanos nos Estados em que se encontrem, podem dialogar em verdadeiro Transconstitucionalismo.

Neves reconhece que a Constituição é o acoplamento de dois sistemas funcionais da sociedade moderna: o Direito e a política. Caberia então à Carta Constitucional o papel ambivalente de promover a legitimação política do Direito, de forma democrática, e também a legitimação jurídica da política, numa verdadeira relação paradoxal de complementação e tensão recíprocas, sem que haja subordinação entre os sistemas, operando uma horizontalidade entre ambos.

Trata-se de complementação já que o Estado de Direito e os direitos fundamentais sem Democracia não encontram nenhuma garantia de realização pois todo modelo de exclusão política põe em xeque os princípios da legalidade e da igualdade. Além disso, a Democracia não sobrevive sem ser no Estado de Direito, mas descaracteriza-se na Ditadura da maioria. Já a tensão é verificada quando a política democrática e o Direito Positivo entram em conflito no Estado constitucional, como na hipótese de quando as leis deliberadas democraticamente são declaradas inconstitucionais.

Haveria, nos dizeres de Neves, uma Constituição transversal, considerada a norma que perpassa transversalmente todo o sistema jurídico dando-lhe consistência. Serve como ponte de transição institucional entre a política e o Direito e impede os efeitos destrutivos de cada um desses sistemas sobre o outro e promove o intercâmbio de experiências recíprocas.

Para que esta modalidade de Constituição possa existir, é mister que seja fundada no princípio da igualdade já seria inócua a tentativa de sua instauração caso o sistema jurídico não conseguisse imunizar a diferença decorrente de outras esferas sociais, cabendo às esferas políticas promoverem a igualdade, por meio de ações afirmativas, por exemplo.

Além disso, requer que as autoridades supremas de um Estado estejam submetidas aos mecanismos jurídicos de controle do poder, havendo necessidade de procedimentos democráticos de legitimação, como eleições , participação popular direta e indireta, limitação dos poderes estatais etc.

As Constituições transversais, lembra Neves, podem existir além dos Estados, já que para ele não se pode mais orientar um paradigma constitucional apenas dentro do ente estatal. Sequer é necessário que a expressão jurídica provenha de órgãos jurisdicionais constitucionais tradicionais, como Cortes Constitucionais. Contenta-se com entidades mais complexas e maiores, com sociedades ou uniões de Estados ou, ainda, outros mais simples e heterodoxos, como grupos indígenas desde que estes sejam todos dotados de jurisdição, concedida pelo Estado, onde se encontrem.

O celebrado autor acrescenta que as diversas ordens jurídicas, entrelaçadas na solução de uma circunstância constitucional que lhes seja concomitantemente relevante, devem buscar meios transversais de articulação para a resolução do conflito, de modo que haja reconhecimento recíproco entre os ordenamentos, para compreender os seus próprios limites e possibilidades de solução das controvérsias. Sua identidade é, nos dizeres de Neves, reconstruída, dessa maneira, enquanto leva a sério a alteridade, a observação do outro. (NEVES, 2009, p. 298).

Desde a sua obra “A Constituição Simbólica”, Neves já criticara de forma magistral a consideração da Constituição como uma fonte única e exclusiva da resolução dos problemas. Firmou o entendimento que, outrossim, a constitucionalização simbólica provoca o bloqueio político destrutivo que impediria a reprodução operacionalmente autônoma do sistema jurídico, dando ensejo, assim, à perda da relevância normativo-jurídica dos textos constitucionais na orientação das expectativas normativas. Aliás, nesse contexto, a própria autonomia do sistema político é comprometida tornando-o suscetível a influências imediatas de interesses particularistas (NEVES, 2007, p. 56).

De fato, lembra Castro, não há dúvidas que as ordens constitucional e internacional se devam conjugar, em bases de harmonia e complementaridade,

quando se tratar da proteção dos direitos do homem e na busca dos interesses do Estado. Tudo porque a Globalização do humanismo superou a visão isolada e nacionalizada do destino e das vicissitudes humanas, a ponto de alcançar não apenas as relações entre os Estados e entre Estados-indivíduos, mas também as relações privadas tradicionalmente regidas pelo Direito Internacional Público, que hoje já experimentam o influxo da tutela constitucional na resolução dos seus conflitos (CASTRO, 2010, p. 141).

A ideia da pluralidade externa de ordens jurídicas, a sua vez calcada na premissa da pluralidade de Estados, não pode mais ser vista como impeditiva da harmonização em escala planetária entre os vários sistemas normativos de proteção a direitos do homem. Prevaleceria hoje, nos dizeres de Foucault, uma verdadeira cidadania nacional, cujas prerrogativas e mecanismos de tutela já não encontram limites na geografia das nações (FOUCAULT, 1993, p. 77).

A proposta transversal parte do pressuposto que há uma relação de coordenação entre os diversos sistemas jurídicos que interagem, e não de subordinação, como foi estabelecido por Kelsen. Para o Transconstitucionalismo, a hierarquia é vista apenas sob o prisma do direito interno e negada pela diversidade de ordenamentos (já que estão em igualdade de condições). Por esse motivo, as cartas constitucionais devem conter elementos políticos de diálogo recíproco.

A visão apresentada por Neves encontra certa equivalência com a trazida por Canaris e seu pensamento sistemático. Para este último, os mais elevados valores do Direito estão sustentados no entendimento de um sistema jurídico, pautado nas seguintes características: adequação, que é o reconhecimento que a ordem é inerente ao postulado da justiça; unidade, seguindo o entendimento que o direito não se dispersa numa multiplicidade de valores singulares desconexos. A ciência do Direito possui seu caráter unitário, já que apresenta princípios abstratos e gerais (CANARIS, 2002, p. 18).

Estes princípios e metas podem ser considerados mesmo quando em foco um problema-caso que envolva mais de um sistema jurídico. Nos dizeres de Canaris, o sistema jurídico deve ser aberto, de modo que os operadores do Direito devem estar preparados para alargar seus conceitos ou modificá-los quando já pré-

concebidos, mas também porque a ordem jurídica deve ser construída casuisticamente e apoiada na jurisprudência das cortes constitucionais (CANARIS, 2002, p. 103).

Na obra de Neves, destarte, parece haver uma antinomia. Pois ao mesmo tempo em que há necessidade de uma abertura cognitiva, a qual o sistema necessita observar elementos que lhes são internos, como a existência do Direito estrangeiro, há um fechamento operacional, vislumbrado na resistência dos aplicadores do direito em observarem tudo aquilo que não tenha previsão no ordenamento interno (NEVES, 2008, p. 144).

É que embora neste trabalho se tenha falado acerca da relativização do conceito de soberania do Estado, como aduziu Ferraioli, bem como dos novos vetores produtores normativos, uma abertura sistemática das cortes constitucionais a estas novidades ainda é algo distante. Ao contrário, alguns sistemas constitucionais reafirmam sua própria autonomia e desconhecem quaisquer outras fontes normativas que lhes sejam externas.

A abertura dos sistemas é a consequência de um reconhecimento de que as ordens constitucionais atualmente se encontram em um nível de ligação tão grande que uma gama de situações novas não podem ser devidamente resolvidas de modo estanque por cada uma delas. Por isso, para Neves, o direito constitucional estatal passou a ser uma instituição limitada uma vez que o aumento das relações transterritoriais (com implicações normativas essenciais) levou à abertura do constitucionalismo para além das fronteiras do Estado (NEVES, 2008, p. 120).

Em virtude desta diversidade, haveria a necessidade de uma “racionalidade transversal” nas Cortes Constitucionais e outros órgãos, que contrariasse a tendência autista do isolamento, mas que também repudiasse o imperialismo constitucional, entendido como a imposição de um sistema a outro, mais débil. O transversalismo entre as cartas faria com que houvesse uma relação amistosa entre eles, uma verdadeira coordenação, que é a pretensão do Transconstitucionalismo.

A racionalidade da tese estaria centrada na necessidade de normas que pudessem “atravessar” as cartas constitucionais, permitindo que os aplicadores do Direito (sobretudo os magistrados das cortes constitucionais), pudessem perceber a existência de um sistema jurídico global e multicêntrico, e que a aplicação ou não de normas para solução de conflitos, não se pautasse à relação entre o “interno e externo”, mas sim ao que for central ou periférico, compreendidos ambos dentro de uma só órbita (NEVES, 2008, p. 117).

Desta feita, a relação transconstitucional entre ordenamentos jurídicos dá ensejo a que variadas ordens jurídicas pertençam ao mesmo sistema funcional da sociedade global. Dentro deste entendimento, haveria a verdadeira relação de coordenação racional entre estes sistemas sem que se possa definir a sobreposição de um sobre o outro (NEVES, 2008, p. 125).

Fica evidente, assim, que enquanto os Estados permanecerem na postura “semântica” da soberania absoluta do Estado e de seus ordenamentos constitucionais, ignorando a existência de outros e nem tampouco promoverem um processo de estabelecimento de uma racionalidade transversal que envolve uma atitude cooperativa no sentido de promover a incorporação recíproca de conteúdos, a solução mais justa estará longe de ser alcançada.

A tese é manifestamente baseada em Habermas, e sua “ação comunicativa”, já que vislumbra a necessidade de interações nas quais as pessoas envolvidas se ponham de acordo para coordenar seu plano de ação, o acordo alcançado em cada caso medindo-se pelo reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade. É mister, ressalta Habermas, que todos os participantes persigam sem reservas fins pretendidos com o propósito de chegar a um acordo que sirva de base a uma coordenação concentrada nos planos de ação individuais (HABERMAS, 1987, p. 379).

A racionalidade transversal, em síntese, designa o processo de incorporação recíproca de conteúdos, realizado por ordenamentos díspares que buscam proceder de modo cooperativo e a compatibilizar as suas posturas, proporcionando que a alegação de soberania estatal não provoque um

distanciamento entre os sistemas, principalmente quando demandas sociais do mundo moderno exigem integração.

O Constitucionalismo transversal de Neves encontra entraves no âmbito internacional já que há uma manifesta subordinação do Direito Internacional Público à política das grandes potências, que impõe os seus interesses à periferia; a inexistência de autoridades competentes para imposição de sanções efetivas contra os Estados que reiteradamente violam os direitos transversais; a inexistência de um povo constitucional mundial, dotado de certa homegeneidade de interesses e prerrogativas.

O DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO NO CONTEXTO DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

É inegável que a Constituição brasileira de 1988 foi elaborada sob um forte clima de redemocratização. Desta forma, foram conjugados esforços no sentido de se firmar um documento com mecanismos amplos de proteção dos direitos do homem, principalmente os civis e políticos, os quais tinham sido alvo de profundo desrespeito durante os períodos de exceção pelos quais passou o Brasil (PIOVESAN, 2000, p. 49).

Uma análise topológica e global da Carta Política brasileira é capaz de esclarecer que o Poder Constituinte Originário quis elaborar um documento cuja finalidade precípua era a proteção e ampla garantia dos direitos inalienáveis dos homens. Por isso, os seus artigos iniciais já trazem os princípios fundamentais do Estado e da República e, em seguida, os direitos e garantias fundamentais individuais, sociais, direitos de nacionalidade e políticos. Há uma completa inversão em comparação à Carta de 1967, que tinha relegado tais direitos à parte final do seu texto.

A preocupação na salvaguarda do ser humano deu à Carta de 1988, o título de Constituição Cidadã, já que em muitos dos seus artigos há evidente tutela dos direitos humanos fundamentais sejam eles fruto do Direito Interno bem como de instrumentos internacionais, os quais serão abordados neste capítulo da dissertação.

Assim, primeiramente será analisada a influência da jurisdição internacional frente à Constituição da República, no processo que é chamado de Direito Constitucional Internacional, havendo uma grande aproximação do Direito das Gentes com o movimento constitucionalista do Século XX e XXI. Como reflexo

disso, também será estudada a interação da Carta brasileira com tratados e convenções internacionais, especialmente os de direitos humanos, sendo necessário abordar o seu art. 5º, §§ 2º e 3º.

Reconhecido o valor dos pactos internacionais dentro do sistema normativo brasileiro, imperiosa será a análise dos dispositivos constitucionais que permitiram o Brasil contribuir para a consolidação de uma sociedade latino-americana de nações (art. 4º, parágrafo único da Constituição da República). Sendo o Brasil interlocutor importante do MERCOSUL, qual a contribuição desta pessoa de direito público internacional para a consagração dos direitos humanos?

Mister analisar ainda que, sob o pálio da Lei Fundamental de 1988, o Estado brasileiro aderiu à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, o que representou um avanço para a redemocratização inobstante a postura confusa do Supremo Tribunal Federal no seu respeito, como será visto no capítulo seguinte.

Finalmente, esta parte do trabalho abordará a ordem constitucional para a formação de um tribunal penal internacional (art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), bem como o seu reconhecimento como órgão componente da jurisdição brasileira (art. 5º, § 4º).

2.1. A influência das fontes internacionais frente às Constituições

Conforme visto no capítulo anterior, os sistemas constitucionais vêm sendo fortemente pressionados por diversas demandas impostas por um cenário internacional de rápida configuração, como a formação de blocos regionais, que exigem a integração de ordem política e jurídica, caso do MERCOSUL e da União Europeia.

Além disso, importante salientar que conforme se perceberá adiante, após a Segunda Guerra Mundial, há o desenvolvimento de um sistema internacional de

proteção de direitos humanos, gerando uma mútua “contaminação” do sistema constitucional e global. O modelo europeu e o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o Tribunal Penal Internacional são provas disso. Por outro lado, a internacionalização do direito constitucional, seja pela incorporação de tratados internacionais de direitos humanos como parte do direito interno, seja por um mimetismo, que tem feito com que as constituições se pareçam cada vez mais, no que se refere a suas cartas de direitos, aos instrumentos internacionais de direitos humanos (SUNDFELD; VIEIRA, 1999, p. 16).

O processo de regionalização do movimento constitucionalista é algo que tem se mostrado bastante significativo, especialmente na Europa. Conforme lembram Sundefeld e Vieira, os Estados europeus vêm, nesses últimos 40 anos, transferindo poderes soberanos para a União, por intermédio de conjunto de tratados, mesmo antes de se cogitar a respeito de uma constituição comunitária única. Mas é importante frisar que esta delegação de competência dos Estados para a União Europeia só se concretizou após a 2ª Guerra Mundial pois todas as constituições autorizaram expressamente a transferência de poderes para o fortalecimento desta comunidade. A Lei Federal alemã, bem com as cartas constitucionais de Itália, França, Portugal e os demais países têm consagrados em seus textos tal permissão (SUNDFELD; VIEIRA, 1999, p. 21).

Essas Cartas também deixaram claro sua submissão tanto ao Tribunal de Justiça Europeu, órgão competente em fiscalizar as questões de conflito entre a lei doméstica e a legislação comunitária, quanto ao Tribunal Penal Internacional, órgão mais global, competente para julgamento de crimes de guerra, genocídio e contra a humanidade. Esta previsão expressa quase na totalidade dos textos constitucionais consagra a postura europeia de integração.

É mister ressaltar que, em comparação ao que ocorre no Brasil, no sistema europeu os atos normativos decorrentes da União passam a vigorar imediatamente nos Estados-Membros, sem que haja a necessidade de qualquer procedimento de ratificação dos parlamentos nacionais. Isto ocorre já que os Estados abriram mão, ainda que em setores limitados, de seus direitos soberanos e criaram um novo corpo jurídico aplicável tanto aos seus súditos quanto a eles mesmos

Este fato não é uma novidade na sistemática constitucional mundial. Muito tempo antes, em 1829, a Suprema Corte Americana já tinha deixado claro que os tratados são considerados norma de direito interno, mesmo que alguns não possam ser imediatamente aplicáveis por falta de condições de implementação.

No caso alemão, para que não houvesse qualquer dúvida, houve reforma na Lei Fundamental, no sentido de estabelecer, no art. 23 daquele texto que, para a concretização de uma Europa unida, a República Federal da Alemanha deveria participar do desenvolvimento da União Europeia, que é limitada pelos princípios da Democracia, do Estado de Direito, social e federativo e pelo princípio da subsidiariedade, que garantem a proteção dos direitos básicos essencialmente compatíveis com a Lei Fundamental. Acrescentou, ainda, que para este propósito a federação poderá transferir poderes soberanos por intermédio de lei (SUNDFELD; VIEIRA, 1999, p. 27).

O que se percebe com tais fatos, é a aproximação do Direito das Gentes e o Direito Constitucional, criando o que Mello chama de Direito Constitucional Internacional, definido por ele como conjunto de normas constitucionais que regulamentam as relações exteriores do Estado. Estas normas, segundo o autor, variam de uma Constituição para outra, isto é, entre os Estados, bem como dentro do próprio Estado cada Carta de acordo com o momento histórico inclui ou elimina determinadas normas (MELLO, 2000, p. 6).

Esta inclusão de regras internacionais no modelo constitucional é a “Constituição Aberta” de Bonavides, isto é, a vocação de recepção temática e material dos ordenamentos constitucionais da atualidade, promovendo no seu texto a expansão da dignidade e da personalidade humana. Para o constitucionalista, este modelo constitucional põe termo a uma ordem assentada sobre formalismos rígidos e estiolantes e somente se institucionalizará quando os valores humanos e democráticos estiverem presentes na sociedade (BONAVIDES, 1993, p. 9).

Castro esclarece que esta abertura favorece à inclusão dos direitos humanos ao patamar constitucional. Para ele, a ênfase emprestada nas últimas décadas à problemática dos direitos humanos e fundamentais, fez com que a legitimidade das ordens jurídicas nacionais fosse medida pelo grau de respeito e de

implementação dos respectivos sistemas protetores dos direitos humanos, radicados essencialmente na premissa de maior dignidade (CASTRO, 2010, p. 23).

Este fenómeno também foi percebido em Portugal, por Miranda, já que para ele a Constituição lusitana aponta para um sentido material de direitos fundamentais, que deixam de ser apenas normas formalmente estabelecidas e passam a ser oriundas de outras fontes, na perspectiva mais ampla da Constituição material. Não se depara com um rol taxativo de direitos humanos e fundamentais, mas é uma obra aberta, sujeita ao acréscimo que provenham de outros meios (MIRANDA, 1983, p. 154).

É possível vislumbrar, assim, que há um movimento em prol da inclusão de novas fontes nas Cartas Constitucionais, o que pode ensejar uma revolução no tratamento dos direitos humanos em nível local, já que a abertura possibilita que normas de Direito Internacional possam ganhar status constitucional, alcançando o ponto máximo de proteção no sistema jurídico.

Por isso importante verificar o valor dos tratados internacionais que consagram direitos humanos e outros que criam jurisdições paralelas às internas, de submissão obrigatória, como se verá adiante.

2.2 Os Direitos Humanos e a Globalização

O debate acerca dos direitos humanos se torna essencial no presente estudo já que com o advento da Globalização, há uma difusão para os mais variados confins do planeta, fortalecendo as garantias dos cidadãos e tornando mais ricos os sistemas pátrios que os reconhecem.

Os direitos humanos advêm de conquistas históricas que remontam milhares de anos. Traduzem-se nas batalhas firmadas pelos indivíduos e sociedades na busca de garantias religiosas, culturais, filosóficas e, finalmente, legais (COMPARATO, 2003, p. 01).

A noção, todavia, de direitos humanos é variável de acordo com vários elementos, temporais, regionais e circunstanciais. E é por este prisma, que Bobbio sempre defendeu que, sob o ponto de vista teórico, os direitos do homem, por mais imprescindíveis que sejam, são decorrentes de processos históricos, em outras palavras, originários de certas circunstâncias e conquistados em virtude de lutas em defesa de novas liberdades contra os velhos poderes, surgindo de forma gradativa, compassadamente. (BOBBIO, 2002, p. 05)

Para Herrera Flores, a atribuição de direitos aos seres humanos – sem contar com os contextos de relações em que se situavam – é um produto cultural que começa a surgir a partir da comoção que supôs o encontro do incipiente capitalismo de origem europeia com outras culturas e formas de vida. Tratava-se de assegurar o bom funcionamento da expansão econômica do sistema. Mas, por outro lado, e ao atribuir tais direitos às pessoas, o Ocidente abriu a caixa de Pandora das lutas sociais, econômicas e culturais que tinham como objetivo a liberação das correntes que o próprio sistema colonial capitalista lhes impunham (HERRERA FLORES, 2005, p. 7)

Neste sentido, Saldanha alerta que a historicidade do Direito – aqui englobados os direitos humanos –, tal como as demais instituições sócio-culturais, se relacionam com a ideia ancestral dos direitos naturais, cujo contexto sempre apresentou conotações metafísicas: inicialmente, de caráter meramente empírico, que foi se transformando, com o passar do tempo, em um instrumento normativo de garantia das condições mínimas de existência do ser humano, materializando-se, pouco a pouco, no fenômeno do Positivismo (SALDANHA, 1999, p. 115).

Aqui importante fazer uma abordagem sobre a natureza dos direitos humanos. Debate firmado entre as concepções Jusnaturalista e Positivista. Segundo estas duas perspectivas tradicionais, a questão constitui um dos pontos fundamentais de discórdia. Enquanto o Jusnaturalismo sustenta a natureza jurídica dos direitos humanos, fundamentada na noção de direitos naturais, o Positivismo refuta estatuto jurídico a este conceito, já que os direitos humanos são tidos como direitos morais e não legais.

Deve ser frisada a abrangência dos direitos humanos, como fez Boaventura Santos. Para o autor, enquanto forem concebidos como direitos humanos universais, eles tenderão a operar como localismo globalizado - uma forma de globalização de-cima-para-baixo. Serão sempre um instrumento do choque de civilizações, ou seja, como arma do Ocidente contra o resto do mundo. A sua abrangência global será obtida à custa da sua legitimidade local. Para poderem operar como forma de cosmopolitismo, como globalização de-baixo-para-cima ou contra-hegemônica, os direitos humanos têm de ser reconceptualizados como multiculturais. O multiculturalismo é pré-condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos nos dias atuais (SANTOS, 1997, p. 22).

Santos combate a tese do universalismo dos direitos humanos. Ele elucida que atualmente são consensualmente identificados quatro regimes internacionais de aplicação de direitos humanos: o europeu, o inter-americano, o africano e o asiático. Mas serão os direitos humanos universais enquanto artefato cultural, um tipo de invariante cultural, parte significativa de uma cultura global? Todas as culturas tendem a considerar os seus valores máximos como os mais abrangentes, mas apenas a cultura ocidental tende a formulá-los como universais. Por isso mesmo, a questão da universalidade dos direitos humanos trai a universalidade do que questiona pelo modo como o questiona. Por outras palavras, a questão da universalidade é uma questão particular, uma questão específica da cultura ocidental (SANTOS, 1997, p. 23).

O conceito de direitos humanos, segundo Santos, assenta num bem conhecido conjunto de pressupostos, todos eles tipicamente ocidentais, designadamente: existe uma natureza humana universal que pode ser conhecida racionalmente; a natureza humana é essencialmente diferente e superior à restante realidade; o indivíduo possui uma dignidade absoluta e irredutível que tem de ser defendida da sociedade ou do Estado; a autonomia do indivíduo exige que a sociedade esteja organizada de forma não hierárquica, como soma de indivíduos livres. Uma vez que todos estes pressupostos são claramente ocidentais e facilmente distinguíveis de outras concepções de dignidade humana em outras

culturas, necessário perguntar por que motivo a questão da universalidade dos direitos humanos se tornou tão acesamente debatida. Ou por que razão a universalidade sociológica desta questão se sobrepôs a sua universalidade filosófica (SANTOS, 1997, p. 23).

A humanidade vislumbra tal fenômeno de longa data. Com o advento do Cristianismo, adiante, vieram a lume as doutrinas de igualdade e fraternidade, condenando-se, sob esse prisma, a utilização da lei da força. Consequentemente, certos princípios e instituições jurídicas impuseram-se e desenvolveram-se, sem prejuízo à influência de novas concepções trazidas dos povos, chamados de bárbaros, do norte da Europa (VELOSO, 1999, p. 17)

Na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão inaugura, formalmente, a ideia de que os homens nascem e permanecem livres e iguais em seus direitos, de sorte que suas diferenças são insignificantes. Acrescenta Bobbio que no Novo Mundo, no que futuramente seriam os Estados Unidos, a Declaração de Independência dos Estados Americanos, de 1776, firmou o entendimento de que os homens nascem e permanecem livres e iguais em seus direitos (BOBBIO, 2000, p. 484).

Estes instrumentos normativos seriam, pois, a base para a construção dos atuais Direitos Humanos, sobretudo, os quais foram confirmados após a Segunda Guerra Mundial. Não é por outro motivo que a Declaração “Universal” dos Direitos do Homem começa com as seguintes palavras: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos” (BOBBIO, 2000, p. 485).

Segundo Canotilho, em contraposição às ideias de Santos, são direitos humanos aqueles válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista): direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacial e temporalmente. Os direitos humanos arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal: os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta (CANOTILHO, 2002, p. 369).

Comparato segue a visão universalista de Canotilho acrescenta que os direitos humanos são a expressão dos direitos inerentes à própria condição humana, sem ligação com particularidades determinadas de indivíduos ou grupos (COMPARATO, 2003, p. 57).

Há um ponto importante que deve ser ressaltado: a expressão direitos humanos não se confunde com a noção de direitos fundamentais pois, a distinção residiria na fonte interna ou externa destes direitos. Se oriundo de tratados ou pactos internacionais, seria tido como direito humano; se consubstanciado no ordenamento jurídico interno, seria direito fundamental. Em outras palavras, a positivação em nível constitucional dos direitos humanos proclamados nos dos documentos internacionais expressam os direitos fundamentais.

De acordo com Farias, o conceito de Direitos Fundamentais é decorrente de Direitos Humanos. E acrescenta que sob pena de incorrer-se em conceituação tautológica e ressaltando-se a dificuldade de eliminar a polissemia característica do conceito em tela, cumpre declinar que os direitos humanos podem ser aproximadamente entendidos como constituídos pelas posições subjetivas e pelas instituições jurídicas que, em cada momento histórico, procuraram garantir os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, da fraternidade ou da solidariedade (FARIAS, 2004, p. 260).

Os direitos humanos, nos ensinamentos de Herrera Flores, constituem algo mais que o conjunto de normas formais que os reconhecem e os garantem a um nível nacional ou internacional. Os direitos humanos como produtos culturais formam parte da tendência humana ancestral por construir e assegurar as condições sociais, políticas, econômicas e culturais que permitem aos seres humanos perseverar na luta pela dignidade, ou o que é o mesmo, o impulso vital que lhes possibilita manter-se na luta por seguir sendo o que são: seres dotados de capacidade e potência para atuarem por si mesmos (HERRERA FLORES, 2005, p. 136).

Os valores essenciais da liberdade, igualdade, solidariedade, são a criação imanente de potência política da multidão para perseverar na existência e ampliar o poder do conhecimento e da ação humana. Por isso, acrescenta Flores,

cada formação sócio-política que se deu na história não teve sua causa em alguma vontade transcendente que dadivosamente lhe outorga sua possibilidade de existência; a causa é sempre imanente, e identifica-se com a autoconservação e cuja força e intensidade não está em relação com essências metafísicas mas com o conjunto de relações que o homem mantém com outras forças, sejam naturais ou sociais (HERRERA FLORES, 2005, p. 137).

No Brasil, a consolidação dos direitos humanos no direito interno representa um grande avanço, sobretudo, com a sua inclusão ao nível constitucional, seja na positivação do seu texto, seja na incorporação dos tratados internacionais que abordem tal tema, como se verá adiante.

2.3 A Emenda Constitucional n. 45 e a incorporação constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos nas decisões nacionais

A importância dos direitos humanos para o atual estágio das ciências jurídicas é inquestionável. Sua consagração, todavia, é obra de imemoriáveis tempos, sobretudo, com a consolidação destas prerrogativas por meio de tratados internacionais, os quais são fruto de um lento e primoroso processo de evolução histórica, já que os Direitos das Gentes foi se delineando historicamente por meio de acordos bilaterais (chamados igualmente de acordos, pactos, cartas, convênios, protocolos) entre as comunidades, mesmo antes do surgimento do Estado Moderno, com as feições dadas com a Paz de Vestfália (GIDDENS, 2001, p. 273).

Conta Rezek que o tratado mais antigo que se tem notícia foi celebrado entre os Egípcios e os Hititas, no Séc. XII aC. Documentado, o ajuste celebrou a paz, cooperação recíproca contra inimigos comuns e tratou da extradição. De acordo com o autor, não se tem notícias na história de que tenha sido desobedecido (REZEK, 2000, p. 11).

Ao substituir, ou tentar substituir, a solução das controvérsias, outrora decididas apenas pelas guerras e pelo jugo da tribo vitoriosa às demais, os homens começaram a firmar compromissos impondo reciprocamente o dever de obediência.

Surgiram, pois, os tratados internacionais, instrumentos jurídicos indispensáveis para a Sociedade Internacional, por abordarem as questões mais importantes entre os Estados. Além disso, são a forma mais democrática de manifestação da vontade na comunidade internacional, apresentando, pelo menos virtualmente, benefícios técnicos: a brevidade, já que podem ser iniciados e concluídos em exíguo período de tempo; presunção de veracidade, visto que as regras contidas no tratado podem ser facilmente invocadas sem necessidade de prova; precisão, eis que os tratados são, em geral, elaborados de maneira clara e precisa (SILVA, 2002, p. 37).

Sem dúvida, os tratados são o principal instrumento de cooperação das relações internacionais e a principal fonte do Direito Internacional, não obrigando apenas Estados, mas demais sujeitos de Direito Internacional, como as Organizações Internacionais, como a Organização das Nações Unidas e a Organização Mundial do Comércio, e blocos comuns, como o MERCOSUL e a Comunidade Europeia (PIOVESAN, 2002, p. 67).

Inobstante, como alerta Rezek, os tratados nem sempre tiveram a feição encontrada hoje em dia. Ao contrário, até meados do Século XX, os tratados apresentavam feição costumeira, baseada, principalmente, nos princípios do *pacta sunt servanda* e da boa-fé (REZEK, 2000, p. 11).

A estrutura e a eficácia manifestadas nos tratados, como vistos hodiernamente, são o fruto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, datada de 23 de maio de 1963, oportunidade a qual mais de uma centena de Estados firmaram o compromisso, reconhecendo o status atual dos ajustes para a comunidade internacional e para os seus respectivos direitos internos.

A citada convenção tentou resolver um dos grandes desafios do Direito Internacional: o problema da eficácia e da obrigatoriedade dos tratados

internacionais. Inexistia, em geral, uma forma de se obrigar que os Estados compromissados por tratados se furtassem em honrar os seus ajustes.

A guerra, ao que parece, deixou de ser no final do Século XX e início do atual, uma alternativa incentivada e reconhecida pelo Direito das Gentes para impor a obrigatoriedade dos tratados. Excetuando-se os Estados Unidos e a sua “luta pela Democracia” contra a tirania, as demais nações com certo grau de civilização não encontram na Guerra o meio legítimo de exigir ajustes inadimplidos. Outros caminhos são propostos, como embargos econômicos e políticos.

Na definição de Piovesan, o termo tratado é geralmente usado para se referir aos acordos obrigatórios celebrados entre sujeitos de Direito Internacional, que são regulados pelo Direito das Gentes (PIOVESAN, 2002, p. 67).

José Francisco Rezek considera que tratado é o acordo formal, concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos (REZEK, 1984, p. 21).

Nos termos da Convenção de Viena, o instrumento que regulamentou a teoria dos tratados, no seu artigo 2.º, § 1.º, “a”, há uma conceito formal de tratados. De acordo com seu texto, 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.

Independente do conceito, legal ou doutrinário, os tratados necessariamente possuirão os seguintes elementos: a) vontade livre, já que não se permite, no atual direito das gentes a sobreposição de soberanias; b) pluralidade de sujeitos internacionais que expressem essa vontade, frisando-se que não só apenas Estados mas também organizações internacionais podem celebrá-los; c) formalidade, consubstanciada em um documento escrito; d) obediência às regras de Direito Internacional, eis que os tratados internacionais serão baseados no Direito das Gentes.

É necessário frisar que os tratados regem-se, assim, pelo princípio da relatividade, de sorte que, somente se aplica às partes signatárias. Desta maneira,

todo tratado em vigor é obrigatório em relação às partes e deve ser cumprido por elas de boa fé. O artigo 27 deste Estatuto estabelece que “uma parte não pode invocar disposição de seu direito interno como justificativa para não cumprimento do tratado”.

Há, todavia, duas correntes que tratam deste tema: a concepção dualista e a monista. Nos termos da primeira, seguida por Jean Jacques Rousseau, o direito nacional e o internacional são independentes e separados, jamais confundidos (SILVA, 2002, p. 126).

Os dualistas crêem que o direito nacional tem como pressuposto a Constituição do Estado, regulando a vida sob ponto de vista horizontal (Estado *versus* cidadão) e vertical (cidadão *versus* cidadãos). Por outro lado, o direito internacional é baseado no Princípio do *Pacta Sunt Servanda*, regulando o compromisso entre os Estados soberanos e as organizações internacionais.

Para a escola dualista, uma norma somente se aplica no âmbito interno dos Estados quando se torna direito interno, por um processo legislativo de recepção. Esta forma, os aplicadores não dão eficácia ao tratado, mas sim às leis (instrumentos de direito interno) que internalizaram os tratados.

A concepção monista, por sua vez, capitaneada por Hans Kelsen, acredita existir apenas uma única ordem, sob ponto de vista interno ou externo, não havendo necessidade de nenhum processo de recepção do tratado, de modo que variaria qual órbita teria hierarquia: ora a interna, ora a internacional (SILVA, 2002, p. 126).

O Brasil tradicionalmente adotou a corrente dualista. Aqui, os compromissos internacionais só geram efeitos se recepcionados por figuras normativas que respeitem o processo legislativo constitucional. Isto gerou e gera, até hoje, um déficit de eficácia dos acordos celebrados e diminui a credibilidade do país perante a comunidade internacional, posto que a recepção de tratados ocorre muitas vezes anos após sua ratificação pelas autoridades nacionais.

De fato, é incontroverso que a visão do estatismo conservador, que privilegiava o primado do direito interno, acabou rendendo-se ao fenômeno da universalização do sistema de proteção dos direitos humanos, como sublinha

Cançado Trindade. Pare ele, o desenvolvimento histórico da proteção internacional dos direitos humanos gradualmente superou barreiras do passado: compreendeu-se que, pouco a pouco, que a proteção dos direitos básicos da pessoa humana não se esgota, como não poderia esgotar-se, na atuação do Estado, na pretensa e indemonstrável competência nacional exclusiva (CANÇADO TRINDADE, 1991, p. 3).

Ressalta ainda o internacionalista que esta reserva de competência do Estado afigura-se como um reflexo, manifestação ou particularização da própria ideia de soberania, completamente inadequada ao plano das relações internacionais, uma vez que foi concebida tendo em vista o Estado *in abstracto* e não a sua versão prática. Hodiernamente, para o autor, não há como sustentar que a proteção dos direitos humanos recaia sob o manto do “domínio exclusivo e reservado do Estado”, mas sua visão deve ser ampla e vista sob aspecto global (CANÇADO TRINDADE, 1991, p. 4).

A política externa brasileira, na questão dos direitos humanos, em decorrência do regime ditatorial que vigorou por cerca de vinte anos após o golpe de 1964 e até mesmo depois, em virtude uma jurisprudência conservadora formada pelos magistrados remanescentes do regime, foi muito resistente a aderir à via jurídica de proteção dos direitos fundamentais do homem, na medida em que essa adesão importaria, por certo, na revelação das práticas cruéis de repressão política até então disseminadas e na vulnerabilidade da imagem dos sucessivos governos militares perante o concerto das nações desenvolvidas da Europa e da América do Norte.

A Convenção Americana dos Direitos Humanos, chamado Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, não foi aderido imediatamente pelo Estado brasileiro que, à época, considerou inconveniente sua adesão ao instrumento, por considerar nociva a proliferação de Convênios desta natureza, que não ofereceriam, de acordo com a manifestação oficial do governo militar brasileiro, garantia mais eficaz de respeito aos direitos humanos, mas ao contrário, estimularia conflitos de competência e de prioridades suscetíveis de conduzir ao desvirtuamento dos objetivos essenciais do Estado. Ademais, havia negação expressa à Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão com caráter supranacional e cuja incidência contrariaria a posição tradicional do Governo brasileiro na matéria, em

virtude de ingerências estrangeiras nas questões internas. Por tais razões, somente em 1992, quando o Brasil estava sob o pálio de um governo civil e democrático, que aderiria formalmente ao Pacto (CASTRO, 2010, p. 139 e 140).

Ressalta Cançado Trindade que, no Brasil, houve efetivamente uma mudança fundamental da atitude que prevaleceu durante o período da ditadura militar (1964 até 1985) para o atual (após 1985), especialmente na tutela dos direitos humanos. Tanto é assim que a negativa de aplicação dos tratados de direitos humanos, formada sob a vigência dos governos despóticos, cedem lugar à constitucionalização dos tratados de direitos humanos, reduzindo a distância entre o que seria “internacionalista” e “constitucionalista”. Na verdade, para o autor, há uma confluência entre o direito internacional e o direito público interno, na medida em que constitui objeto tanto de um quanto de outro, a extensão ou garantia da proteção cada vez mais eficaz do cidadão e da pessoa humana (CANÇADO TRINDADE, 1991, p. 623)

Tem-se aí o fenômeno da constitucionalização das normas internacionais protetoras dos direitos fundamentais do homem, que tende a tornar-se cada vez mais universal nos sistemas jurídicos nacionais, o que expressa a mais importante característica constitucional do final do Século XX e início do XXI.

Para Piovesan, esta interdisciplinaridade aponta para a formação do chamado Direito Constitucional Internacional, novo ramo do Direito originário da fusão entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional, já que na atualidade, os dos campos do Direito buscam a tutela dos Direitos Humanos, fortalecendo os mecanismos nacionais de proteção e garantia, como aconteceu nos Estados Unidos da América (art. VI, item 2 da Constituição Americana), Itália (art. 10 da Constituição italiana de 1947), Alemanha (art. 25 da Lei Fundamental de 1949), França (art. 55 da Carta Francesa de 1958), Holanda (art. 63 da Constituição dos Países Baixos, de 1972) e Portugal (art. 8º da Lei Constitucional n. 1 de 1982) (PIOVESAN, 1996, p. 46).

Na América Latina, já passadas algumas décadas do martírio imposto pelos governos militares, verifica-se uma tendência em consagrar as regras de direitos humanos oriundas de tratados internacionais com *status* constitucional,

dispensando-se reverência especial para que sejam aplicados internamente. A par disto, de um modo geral, as constituições latino-americanas promulgadas nos anos 1980 e 1990 dedicam disposições reveladoras de uma nova postura diante da discussão clássica em torno da hierarquia normativa dos tratados internacionais, a ponto de estabelecerem, algumas delas, tratamento diferenciado e proeminente aos tratados de direitos humanos. É o que ocorre no Peru (art. 105 da Constituição de 1979), Guatemala (art. 46 da Carta de 1986), Chile (art. 5º da Carta Política de 1989), Colômbia (art. 93 da Lei Fundamental de 1991) e Argentina (art. 75, da Constituição argentina de 1994) (CANÇADO TRINDADE, 1993, p. 49).

No Brasil, a Carta Magna de 1988 não trouxe regra específica de incorporação dos tratados internacionais, mas na dicção originária contida no art. 5º, §2º já aduzia que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluía outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil fizesse parte.

Esta norma representou um grande avanço relativamente às Cartas anteriores, que nada abordavam acerca da irradiação e expansividade da ordenação constitucional em direção a direitos outros que estivessem tutelados nos instrumentos internacionais de proteção aos direitos do homem, o que para Piovesan é um processo de inclusão que implica na incorporação do texto constitucional destes citados direitos, atribuindo, ainda, aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a categoria de norma constitucional (PIOVESAN, 1996, p. 82).

Para Bulos, o art. 5º, §2º da Constituição é um preceito de sobredireito, ou seja, norma coordenadora de outras formas de produção jurídica, que constitui um portal ao propiciar o ingresso, no ordenamento jurídico, de regras que irão dispor acerca da aplicação de outras normas. Acrescenta o constitucionalista, que trata-se de uma norma de competência, cuja missão é fomentar o nascimento de um ordenamento jurídico supraconstitucional, que pouco a pouco está surgindo e, muito em breve, se expandirá como tem ocorrido em vários países da Europa (BULOS, 2007, p. 550).

Nesta linha argúi Alves que na Europa, países como Alemanha, França, Itália, e na América Latina, como ocorre na Argentina, admite-se essa ordem jurídica supranacional, convivendo perfeitamente com a ordem jurídica nacional e, consequentemente permitindo a adoção de solução de problema dentro da esfera de competência: competência da ordem supranacional e competência da ordem nacional. (ALVES, 1998, p. 18).

Para Canotilho, o programa normativo-constitucional não pode se reduzir, de forma positivista, ao texto da Constituição. Há que se densificar, em profundidade, as normas e princípios da Constituição, alargando o que ele chama de “bloco de constitucionalidade”, o que comportaria princípios não escritos e outras normas, inclusive as decorrentes de tratados, gerando uma constitucionalização plasmada (CANOTILHO, 1980, p. 227).

Isto ocorre, sobretudo, porque os tratados e convenções modernos sobre direitos humanos, em geral, não são tratados multilaterais quaisquer, para benefício de Estados. Ao contrário, seu fito é a proteção de direitos fundamentais de seres humanos, gerando obrigações tanto para os Estados quanto para os cidadãos, reciprocamente. Por este motivo, o sistema de proteção internacional dos direitos humanos decorrentes destes pactos se traduz num direito objetivo, formalizado em tratados-leis e não tratados-contratos, como são, por exemplo, tratados comerciais (TRAVIESO, 1990, p. 90).

Desta sorte, a promulgação da Constituição brasileira, no que tange à tutela dos direitos humanos, foi um marco para a inclusão do país na vanguarda da proteção de tais direitos e de sua institucionalização no país. Para Mazzuoli, a cláusula aberta do art. 5º, §2º da Carta sempre admitiu o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no mesmo grau hierárquico das normas constitucionais, e não em outro âmbito de hierarquia normativa. Assim, para o internacionalista, o fato de esses direitos se encontrarem em tratados internacionais jamais impediu a sua caracterização como direitos com caráter constitucional (MAZZUOLI, 2009, p. 752).

2.4 O comando constitucional pela integração latino-americana de nações: O MERCOSUL

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e a trágica herança deixada durante este período sombrio, uma profunda movimentação da comunidade internacional fez aprofundar o debate sobre a questão dos direitos humanos e também a existência de organismos internacionais de sua tutela. Assim, a Organização das Nações Unidas e outras comunidades foram sendo forjadas ou fortalecidas, com o objetivo precípuo de afastar qualquer possibilidade de retorno à barbárie (BARBIERI; QUEIROZ, 2002, p. 411).

Essa opção democratizante, bem como a instituição nos mais diversos Estados Democráticos de Direito, fez surgir nas Constituições nacionais, principalmente em suas Cartas de Direitos, muitos preceitos presentes nos textos dos tratados internacionais de direitos humanos, gerando um sistema constitucional e internacional de proteção destes preciosos direitos, como visto anteriormente neste trabalho.

De acordo com Vieira, existem três movimentos diferentes que vêm reajustando o constitucionalismo atualmente: a regionalização, representada pela união de Estados, com fins específicos; o cosmopolitismo ético, decorrente do desenvolvimento de um sistema global de direitos humanos; e a globalização econômica, que busca estabelecer um habitat ideal para a livre circulação e atuação do capital transnacional por todo o planeta (VIEIRA, 1999, p. 15).

Estes três pilares estão intimamente ligados, e são decorrentes de um rápido processo de integração regional em nível mundial. Ele se encontra mais desenvolvido na Europa já que as Constituições do pós-guerra expressamente autorizaram a transferência de poderes soberanos para a criação ou fortalecimento de organizações internacionais interestatais, ou especificamente para participarem da União Europeia, como abordado no capítulo anterior.

No Velho Continente, o grau de integração econômico, político e jurídico é uma realidade que parece sem retorno, especialmente com a consolidação de

instituição democráticas e do Interconstitucionalismo que promoveu grande avanço na homogeneização da tutela dos direitos humanos. Observa-se, assim, que a integração regional europeia promoveu um fenômeno reflexo: a internacionalização do Direito Constitucional, mas também uma constitucionalização do sistema regional de proteção dos direitos humanos, forjado no fortalecimento de um sistema jurídico transversal.

Estabelecido em 1991, pelo Tratado de Assunção, com base em acordo de livre comércio envolvendo a Argentina, o Brasil, o Uruguai e o Paraguai e, incorporando posteriormente o Chile e a Bolívia, na qualidade de membros ampliados, o MERCOSUL visa eliminar tarifas alfandegárias, assegurar a livre circulação de fatores produtivos (capital e trabalho) entre os países membros e estabelecer uma política comercial comum no sul do continente. O MERCOSUL contempla ainda o estabelecimento de uma coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais e, se necessário, uma harmonização das legislações nacionais (PITANGUY, HERINGER, 2001, p. 12).

O Mercado Comum do Sul, ou MERCOSUL, ainda não apresenta um desenvolvimento que se equipare ao europeu. Ao contrário, embora tenha sido criado há 20 anos, e ter promovido maior fluxo e intercâmbio entre os seus membros (Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai), ainda é considerado como um agrupamento de Estados com objetivos eminentemente econômicos e com pequeno destaque jurídico-político.

Trata-se de uma área de união aduaneira, menos integrativa que as áreas de mercado comum, porquanto se restringe ao estabelecimento de um espaço de integração regional, basicamente uma livre circulação de mercadorias, através de fronteiras dos Estados-partes, abstendo-se de estabelecer regulamentações sobre o movimento de pessoas, estabelecimentos, capitais e serviços. Ressalta Soares, que este bloco econômico utiliza-se da técnica normativa de uma regulamentação internacional típica das integrações regionais, ou seja, de um Direito primitivo (tratados e convenções multilaterais entre os Estados-Partes, regidos pelo Direito Internacional clássico) e de um Direito derivado (os atos normativos unilaterais expedidos pela organização, segundo os procedimentos estabelecidos no Direito

primitivo e com os graus de impositividade nos Direitos internos que as normas primitivas lhes conferem) (SOARES, 2003, p. 151).

O Protocolo de Ouro Preto, adicional ao Tratado de Assunção, ao dispor sobre a estrutura institucional do Mercado do Sul, atribuiu-lhe, no art. 34, a personalidade jurídica de Direito Internacional. Por isso, lembra Borges, as relações jurídicas que o MERCOSUL mantém com os Estados-partes ou outros Estados envolvem titularidade de direitos públicos subjetivos, por ele oponíveis aos Estados da comunidade internacional e não apenas aos membros, como o direito de legação, participação em organismos internacionais bem como o de celebrar convenções internacionais de direitos humanos (BORGES, 2009, p. 547).

A personificação implica em considerá-lo membro do Direito Comunitário e Interestatal bem como uma responsabilidade perante as partes e os cidadãos que nele estejam vivendo. Há um compromisso moral em prol da criação de instituições e mecanismos que levem ao desenvolvimento, não só econômico, mas também a valoração do ser humano como verdadeiro destinatário deste progresso.

Infelizmente isso não é ainda perceptível. A consolidação da União Europeia não buscou, diferentemente do bloco do sul, apenas uma reorganização econômica. Ao contrário, foi necessária a construção de um ordenamento jurídico comunitário, bem como a institucionalização do poder político respectivo, com cessão gradativa de soberanias internas em prol de uma realidade maior, mais ampla e que pudesse congrega os valores tidos como uniformes para as partes.

É importante ressaltar que inexistente no MERCOSUL, diferentemente da União Europeia, um tribunal judiciário internacional, ou outra instância que sequer pudesse fazer as vezes de corte de proteção aos Direitos Humanos. No bloco do sul, os litígios entre os Estados-partes, nos termos do Tratado de Assunção, bem como no Protocolo de Brasília de 1992, são submetidos a procedimentos diplomáticos de soluções de conflitos, por meio da arbitragem, estando vedado acesso a tais meios a qualquer particular, mas apenas às pessoas jurídicas de direito público externo.

É sabido que a arbitragem internacional carece de mecanismos de aplicação e de efetividade, de sorte que tais decisões quando proferidas podem se tornar letra morta, sem qualquer sentido prático. Ademais, não permitem a formação de uma jurisprudência que possa sintetizar uma vertente do bloco na tutela de determinados assuntos polêmicos de tutela dos direitos do homem.

O preâmbulo do Tratado de Assunção, responsável pelo estabelecimento das bases do MERCOSUL, consagrou que através da integração, buscava-se acelerar o processo de desenvolvimento econômico com justiça social, reconhecendo que um dos fatores que mais obsta o implemento de uma tutela efetiva de direitos humanos é a desigualdade social.

O Protocolo de Ouro Preto, que previu o regulamento da Comissão Parlamentar Conjunta do bloco, estabeleceu que são seus propósitos a consagração da paz, da liberdade, da Democracia e a vigência dos direitos humanos. No entanto, não há um sistema, em vigor, específico a ser aplicado no MERCOSUL, prevendo os direitos e garantias dos povos de cada Estado que compõe o bloco. A personalidade de Direito Internacional de que é dotado vem sendo subutilizada pelo bloco. Já poderia ter sido ratificada por este, exemplificativamente, a Convenção Americana dos Direitos Humanos, mas não o foi. Teria este instrumento o papel básico de enunciação de direitos e, principalmente, o de submissão de violações ao seu sistema de monitoramento (BARBIERI; QUEIROZ, 2002, p. 420).

Ainda não estão claros os interesses políticos envolvidos na consolidação do MERCOSUL. O Protocolo de Ushuaia de 24 de julho de 1998, estabeleceu que a plena vigência das instituições democráticas é condição essencial para o desenvolvimento dos processos de integração entre os Estados Partes do Protocolo, estabelecendo, desta forma, uma cláusula democrática para a aderência ou permanência de um Estado ao grupo.

O pedido de adesão da Venezuela no Mercado Comum, feito em 04 de junho de 2006, e sua aceitação pelo Plenário da Câmara dos Deputados brasileira e do Senado Federal, em 17 de dezembro de 2008 e 15 de dezembro de 2009, respectivamente, parece demonstrar que esta condição democrática não seja tão importante como deveria de se supor, já que o Governo de Hugo Chaves é marcado

pelo Populismo e Militarização da política, reduzindo a participação popular e calando o debate na Sociedade Civil.

O que se percebe é que não há instrumento protetor dos Direitos Humanos ostentado pelo MERCOSUL, mas sim um empenho dos seus membros individualmente. As legislações internas referentes a direitos humanos apresentam convergências relevantes em algumas temáticas fundamentais para a elaboração de uma agenda comum. Entretanto, há discrepâncias significativas que suscitam à necessidade de que se proceda a uma ampla discussão entre organizações da sociedade civil, governos e setores comerciais no sentido de estabelecer consenso em torno a alguns direitos básicos de cidadania que deveriam ser reconhecidos por todos os estados membros, especialmente quando se cogita o ingresso da Venezuela, Estado que reiteradamente desrespeita os Direitos Humanos, nos quadros permanentes da instituição (PITANGUY, HERINGER, 2001, p. 141).

Acrescenta-se ainda, que a proteção dos direitos humanos no nível regional requer que os países do MERCOSUL se articulem, a partir de um propósito comum, em ações conjuntas visando combater violações dos direitos humanos e outros delitos que ocorrem no âmbito transnacional e regional, tais como o combate do tráfico de drogas, armas e pessoas.

Ciente da importância da tutela dos direitos humanos para os Estados-membros do MERCOSUL, necessário o aprofundamento da cooperação política no âmbito deste bloco, sendo de salutar importância que busquem aprimorar e tornar efetivos os procedimentos e dispositivos internos de proteção, com vistas à conformação de um espaço harmônico, em nível regional, no qual os interesses dos Estados estejam em consonância com os direitos dos indivíduos. É necessário empreender esforços com a necessária consideração ser a participação no sistema interamericano e no âmbito mundial (SABOIA, 2003, p. 170).

É imperioso que se estabeleça um padrão mínimo de proteção, capaz de evitar que cada Estado-Parte trate a questão como bem lhe aprouver, possibilitando, assim, que haja distorções capazes de afetar a integração. Para Ramos, a vulnerabilidade de um processo de integração que não seja orientado em face da concretização de direitos humanos é flagrante. As comunidades de excluídos logo

percebem que o processo de integração não as atinge, e mais, as exclui (RAMOS, 2000, p. 885).

Por isso, mister que haja uma articulação no sentido de se criar regras comuns que visem a promoção de processos de investigação dos responsáveis por crimes de natureza política ocorridos nos períodos de ditadura militar no conjunto dos países investigados, tais como as ações conjuntas das forças armadas de vários Estados-membros, como no caso da Operação Condor, que recentemente voltou a ser objeto de investigação, o que será discutido no próximo capítulo, especialmente quanto à necessidade do emprego da transversalidade pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do caso (PITANGUY, HERINGER, 2001, p. 142).

2.5 A integração do Tribunal Penal Internacional à jurisdição constitucional brasileira

O problema da eficácia e cumprimento dos tratados internacionais, tema já referido neste texto, sempre foi uma das grandes mazelas da consolidação do Direito das Gentes e, sobretudo, dos Direitos Humanos.

A História demonstra que, sob o pálio de direitos nacional injusto e eivado de privilégios, muitas autoridades escondiam suas condutas nefastas gerando impunidade e indignação, tanto nos povos oprimidos como na Sociedade Internacional, eis que sob o plano de uma terceira geração, os direitos humanos não têm destinatários próprios: a ofensa a um ser humano interessa a outro, independente da ideia de Nação ou fronteiras delimitadas.

Destarte, havia um elo que faltava no sistema do Ordenamento Jurídico internacional em relação aos Direitos Humanos. Uma corte penal em nível internacional que pudesse reprimir as condutas agressivas a estes imemoriais direitos e que pudesse impor penas àqueles que desobedecessem aos direitos humanos consagrados na Declaração das Nações Unidas (GUSKOW, 2000, p. 11).

Era necessário que fosse criado um órgão permanente e com poderes para exercer jurisdição sobre pessoas em relação a crimes de maior seriedade no interesse internacional.

Alguns tribunais foram formados, ao longo da história para julgamento de algozes ao direito humanitário. O mais célebre exemplo é o Tribunal de Nuremberg, cidade alemã que ficou famosa por abrigar o julgamento de carrascos nazistas após a Segunda Guerra Mundial.

Ninguém questiona a necessidade de imputação da responsabilidade e pena a estes criminosos, posto que cometeram genocídios e demais atrocidades iniciadas na Década de 30 até a derrocada do *Reich*. Questiona-se, até hoje, a legitimidade deste julgamento.

Nos dizeres de Gonçalves, graves problemas são verificados neste processo: a inexistência de regras claras e o fato de ser *ad hoc*. Ocorre que os magistrados foram oriundos dos quatro países aliados: Inglaterra, Estados Unidos, França e União Soviética, cada qual com seu regime processual próprio (GONÇALVES, 2001, p. 148).

Além disso, o tribunal foi *ad hoc*, ou seja, formado apenas para um fato que já tinha acontecido. Surgem suspeitas de arbitrariedades e perseguições, sem que os réus pudessem exercer os princípios do devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. O Tribunal Militar Internacional é uma instituição subsequente às infrações as quais ele recebeu a missão de reprimir. As incriminações são vagas, e as penas quase inteiramente deixadas à discricionariedade dos magistrados (GONÇALVES, 2001, p. 151).

Inobstante as críticas o Tribunal de Nuremberg processou, julgou e impôs pena aos genocidas que articularam a máquina de matar de Hitler. O julgamento destes criminosos de guerra era intuitivo, pois suas condutas afrontavam o Direito Natural, não se aceitando que estas pessoas ficassem impunes e amparadas em leis elaboradas pelos nazistas, que pregavam a morte e a opressão aos povos e etnias não arianas.

Por isso, houve necessidade de formar uma Corte que pudesse ter caráter supranacional, que fosse além das soberanias nacionais e que visasse proteger os direitos humanos mais importantes e reprimisse os mais selvagens crimes contra a humanidade.

Buscou-se não um tribunal dentre os pré-existentes, mas um novo, que fosse um órgão das Nações Unidas e, por isso, discutido, votado e aprovado pela Assembleia dos membros, órgão de cúpula da Organização. Neste afã, foi criado o Tribunal Penal Internacional, por meio do Estatuto de Roma, aberto para ratificações em 17 de Julho de 1998 (FERREIRA, 1999, p. 257).

Não restam dúvidas que esta corte, de caráter permanente, constituiu um progresso moral e político para a humanidade. Nos dizeres de Koffi Anan, então Secretário-Geral da ONU, esta era uma conquista histórica e uma garantia para a humanidade pudesse contar com uma instituição permanente sob controle internacional, visando, sobretudo, a universalização dos direitos humanos e o combate à impunidade (CUNHA, 2000, p. 14).

Rezek lembra que a ideologia do Tribunal Penal Internacional deriva do desejo de evitar a impunidade mais grosseira e chocante de todas as possíveis: aquela decorrente de crimes que se cometem contra direitos humanos elementares; contra a paz dos povos; contra as nações; contra comunidades raciais. Para o autor, estes crimes são cometidos à sombra da autoridade do Estado, ao benefício temporário de função pública, às vezes do mais alto nível, respaldando-se nas imunidades reservadas a tais titulares (REZEK, 2000, p. 67).

É imperioso ressaltar que, conforme visto anteriormente, o conflito entre o Direito das Gentes e o Direito Nacional sempre foi tendencioso para este último. Por mais que faça sofrer os que defendem a supremacia internacionalista, como Rezek, este admite que o primado do direito internacional sobre o interno é uma proposição doutrinária (REZEK, 2000, p. 96).

O Estatuto de Roma, por exemplo, instrumento criador do Tribunal Penal Internacional, foi aprovado pela Assembleia dos Estados-partes em 17 de agosto de 1998. A República brasileira, todavia, somente ratificou tal tratado em 02 de

fevereiro de 2000 enquanto que o Congresso Nacional o aprovou, por meio do Decreto Legislativo n. 112, datado de 06 de junho de 2002, vindo a ser promulgado apenas em 29 de setembro de 2002, pelo Decreto Presidencial n. 4388. No Brasil, tal tratado apenas começou a ter eficácia interna em 1º de outubro de 2002, conforme previsto no art. 128 do referido Decreto Presidencial (LENZA, 2008, p. 620).

Somado à burocracia, também eram vislumbradas antinomias de ordem material entre o ajustado nos pactos e os textos legais. Até mesmo a Constituição da República Brasileira, chamada Constituição Cidadã, já foi parâmetro de impedimento e retenção de direitos consagrados internacionalmente pelo país, mas contrapostos em nível interno.

Antes que entrasse em vigor a EC. 45/2004, que reconheceu expressamente a submissão brasileira ao Tribunal Penal Internacional, havia uma posição forte, inclusive nas Cortes superiores brasileiras, que tentavam negar-lhe eficácia no sistema jurídico nacional.

Baseavam suas opiniões no princípio da soberania do Estado, máxima que sempre foi base para uma recusa, quase xenofóbica, de procedimentos e processos estrangeiros e internacionais em território nacional. Reconhecer tais decisões era visto como sendo uma supressão da soberania estatal exercida por meio da jurisdição (vide art. 1º, I da Constituição da República).

Rezek já alertava, muito antes da Emenda citada que o Tribunal deveria ter caráter complementar, objetivando julgar questões as quais os Estados sejam omissos ou deficientes. Esta afirmação aduz o princípio da complementaridade que estabelece que deve ser preservado o sistema jurídico interno, cabendo, todavia, à Corte Internacional exercer jurisdição em nível complementar, em caso de omissão ou incapacidade dos signatários (REZEK, 2000, p. 97).

Em geral, tal fatos se davam pois os crimes que ofendem tais direitos humanos, são praticados por autoridades as quais se mantêm impunes seja pela influência que dispõem no Poder Legislativo (criando leis que lhes favoreçam) ou no Poder Judiciário nacional (controlando decisões judiciais a seu bel prazer).

Deve-se salientar que o Tribunal Penal Internacional, frisa-se, não pretende esvaziar a competência interna. Inversamente, visa ser competente em algumas hipóteses sendo que a mais visível é a da falência das instituições nacionais – algo que acontece com muito maior frequência no Século XXI do que imaginam as pessoas.

Este caráter complementar já era vislumbrado até mesmo pelo Constituinte Originário de 1988. O artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais transitórias firmava o compromisso brasileiro com a criação de um tribunal internacional de direitos humanos, como já abordado nesta pesquisa.

Foi imbuído neste sentimento e nestas razões que, em 2004, o Constituinte Derivado, ao propor o art. 5º, §4º da Constituição da República e visando dar maior efetividade aos direitos humanos fundamentais, submeteu o Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação manifestou sua adesão.

O Tribunal, pelo art. 1º do Estatuto de Roma, é uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade, fixados nos termos do Estatuto, com alcance internacional e será complementar às ordens internas, somente atuando no caso de incapacidade ou omissão dos Estados (princípio da complementaridade) (GONÇALVES, 2009, p. 683).

Novelino acrescenta que a competência do Tribunal Penal Internacional é subsidiária às nacionais, já que a atuação da Corte será restrita às hipóteses nas quais os Estados, a quem cabe a responsabilidade originária de processar e julgar os crimes cometidos por seus cidadãos, não se mostrarem capazes ou não revelarem vontade efetiva de punir os seus criminosos, ou seja, quando houver falta ou omissão ou falta na defesa interna dos direitos (NOVELINO, 2009, p. 386).

Acrescenta-se, ainda, que o Tribunal, nos termos do art. 3º do Estatuto, tem sede em Haia, Holanda, podendo, no entanto, funcionar em outro local sempre que entender conveniente e nos termos do Estatuto. O Tribunal Penal Internacional limita-se aos crimes mais graves que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, cabendo-lhe, nos termos do art. 5º do citado diploma legal, julgar os

seguintes crimes: a) genocídio; b) contra a humanidade; c) de guerra; d) de agressão.

É imperioso ressaltar, que não se admitem reservas ao Estatuto, nos termos do art. 120. Assim, os Estados-Partes se submetem integralmente à jurisdição do Tribunal, não podendo reduzir ou subtrair a sua apreciação a certos casos pontuais ou tidos excepcionais. Mais uma vez, visa fazer com que não haja brechas que possam levar à impunidade de certas autoridades, muitas das vezes, capazes de manipulação ou influência em âmbito interno.

De acordo com o Estatuto, ninguém pode ser julgado por fatos ocorridos antes de sua entrada em vigor. Trata-se, assim, do princípio da anterioridade, também aplicado à espécie. Há apenas uma possibilidade de retrocessão: quando o próprio Estado fizer uma declaração específica em sentido contrário, dando efeitos retroativos à jurisdição, conforme apregoa o art. 11. Deve-se frisar, ainda, que os crimes de competência do Tribunal, jamais terão sua punibilidade extinta pelo decurso do tempo, já que são tidos imprescritíveis, nos termos do art. 29 (NOVELINO, 2009, p. 386).

Alguns constitucionalistas, como Tavares, propugnam pela inconstitucionalidade do Estatuto de Roma, frente à Carta Magna de 1988. Entre outros motivos, em face da previsão, nesse ato internacional, da possibilidade de prisão perpétua (art. 77), em contradição com a proibição expressa contida no art. 5º, XLVII, “b” da Constituição da República.

Segundo Tavares, a Emenda Constitucional n. 45 de 2004 introduziu o §4º no art. 5º da Constituição exatamente com a intenção de contornar a inconstitucionalidade, ou reforçar a validade da adesão do Brasil ao Estatuto de Roma. Entende ele, no entanto, que nem mesmo uma emenda constitucional tem o condão de afastar as inconstitucionalidades apontadas, uma vez que a matéria confronta cláusulas pétreas, protegidas nos termos do art. 60, §4º da Constituição.

No entender do referido autor, todos os pontos que afrontam tais regras petrificadas continuam sujeitas de infirmar a determinação constitucional especialmente quanto ao Estatuto de Roma. Assim, para ele, se dá nos casos de

“entrega” ou extradição de nacionais ou de estrangeiros em virtudes de crimes políticos ou de opinião; na falta de tipificação dos crimes previstos no Estatuto (crimes de guerra, genocídio, contra humanidade e de agressão); a falta da previsão das punições cabíveis; a imprescritibilidade dos crimes; as penas perpétuas admitidas (TAVARES, 2006, p. 324).

A Constituição da República de 1988 proíbe expressamente a extradição de seus nacionais, determinando que nenhum brasileiro será extraditado, exceto o naturalizado, na hipótese de ter cometido crime comum antes da sua naturalização ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei (art. 5º, LI). Ademais, a Lei Fundamental brasileira veda a extradição de estrangeiro por crimes políticos ou de opinião (art. 5º, LII).

O Estatuto de Roma, ciente que tal proibição poderia impedir a sua implementação em vários Estados que consagram semelhante regra, promoveu, em seu texto, uma diferenciação expressa entre os institutos da extradição e entrega. Nos termos do Estatuto, a última ocorre com o envio de uma pessoa a um tribunal, em virtude do Estatuto de Roma, exclusivamente. Já a extradição, por outro lado, seria o envio de uma pessoa a um Estado, conforme previsto em um tratado, convenção ou regra de direito interno. Assim, que a entrega seria o envio de um indivíduo para um organismo internacional não vinculado a nenhum Estado específico, ao passo que a extradição seria sempre para um determinado Estado estrangeiro e soberano (NOVELINO, 2009, p. 387).

Tavares discorda dessa construção, pois para ele a entrega e a extradição são, substancialmente, a mesma coisa, especialmente para o efeito de interpretação da vedação constante no art. 5º, LI da Carta Política de 1988, a qual veicula verdadeira garantia constitucional insuprimível (TAVARES, 2006, p. 324).

É necessário ressaltar que a proibição da extradição de cidadãos ocorre essencialmente por dois motivos básicos: evitar o risco de um nacional ser processado e julgado por uma jurisdição estrangeira sem que haja o resguardo dos direitos e garantias consagradas no Diploma Constitucional brasileiro; garantir que não seja imposta ao brasileiro uma decisão emanada com base em uma legislação construída sem a sua participação. Em ambos os casos, tal temor não procede,

conforme apregoam Paulo e Alexandrino: em geral, os inquéritos, investigações e outros atos processuais se dão com o apoio e a tutela do Estado de origem dos investigados, nos termos do art. 86 do Estatuto, razão pela qual o primeiro risco desaparece por completo. Quanto à natureza do Tribunal Penal Internacional, não se trata de jurisdicional estrangeira, mas sim internacional, a qual o Brasil participou ativamente para sua elaboração bem como aceitou de maneira expressa sua submissão a seus julgados (PAULO, ALEXANDRINO, 2009, p. 107).

As dúvidas relativas à inconstitucionalidade da entrega em virtude de crimes políticos e de opinião, é necessária uma interpretação teleológica de tal dispositivo. A Magna Carta brasileira, ao estabelecer no art. 5º, LII, a vedação da extradição nestes casos, pretendeu evitar perseguições políticas por aqueles que estão no poder. Ora, esta não seria a hipótese ventilada no Estatuto de Roma, já que os supostos enviados, em geral, são as próprias autoridades, que ocupam a posição não de perseguidos, mas sim de algozes.

O Estatuto de Roma, no afã de minimizar a possibilidade destas autoridades influírem no julgamento, estabeleceu no art. 27, o princípio da irrelevância da função oficial, segundo o qual, os indivíduos que praticarem crimes de competência do Tribunal Penal Internacional serão responsabilizados penalmente, independente de agirem ou não em nome do Estado de origem, bem como da função oficial que porventura ocupam. Nestes termos, a aplicação não será afastada com a alegação de que certa autoridade estava apenas cumprindo ordens ou no exercício de sua qualidade de oficial (LIMA, BRINA COSTA, 2006, p. 100).

Outra possível antinomia entre o Estatuto de Roma e a Constituição da República brasileira, de 1988, é a questão da pena de caráter perpétuo (permitida pelo diploma internacional, art. 77, 1, “b” e vedada expressamente pela Carta Magna, no art. 5º, XLVII, “b”). Há autores, como Steiner, que apregoam que a proibição contida na Lei Fundamental brasileira apenas obrigaria o legislador interno, e não poderia ter o condão de influir nas regras de direito internacional, as quais o Estado brasileiro se comprometesse a cumprir (STEINER, 1999, p. 215)

Este raciocínio, não é conciliável com a posição do Supremo Tribunal Federal, a qual determina que quando a pena no país requerente é vedada pela

Constituição de 1988, o deferimento da extradição depende do compromisso assumido pelo país solicitante de comutá-la por uma pena privativa de liberdade não superior a 30 anos de reclusão. Na Extradição n. 633, o Ministro Celso de Mello, proferiu voto no sentido de que o ordenamento brasileiro, nas hipóteses em que se delineia a possibilidade de imposição do *supplicium extremum*, a extradição, impede a entrega do extraditando ao Estado requerente, a menos que este, previamente, assumia o compromisso formal de comutar, em pena privativa de liberdade, a pena de morte, ressalvadas, quanto a esta, as situações em que a lei brasileira – fundada na Carta Magna de 1988, permitir sua aplicação (art. 5º, XLVII, “a”), caso em que será dispensada a comutação (MELLO, 2001).

No caso específico de envio para cumprimento de pena de morte, o Supremo Tribunal Federal, na Extradição n. 855, também de relatoria do Ministro Celso de Mello, determinou que apenas seria deferida pela Excelsa Corte se o Estado requerente assumisse, formalmente, perante o Estado brasileiro, quando se tratar de pena de morte, o compromisso de comutá-la em pena não superior à duração máxima admitida na lei penal do Brasil (art. 75 do Código Penal), ou seja, 30 anos. Isso ocorre porque, segundo raciocínio do Ministro, os pedidos extradicionais estão necessariamente sujeitos à autoridade hierárquico-normativa da Lei Fundamental brasileira. (MELLO, 2005).

Quanto à proibição de envio de cidadãos, sejam brasileiros ou estrangeiros, em virtude de cometimento de crime político, questão interessante ainda é abordada no Supremo. Na Extradição n. 1.085, o Tribunal Constitucional tem hesitado em deliberar sobre a legalidade ou não da remessa do cidadão italiano, Cesare Battisti, ao seu país de origem. O Poder Executivo brasileiro, no entanto, determinou a concessão de asilo, por considerar o caso como de perseguição ideológico-política do país europeu ao citado extraditando. Ora, até o depósito desta dissertação, não havia posição definitiva acerca do tema, o que induz haver uma relutância da Corte em tratar o assunto, em via de extradição, mas o que também se aplicaria ao envio ao Tribunal Penal Internacional.

Com relação à imprescritibilidade dos crimes previstos no Estatuto de Roma (art. 29) há um descompasso com igual previsão na Lei Maior brasileira já que para ela, apenas os crimes de racismo (art. 5º, XLII) e ação de grupos armados, civis

ou militares, contra a ordem constitucional e a ordem democrática (art. 5º, XLIV) possuem o gravame de imprescritibilidade no sistema jurídico nacional.

A prescrição é um instituto garantido na Constituição com o fito de proibir a eternização dos processos, impondo ao Estado um comando de diligência na busca da justiça. Trata-se de uma garantia individual garantidora da segurança jurídica e que impede que o Estado ou o cidadão promova a persecução criminal quando bem entenderem.

A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é forte no sentido de não aceitar a possibilidade de extradição se já existir a prescrição da pretensão punitiva (seja no Direito brasileiro ou estrangeiro). Nestes termos, o ordenamento jurídico pátrio, segundo a Constituição da República, só admite a figura da imprescritibilidade no caso de cometimento dos crimes de racismo e da ação de grupos armados. Por isso, a única possibilidade de se ver aplicar no Brasil tal regra, é sustentada na posição de Steiner, acima mencionada, a qual considera existir uma separação entre o plano interno (Constituição como reguladora da ordem interna) do plano da jurisdição penal internacional, vinda com o advento da aceitação do Brasil às regras do Tribunal Penal Internacional.

Neste sentido, na Apelação Criminal n. 504, de 2004, a Excelsa Corte deixou claro, que no sistema brasileiro, não se estende a imprescritibilidade exceto para os casos expressamente consagrados na Lei Maior (crimes de racismo e ação de grupos armados). No entender do Ministro Marco Aurélio de Mello, a indagação sobre a ampliação deste rol somente pode ser negativa, a menos que se coloque em plano secundário a circunstância de que a previsão constitucional está contida no elenco das garantias constitucionais, conduzindo, por isso mesmo, à ilação no sentido de que, a *contrario sensu*, as demais ações ficam sujeitas à regra geral da prescrição, o que não ocorre no caso (MELLO, 2004).

Em qualquer caso, acrescenta-se, o Estatuto de Roma prevê a aplicação do princípio do *ne bis in idem*, ao consagrar que se o condenado cumpriu pena pela prática de determinado crime, ele não se submeterá à nova limitação de seus direitos devido à prática daquele mesmo crime. Nos termos do art. 20 do Estatuto mencionado, ninguém pode ser julgado por uma outra jurisdição por um crime

previsto no art. 5 (que são os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional), pelo qual tenha sido condenado ou absolvido pela Corte.

Destarte, a conclusão é que pelo menos em regra, a sentença do Tribunal Penal Internacional esgota o litígio no campo internacional e interno. Porém, é mister salientar que há casos em que tal Corte poderá rejulgar pessoas que já tenham sido anteriormente processadas internamente mas não ocorrera justiça da decisão já que o processo visou subtraí-las da responsabilidade pelas suas condutas ou quando não houve imparcialidade do julgamento, seja para persegui-las, seja para favorecê-las (LIMA, BRINA COSTA, 2006, p. 98).

2.6 O Pacto de São José da Costa Rica e a Corte Interamericana dos Direitos Humanos

Os esforços da Organização dos Estados Americanos para a aprovação e implementação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem tem origem em 1948, sete meses antes da Assembleia da Organização das Nações Unidas aprovarem a sua Declaração Universal, o que demonstra que a proteção do homem já estava na pauta do Novo Continente (POGREBINSCHI, 2003, p. 670).

Importante ressaltar, entretanto, que por mais de 20 anos, o sistema interamericano permaneceu sem um tratado na área dos Direitos Humanos. Apenas no ano de 1969, esse documento, a Convenção Americana dos Direitos Humanos, também chamado de Pacto de São José da Costa Rica, foi adotado. Desde então, forma ainda necessárias muitas décadas para que a maior parte dos Estados, especialmente latino-americanos a ela aderissem.

De maneira salutar, a Convenção Americana reconhece e assegura um rol de direitos civis e políticos que tentam satisfazer a plenitude dos Direitos Humanos, notadamente, na tutela do direito à vida, à liberdade, à privacidade, à liberdade, ao julgamento justo dentre tantos outros, deixando, todavia, de enunciar de forma direta qualquer direito social, cultural ou econômico, limitando-se a determinar aos Estados

que alcancem, progressivamente, a plena realização destes direitos, mediante a adoção de medidas legislativas e outras que se mostrem apropriadas (PIOVESAN, 2002, p. 230).

Quanto ao seu conteúdo, leciona Buergenthal que a Convenção Americana é mais extensa que muitos outros instrumentos internacionais de direitos humanos. Ela contém 82 artigos e codifica mais que duas dúzias de distintos direitos, de sorte que os seus membros devem não apenas respeitá-los, com também assegurar o seu livre e pleno exercício. Acrescenta, ainda, que da Convenção advêm obrigações tanto positivas quanto negativas aos seus signatários: quanto a estas últimas, percebe-se o dever de não violar suas determinações. Exige-se, outrossim, que os Estados adotem medidas razoáveis e afirmativas necessárias para assegurar o livre desenvolvimento destas prerrogativas às populações envolvidas (BUERGENTHAL, 1984, p. 440).

A Convenção estabelece uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos e uma Corte Interamericana de Direitos Humanos, criando um aparato de monitoramento e implementação dos direitos que enuncia. A citada Comissão teve seu primeiro estatuto aprovado em 1960, na 5ª Reunião de Ministros das Relações Exteriores em Santiago, Chile. Ela é, ao mesmo tempo, órgão da Organização dos Estados Americanos e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, servindo de instância para a promoção e proteção dos Direitos Humanos dos cidadãos do continente americano (MAZZUOLI, 2009, p. 602).

Para Fix-Zamudio, a citada Comissão teve o mérito de ser o primeiro organismo de proteção dos direitos humanos, sendo criada em 1959, mas vindo a funcionar apenas no ano seguinte, em conformidade com o seu estatuto segundo o qual teria por objetivo primordial a simples promoção dos direitos estabelecidos tanto na Carta da Organização dos Estados Americanos, como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, elaborada em Bogotá, em 1948. Acrescenta, ainda, que embora tivesse atribuições restritas, a Comissão realizou a frutífera e notável atividade de proteção dos Direitos Humanos, incluindo a admissão e investigação de reclamações de indivíduos e de organizações não-governamentais, inspeções nos territórios dos Estados-Partes e solicitação de informações, razão

pela qual seu reconhecimento na Comunidade Internacional foi se consolidando (FIX-ZAMUDIO, 1992, p. 164).

Uma das principais competências da Comissão é, seguramente, a de examinar as comunicações de indivíduos ou grupos de indivíduos, ou ainda de entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-Partes da Organização dos Estados Americanos, atinentes a violações de Direitos Humanos constantes na Convenção Americana por Estado que dela faça parte. Destarte, qualquer pessoa pode apresentar individualmente ou em grupo petição direcionada à Comissão, buscando a tutela dos Direitos Humanos ameaçados nos referidos Estados (RAMOS, 2002, p. 229).

A Corte Interamericana dos Direitos Humanos, por sua vez, é o órgão jurisdicional do sistema interamericano que tem como objetivo dar solução aos casos de violação aos direitos do homem realizados pelos Estados-Partes ratificadores da Organização Americana. Sua natureza jurídica é de Tribunal Internacional Supranacional, tendo o condão de condenar os seus membros por violação àqueles importantíssimos direitos (MAZZUOLI, 2009, p. 825).

Nascida em 1978, a Corte é fruto dos esforços da Convenção Americana dos Direitos Humanos, e possui competência consultiva, podendo emitir pareceres sobre casos colocados a sua apreciação, bem como competência contenciosa, de caráter jurisdicional, podendo julgar casos concretos relativamente aos membros que reconheçam expressamente sua jurisdição (FIX-ZAMUDIO, 1992, p. 177).

Lembra Rezek que, diferentemente do que ocorre na Comissão, tanto os particulares quanto as instituições privadas estão impedidos de ingressar diretamente à Corte. Por isso, o demandante deverá acionar primeiramente a Comissão, para que ela possa, se assim entender, submeter o caso à Corte, desde que o Estado acusado, como já dito, tenha se submetido à jurisdição deste Tribunal Internacional (REZEK, 2000, p. 215).

Deve-se frisar que caso o Estado em questão se recuse a acatar as conclusões estabelecidas pela Comissão no seu informe preliminar, esta poderá acioná-lo perante a Corte Interamericana, por meio de ação judicial, nos moldes do

processamento civil do direito interno. Caberá, assim, ao Presidente da Corte verificar se a demanda cumpre todos os requisitos necessários para a sua propositura, podendo solicitar ao demandante que supra eventuais lacunas em até vinte dias (GOMES, MAZZUOLI, 2008 p. 260).

No Brasil, o Poder Constituinte Originário, responsável pela elaboração da Constituição da República de 1988, já manifestava, à época, a importância de um órgão jurisdicional de proteção aos direitos humanos. Por isso, fez consagrar no art. 7º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que o Brasil propugnaria pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.

Por este motivo, o Brasil aderiu à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Este tratado internacional foi promulgado pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, inobstante negativa expressa do Governo Militar de realizar sua adesão quando da sua celebração, em 1969, conforme já visto neste trabalho.

Porém, somente em dezembro de 1998, o Congresso Nacional brasileiro aprovou o Decreto Legislativo n. 89, reconhecendo seu órgão judicial, a Corte Interamericana dos Direitos Humanos. A obrigatoriedade de sua jurisdição no Direito brasileiro, todavia, apenas seria determinada pelo Decreto n. 4.463, de 25 de setembro de 2002, que promulgou a declaração de reconhecimento da competência obrigatória deste órgão em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CARVALHO, 2009, p. 683).

Inobstante o compromisso internacional firmando perante a Organização dos Estados Americanos e perante a Convenção já citada, isso não foi barreira para que o Brasil reiteradamente descumprisse as suas obrigações em prol dos Direitos Humanos e fosse condenado pelo órgão, por violações contumazes, como a Demanda n. 12.237, protocolizada em 2004, por desrespeitar os direitos de pessoas portadoras de deficiências.

Outro caso emblemático de condenação foi o caso Maria da Penha, instaurado em agosto de 1998, que explicitou a demora da justiça penal brasileira em julgar a tentativa de homicídio intentada contra Maria da Penha por seu ex-esposo. A justiça deixou que se passassem mais de 15 anos sem que houvesse

uma sentença definitiva. A Corte solicitou ao Estado que, entre outras medidas, completasse rápida e efetivamente o processamento penal da tentativa de homicídio, investigasse irregularidades do processo ou irregularidades que levaram à demora injustificada, e indenizasse a vítima.

Estas condenações refletem o descompasso existente entre os compromissos firmados pelo Brasil, em nível internacional, e o efetivo cumprimento destes na órbita interna brasileira. Percebe-se que há, perante vários órgãos nacionais, uma dificuldade de respeito de direitos humanos consagrados por meio de tratados e que são reiteradamente desobedecidos por órgãos judiciais, inclusive o Supremo Tribunal Federal, corte de cúpula do Judiciário brasileiro, como será abordado a seguir.

O TRANSCONSTITUCIONALISMO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: AS POSSIBILIDADES E OBSTÁCULOS À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

A consagração dos Direitos Humanos na Constituição da República brasileira de 1988, elevando-os ao nível de normas constitucionais e a submissão do Brasil à jurisdição de órgãos internacionais, como o Tribunal Penal Internacional e a Corte Interamericana dos Direitos Humanos, como visto nos capítulos anteriores, geraram repercussões importantíssimas quanto à forma que os órgãos judiciais brasileiros devem encarar estas mudanças.

Este fenômeno, conhecido como transversalidade constitucional, tende a promover uma mudança radical no pensamento do Supremo Tribunal Federal, seja pela superação da sua jurisprudência clássica, consolidada principalmente sob o período de exceção do Estado brasileiro, que menosprezava a importância dos compromissos decorrentes de tratados internacionais frente ao Direito Interno como também, o dever de submeter-se às decisões emanadas de Cortes Internacionais que muitas vezes chocam com as normas nacionais.

Neste capítulo final da dissertação, destarte, pretende-se estudar o pensamento transversal da Corte Excelsa brasileira, principalmente quanto a dois casos recentes: a questão da prisão civil do depositário infiel e a condenação do Brasil perante a Corte Interamericana dos Direitos Humanos por desrespeito a direitos humanos durante o período da ditadura militar.

3.1. A jurisprudência clássica do Supremo Tribunal Federal

É de assinalar que a vigente Constituição brasileira, seguindo a tradição nacional na matéria, e apartando-se do que preceituam alguns outros estatutos supremos mais antigos do país, dotados de notório prestígio (como a Carta de 1891, que valorizava os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil), não versou, direta ou abrangentemente, a questão das relações ente o Direito Internacional e o Direito Interno. Ante a lacuna normativa supralegal, essa inevitável confrontação tem sido há tempos dirimida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (CASTRO, 2010, p. 145),

Como esclarece Mello, a jurisprudência da Corte Excelsa, em período anterior ao golpe militar, sempre inclinou-se à primazia das regras de Direito Internacional quando estas contrariasse o Direito Interno. Assim, caso um tratado fosse devidamente celebrado e ratificado pelo governo brasileiro e com ele colidisse uma regra interna, esta sucumbiria ao Direito das Gentes. A Apelação Cível n. 7.872, de 1943, com relatoria do Ministro Filadélfio de Azevedo, deixou claro que uma lei posterior não teria o condão de revogar um tratado internacional (MELLO, 2000, p. 269).

Em virtude do governo de exceção imposto durante o golpe de 1964, todavia, houve modificação nas decisões do Supremo, no sentido de dar maior destaque às regras internas. Por isso, o Recurso Extraordinário n. 80.004, de 1978, decidiu que uma lei revoga um tratado que lhe for anterior, consolidando a posição de superioridade jurídico-positiva da legislação interna, respeitante as condições de validade e executividade destes diplomas (CASTRO, 2010, p. 146).

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.480-DF, de 1997, Mello afirmou que é na Constituição da República que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos tratados internacionais ao sistema normativo. Para ele, a discussão elaborada entre os monistas e dualistas, com já vista neste trabalho, perderia completamente o sentido. A Carta de 1988

estabeleceria, segundo o Ministro, um processo complexo de execução destes pactos antes de serem incorporados na ordem jurídica interna.

Duas vontades homogêneas deveriam ser empregadas, nos termos da Constituição da República: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante Decreto Legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (art. 49, I); a do Presidente da República, que além de poder celebrar esses atos de Direito Internacional (art. 84, VIII) bem como promulgá-los mediante decretos.

Para Mello, no sistema jurídico brasileiro daquela época, os tratados e convenções internacionais, independente de sua temática, estariam hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico teriam se, ao serem incorporados ao direito positivo nacional, transgredissem, formal ou materialmente, o texto da Carta Magna, pois a incorporação destes instrumentos dos Direitos das Gentes ficam limitados juridicamente pelas regras impostas pela Lei Maior.

No mesmo julgado, o ilustre ministro acrescenta que o Poder Judiciário dispõe de competência para controlar a constitucionalidade destes tratados ou convenções, seja em seara de controle concentrado, seja vem via de controle difuso, já que para ele, tais instrumentos internacionais, uma vez regularmente incorporados ao Direito Interno, situariam-se no mesmo plano de validade, eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de Direito Internacional de Direito Público, mera relação de paridade normativa, resolvendo-se o conflito por meio da regra que a lei posterior revoga a anterior.

Sustentava Mello que os tratados não poderiam regulamentar questões reservadas às leis complementares, já que haveria um desrespeito à ordem constitucional que impõem maior rigor no processo de elaboração destas normas. Para ele, de acordo com as exigências da época, os tratados valeriam apenas como leis ordinárias, sendo indevido qualquer subversão às exigências constitucionais.

É importante ressaltar que este julgado não discrimina entre os tratados de direitos humanos ou aqueles que abordam quaisquer outros assuntos. Todos se

colocavam na mesma órbita, no mesmo nível hierárquico equivalente às leis ordinárias.

Porém, é surpreendente perceber, todavia, que no Recurso Extraordinário n. 71.154, a Corte Excelsa vem decidiu que as Leis Uniformes adotadas pelas Convenções de Genebra incorporaram-se ao nosso direito interno e entraram 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.

Verifica-se, desta forma, com muito espanto, que o conservadorismo apresentado pelos ministros no manejo das importantíssimas questões relativas aos direitos do homem não encontram o mesmo pragmatismo e a mesma rapidez de aplicação que os tratados que se refiram a outros tópicos, especialmente os relativos a questões comerciais.

As forças provenientes do Mercado e a pressão constante de fazer com que os acordos comerciais internacionais possam ser colocados em vigor o quanto antes, imprimem a tais documentos uma prioridade inclusive sobre as questões relativas aos direitos humanos e outros princípios essenciais à conservação do Estado de Direito. É uma lástima vergonhosa e injustificável.

3.2 Os tratados perante a Corte Excelsa: categoria constitucional, supralegal e ordinária

Como visto no capítulo anterior, a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, trouxe modificação substancial na tutela dos tratados internacionais de direitos humanos e a sua inclusão no sistema normativo brasileiro. Resta saber, todavia, a postura do Supremo Tribunal Federal, em várias hipóteses que se formaram, a partir da inclusão do art. 5º, §3º da Magna Carta de 1988 e qual a interpretação que deve ser feita do §2º do mesmo dispositivo.

Como visto, na Jurisprudência da Corte, a análise do art. 5º § 2º, que adveio com o Constituinte Originário, nunca foi tratado de maneira pacífica. No Habeas Corpus n. 72.131-RJ, de 1995, a Corte aduziu que quaisquer tratados (referentes sobre direitos humanos ou não), teriam o nível de lei ordinária. Isto fez com que Cançado Trindade declarasse que a tese da equiparação não só representaria uma apego sem reflexão a uma postura anacrônica, mas também uma ofensa manifesta ao texto constitucional (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 623).

O que ainda era mais incrível é que esses tratados, mesmo que se referissem aos direitos humanos, inalienáveis e imemoriáveis, deviam se submeter aos percalços de leis ordinárias posteriores que lhes revogavam expressa ou tacitamente, quando fossem com eles contraditórias.

Cançado Trindade ressalta de forma magistral que a tendência constitucional contemporânea de dispensar um tratamento especial aos tratados de direitos humanos é, pois, sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central (CANÇADO TRINDADE, 2007, p. 2009).

A grande discussão que se tinha, com a entrada em vigor da Constituição, em 1988, era de como que tais direitos, que teriam eficácia constitucional, seriam recepcionados no ordenamento jurídico interno. Surgiram duas correntes: uma conservadora e outra mais ousada. Segundo a teoria tradicionalista, ficou sustentado que tratava-se de uma norma de eficácia contida, requerendo implementação por meio de norma complementadora.

Por outro lado, foi construída a tese que tratava-se de norma de eficácia plena, não se exigindo outra forma senão a já aplicada (recepção por meio de processo legislativo similar ao das leis ordinárias). Desta forma, embora recepcionados como leis ordinárias, deveria lhe ser dada eficácia constitucional, em atendimento ao art. 5º, §2º da Lei Maior.

Visando aplacar a fúria dos internacionalistas e sensibilizado da importância destes valores na consagração de uma terceira dimensão dos direitos, o Constituinte tentou resolver o problema, diferenciando entre os tratados que se referiam sobre direitos humanos e os que abordem outros temas.

Prevalece hoje em dia que os tratados que refiram em assuntos alheios à questão humanitária, uma vez incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entres estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa, como estudado neste trabalho e nos termos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.480-3/DF, de 1997.

Ocorre que, nos termos do art. 5º, §3º da Constituição da República, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, 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.

Veja que o Constituinte pretendeu cessar a discussão atendendo a ambas as interpretações anteriores: satisfaz, por um lado, a corrente que pregava que os tratados sobre direitos humanos têm eficácia constitucional; satisfaz, por outro, a teoria que sustentava que os tratados necessitam passar por um processo rigoroso de adequação, antes que adentre no sistema pátrio.

Exige-se, agora, que o processo de recepção dos tratados sobre direitos humanos seja igual àquele exigido no art. 60 da Carta Magna, que estabelece a rigidez constitucional brasileira e os requisitos para aprovação dos projetos de emendas constitucionais: dois turnos em cada uma das Casas Legislativas e maioria qualificada para instauração e aprovação.

Em outras palavras, com o novo ditame, a Constituição da República continua sendo rígida e suprema e um possível tratado apenas modificaria a Carta Magna se, assim como as demais propostas de emenda, oriundas de direito interno, respeitasse todas as suas limitações: formais, temporais, circunstanciais, materiais etc.

Há severas críticas quanto à modificação legislativa trazida pela Emenda Constitucional mencionada e a inclusão do art. 5º, § 3º da Constituição da República. A primeira delas se refere ao que Cançado Trindade chama de

retrocesso formalista e provinciano do processo de adequação dos direitos humanos oriundos de tratados ao texto constitucional. Ora, o mimetismo que iguala o processo de recepção dos tratados de direitos humanos ao exigido para as emendas constitucionais promoveu um formalismo e hermetismo jurídicos eivados de obscurantismo (CANÇADO TRINDADE, 2007, p. 209).

O revés é verificado quando são criados subterfúgios que impedem que os tratados e convenções internacionais, ratificados voluntariamente pelos Estados, não possam ter validade imediata, mas ficam dependendo de um procedimento anacrônico e burocrático de recepção, o que promove que o Estado possa evadir-se de seus compromissos de tutela da pessoa humana, fundamentando tal conduta hedionda na visão ultrapassada de soberania nacional absolutista do Estado.

A malfadada interpretação da reforma constitucional induz que apenas os tratados que tenham sido recepcionados pela maioria qualificada teriam valor hierárquico equiparado à norma constitucional, de sorte que outros, que venham a ser aprovados com quórum diferente, valeriam como leis ordinárias. Criou, ademais, outro problema grave: a formação de categorias entre os próprios instrumentos de consagração dos direitos humanos, a depender de serem eles aprovados ou não com o quórum exigido pela emenda. O que é um apego desnecessário à forma.

Outro ponto de salutar discussão é saber a qual categoria estariam incluídos os tratados de direitos humanos já aprovados pelo Brasil, anteriormente ao advento da citada emenda, quando não se exigia o quórum rigoroso lá consignado. A Emenda é omissa, não trazendo solução expressa. Isto não ocorreu com a Carta Argentina, cuja reforma de 1994, trouxe de forma expressa que tais tratados anteriores passariam a ter hierarquia constitucional.

Estes pactos internacionais, como é o caso da Convenção Interamericana dos Direitos Humanos, aprovado pelo país em 1992, que teria sido aprovado pelo procedimento ordinário, teria um status intermediário, chamado supralegal, situando-se abaixo da Constituição, mas acima da legislação ordinária.

No Habeas Corpus n. 95.967-MS, o Supremo Tribunal Federal, com relatoria da Ministra Ellen Gracie, aduziu que há um caráter especial do Pacto de

São José da Costa Rica, uma vez que ele aborda a proteção dos direitos humanos. Por isso, este diploma como outros congêneres teriam reservado um local específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O valor normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil seria uma categoria nova dentro do que se convencionou a chamar de triângulo normativo brasileiro, estando compreendido abaixo do bloco de constitucionalidade, mas acima das demais normas (tidas infranconstitucionais).

Para que os tratados internacionais de direitos humanos, dentro desta visão, pudessem gozar de valor constitucional, deveriam ser confirmados pelo Congresso Nacional, obedecendo às formalidades constantes do § 3º do art. 5º. O Congresso Nacional teria, assim, o poder de, a seu bel prazer, decidir qual a hierarquia normativa de determinados tratados, violando completamente a estabilidade do bloco de constitucionalidade, gerando uma incerteza permanente entre a tutela dos direitos humanos e também dos próprios parâmetros de controle de constitucionalidade.

Para o Ministro Celso de Mello, voto vencido no Recurso Extraordinário n. 466.343-SP, os tratados de direitos humanos celebrados pelo Brasil anteriormente à Emenda Constitucional n. 45 têm caráter materialmente constitucional. Segundo o ilustre jurista, entendimento do autor desta dissertação, os tratados sobre direitos humanos que foram aprovados antes da promulgação da Constituição, em 1988, foram formal e expressamente recepcionados pelo art. 5º, §2º da Carta Magna. Os tratados que foram aprovados no intervalo da promulgação da Lei Fundamental, até o advento da citada Emenda, também teriam sido materialmente recepcionados por força da reforma, não importando qual o meio que foram aprovados já que tal exigência, comparável ao procedimento legislativo de emendas, não se fazia presente na realidade constitucional da época. Finalmente, os tratados posteriores cujo tema seja direitos humanos, posteriores às modificações de 2004, valerão como emendas à Constituição desde que respeitem o quórum e o procedimento lá consagrados.

Piovesan, por este motivo, não distingue entre os tratados de direitos humanos que sejam aprovados antes ou após a emenda. Para a autora, todos

teriam caráter de norma constitucional (PIOVESAN, 2005, p. 67). Tavares também sustenta a constitucionalidade, até porque, quando o constituinte quis afastar a recepção automática com caráter de norma constitucional, manifestou-se expressamente, como fez com as súmulas preexistentes, nos termos do art. 8º da Emenda Constitucional n. 45 (TAVARES; LENZA, ALARCÓN, 2005, p. 99).

Pelo alegado resta claro que Constituinte Reformador agiria com mais compasso aos Direitos das Gentes se tivesse determinado que todos os tratados de direitos humanos aprovados pelo Brasil teriam aplicação imediata e prevalência inclusive às normas constitucionais, quando o desejo fosse a proteção do ser humano. Isso afastaria o equívoco de considerar os tratados internacionais de direitos humanos como normas menores, ainda presente no imaginário conservador dos tribunais brasileiros.

Aqui é pertinente a crítica proposta por Cançado Trindade. Para ele, os juristas, no objetivo de aplicação das normas de direitos humanos decorrentes de tratados internacionais, deveriam desvencilhar das amarras da velha e ociosa polêmica entre monistas e dualistas, já que não se trata da prevalência nem do direito interno nem do internacional. O que deve prevalecer pra o internacionalista é a primazia da norma que melhor proteja a dignidade da pessoa humana (CANÇADO TRINDADE, 2007, p. 209).

3.3 Racionalidade transversal do Princípio da Dignidade da Pessoa humana

Inobstante as duras críticas à postura do Supremo Tribunal Federal frente a sua posição no que tange à validade dos tratados internacionais de direitos humanos, há uma particular atenção da Corte quanto àqueles casos em que o princípio da dignidade da pessoa humana é colocado em xeque.

Para Sarlet, a dignidade Humana é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e

consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida (SARLET, 2009, p. 8).

O mesmo autor, acrescenta ainda que a dignidade da pessoa humana não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, assim como já dito no primeiro capítulo desta obra, quanto ao relativismo dos direitos humanos (SARLET, 2009, p. 9).

Para Piovesan, seja no âmbito internacional, seja na órbita interna, a dignidade da pessoa humana é a máxima que buscar unificar e centralizar todo o sistema de normas, assumindo especial prioridade. A dignidade humana simboliza, desse modo, verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local e global, dotando-lhe de especial racionalidade, unidade e sentido (PIOVESAN, 2002, p. 31).

O princípio da dignidade da pessoa humana, segundo Barroso, serve como parâmetro para empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. O reconhecimento de normatividade dos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras, bem como a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica auxiliam na formação de uma nova hermenêutica baseada no desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Leciona o autor que, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a ética (BARROSO, 2009, p. 250).

Mas esta ferramenta hermenêutica parece não ser de aplicação tão simplista. Na Ação de Arguição Descumprimento de Preceito Fundamental 172-2-RJ, proposta pelo Partido Progressista, foi evocado o princípio da dignidade da pessoa humana para fundamentar pedido para que o menino Sean Richard

Goldman não fosse entregue ao seu pai biológico, determinada pelo juiz *a quo* que fundamentou em diversos direitos encartados na Constituição Federal e na Convenção de Haia, que determina que haja a reunião familiar. Mas o direito dos avós também deveria ser considerado, de sorte que o citado princípio também a eles serviam.

Neste caso, a Arguição não foi aceita pelo Supremo, por considerar a racionalidade transversal decorrente de normas que advêm de outras fontes, diferentes do direito pátrio. Seja a sentença judicial da Corte Suprema Americana, que determinou o envio da criança, seja pelo compromisso firmado pelo Brasil, por meio da Convenção de Haia, que coincide com a jurisprudência brasileira, reiterada no sentido de priorizar que os parentes mais próximos sejam reunidos (no caso analisado, pai americano e filho, em detrimento da criação pelos avós brasileiros).

No seu julgado, a Ministra Carmem Lúcia, explicitou que realizou uma interpretação sistemática da Convenção e da Lei Fundamental. Acrescentou, ainda, que o instrumento internacional tem seu viés voltado aos maiores interesses do menor e que o dever de cooperação internacional está inserido dentro do texto constitucional.

Verificou-se, então, o raciocínio transversal defendido por este trabalho, na medida em que a sentença da Excelsa Corte baseou-se no Princípio da Dignidade Humana, não apenas por este estar consagrado apenas no texto constitucional brasileiro, mas em compromisso internacional firmado pelo país. Soube congrega, ainda, um comando oriundo de um Corte estrangeira, que solicitava a aplicação do tratado e, não se perdeu na falácia da soberania nacional, apenas para satisfazer a vaidade que está na contra-mão do movimento global de interação dos Estados.

Como verificado, a compreensão que o princípio da dignidade da pessoa humana é um vetor de interpretação racional de regras transversais que advêm de diferentes fontes, é a partir dele que dois casos importantes que estão em foco perante o Supremo Tribunal Federal e que têm conexão com emanções transversais serão abordados: a prisão civil por dívida, no caso do depositário infiel e o julgamento da Lei de Anistia.

3.4 Transversalidade na decisão do depositário infiel

Desde o Século III aC, os romanos deliberaram que o devedor respondia perante os seus credores apenas com o seu património. Descartava-se, assim, a execução pessoal do devedor, exceto na hipótese do ressarcimento do delito, o que ainda persiste (AZEVEDO, 1993, p. 18).

A experiência romana, todavia, sucumbiu com a queda daquela Cidade Estado. Durante a história ocidental, a prisão do devedor por dívidas voltou a ser considerada uma prática comum e até mesmo justa, na medida que buscava a execução do princípio do *pacta sunt servanda*, ou do cumprimento dos contratos.

Durante o Século XX, esta situação veio a ter modificação substancial. A Assembleia Geral das Nações Unidas, através do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, em seu art. 11, dispõe que ninguém pode ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também chamada de Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, ratificou este entendimento, ao garantir, no seu art. 7º, que ninguém deve ser detido por dívidas.

O comando, todavia, abria uma exceção. Em virtude da urgência e da natureza dos créditos alimentares, este princípio não limita os mandados, emanados de autoridade judiciária competente, expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação de quem deva pagar alimentos a outrem.

Gonçalves distingue a prisão por dívida da penal, já que para ele aquela não consubstancia uma resposta estatal à prática de infração criminal. Constitui, acrescenta, meio processual de coerção do inadimplente, posto à disposição do Estado, para a execução da dívida. A proibição da prisão civil por dívida foi introduzida, no Direito nacional, pela Constituição de 1934, nada falando as suas antecessoras de 1824 e 1891. Por seu turno, a Carta de 1937 manteve-se silente acerca da matéria, mas as Constituições que se lhe seguiram previram, com

pequena variação redacional, a proibição, permitindo apenas em dois casos: devedor de alimentos e depositário infiel (GONÇALVEZ, 2009, p. 848).

Segundo artigo escrito por Barroso, ainda na década de 1990, a Constituição interditava a prisão por dívida no país, já que a proibia, nos termos do art. 5º, XLVII, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel. Naquela época, arguia o autor que o Supremo Tribunal Federal rejeitava a tese de que a adesão do Brasil, em 1992, à Convenção Americana sobre Direitos Humanos impediria a prisão do depositário, por não haver previsão naquele documento internacional (BARROSO, 2000, p. 93).

É importante ressaltar, como fazem Paulo e Alexandrino, que a figura do depositário infiel surgiu a partir do contrato de depósito, originário do Direito Privado. Nesse contrato, uma pessoa (o depositante) deixa determinada coisa (bem móvel) sob a custódia de outra (o depositário), que deverá devolvê-la quando aquele exigir. Ocorrendo de o depositante, quando acionado a devolver, não se encontrar na posse do bem e oferecê-lo de pronto, estará em situação de infidelidade, podendo ser determinada sua prisão civil (PAULO; ALEXANDRINO, 2009, p 181).

Outra situação peculiar diz respeito à equiparação de depositário infiel daquele que tem um bem gravado com alienação fiduciária em garantia que deixava de devolvê-lo quando inadimplente. O Decreto-Lei n. 911, de 1969, estabelecia no seu art. 4º que se o bem alienado fiduciariamente não fosse encontrado ou não se achasse na posse do devedor, o credor poderia requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito.

Com o advento da Carta Magna de 1988, o citado Decreto-Lei foi recepcionado pelo novo sistema constitucional e as suas severas consequências, no que tange à prisão civil, era aceita pela Jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, embora a Convenção Interamericana rejeitasse tal prática.

Alguns Tribunais regionais passaram a rejeitar a prisão desta modalidade de devedores, sob o argumento de que por ser recepcionado como lei ordinária, em 1992, os mandamentos do Pacto de São José seriam normas posteriores ao Decreto-Lei n. 911, que data de 1969. Exemplo é o julgamento da Apelação n.

2003.001765-8/0000-00, de 2003, emanada pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. No julgado, os desembargadores entenderam que no conflito entre a possibilidade ou não da prisão civil do devedor fiduciário, deve-se utilizar o critério que a lei posterior revoga a anterior, com ela incompatível. No julgado, argumentou-se que ambos diplomas tinham mesmo grau hierárquico (o Decreto-lei teria sido recepcionado pela Carta Magna de 1988 como lei ordinária; a Convenção Americana seria ratificado internamente, em 1992, com igual status normativo) e, por isso, o Pacto de São José persistiria em detrimento do citado Decreto-Lei.

Em semelhante julgado, o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, no Habeas Corpus n. 84.349-2, decidiu que por se consagrar o Pacto de São José da Costa Rica, que reafirmou o princípio segundo o qual ninguém pode ser preso por dívidas, o Brasil, excluiu, do seu ordenamento jurídico, a possibilidade de que o depositário infiel pudesse sofrer restrição na sua liberdade de ir e vir.

No entanto, este não era, à época, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal. No julgamento do Habeas Corpus n. 72.131-RJ, o Ministro Moreira Alves emitiu voto no sentido de determinar que a prisão civil do devedor, na alienação fiduciária em garantia, equiparava-se àquela estampada no art. 5º, XLVII da Lei Maior, já que tal credor era depositário necessário por força de determinação legal. Sem explicar suas razões e adentrar no cerne da transversalidade, o ilustre magistrado apenas aduziu que em nada interferiria na questão o art. 7º, § 7º do Pacto de São José da Costa Rica, mostrando total descaso com este compromisso internacional.

Esta decisão, todavia, não ficou isenta de muita discussão. Segundo o Relator, Ministro Marco Aurélio, era ilegítima a equiparação do contrato de alienação fiduciária regulamentado pelo Decreto-lei 911/69 com o contrato de depósito. Segundo seu entendimento, a alienação fiduciária não é depósito, mas contrato de compra e venda com uma indevida cláusula coercitiva de prisão. O fiduciante, conseqüentemente, não teria o dever de guarda. Para ele, ademais, a ratificação do Pacto de São José da Costa Rica, em 1992, importou na derrogação do Decreto-Lei n. 911/69, dado o seu caráter de lei ordinária posterior.

O Ministro Celso de Mello expôs seus motivos, acolhendo a tese que, inexistia, na perspectiva do modelo constitucional vigente, à época, no Brasil, qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno, especialmente em face das cláusulas inscritas no Carta Magna, eis que a ordem normativa interna não se superpõe, em hipótese alguma, ao que prescreve a Lei Fundamental da República. Obviamente, o magistrado ignorava qualquer raciocínio transversal.

No Recurso Extraordinário n. 206.482-SP, o Ministro Carlos Veloso foi muito crítico quanto à equiparação da condição do depositário infiel estabelecida pela Constituição com a situação do Decreto-Lei n. 911, da alienação fiduciária. Para ele havia ficções: a ficção que leva à falsa propriedade do credor-fiduciário, a ficção do contrato de depósito, em que o devedor é equiparado a depositário, certo que o credor tem, apenas a posse indireta do bem, posse indireta que não passa, segundo ele, de outra ficção. A partir destas ficções, fica o devedor fiduciário sujeito à prisão.

Ele esclarece que a Constituição autorizaria apenas a prisão do depositário infiel, ou seja, daquele que, recebendo do proprietário um certo bem para guardar, se obriga a guardá-lo e devolvê-lo quando o seu titular pedir sua devolução. A prisão não permite a prisão de quem não seja o depositário e, por não sê-lo, não pode ser infiel. Para o Ministro, esta equiparação afrontava a Carta Magna e até mesmo o bom senso.

O debate da questão, entretanto, não foi importante apenas para o julgamento da constitucionalidade ou não do comando contido no Decreto-Lei n. 911, que equiparava a prisão do devedor fiduciante ao depositário infiel. Foi decisiva inclusive para discutir a constitucionalidade da prisão deste depositário, em qualquer hipótese, bem como estabelecer os critérios de validade dos tratados de direitos humanos no Brasil.

No Habeas Corpus n. 90.172-SP, julgado pela Excelsa Corte em 2007, o assunto veio novamente em baila, e o Ministro Gilmar Mendes exarou voto no sentido de que a prisão civil do depositário infiel não mais se compatibiliza com os valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional, que não está mais voltado para si mesmo, mas compartilha com as demais entidades soberanas, em

contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos.

Desta decisão conclui-se que as normas infraconstitucionais devem guardar uma compatibilidade vertical tanto com os tratados de direitos humanos, quanto com a Constituição. Se incompatíveis com a norma humanista internacional, suspende-se sua eficácia, tendo em vista a especialidade desse tipo de norma jurídica. Apesar de não admitir o caráter constitucional, percebe-se o progresso ao colocar os tratados internacionais de direitos humanos num degrau acima da legislação infraconstitucional, realizando o verdadeiro raciocínio transversal.

Este posicionamento foi se consolidando na Excelsa Corte. No julgamento do Habeas Corpus n. 95.967/MS, sob a relatoria da Ministra Ellen Gracie, ficou clara a alteração de orientação jurisprudencial. No caso, os ministros deliberaram que há um caráter especial da Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual foi ratificada sem reservas no sistema jurídico nacional, em 1992. Veio, assim, a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos que vigiam no Brasil antes da Emenda Constitucional n. 45. Preponderou o entendimento que tais documentos internacionais, por tratarem do tema direitos humanos, estariam imediatamente abaixo da Constituição, mas teriam valor supralegal, acima de quaisquer outras normas jurídicas, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior à ratificação. Assim, a solução do caso, não viria pelo critério da temporariedade (norma posterior revoga norma anterior), mas da hierarquia (norma mais elevada no sistema revoga a subalterna, no que contrariar aquela).

De acordo com tal pensamento, os ministros do Supremo Tribunal Federal reconhecem que a Constituição da República de 1988 dispõe de forma diferenciada sobre a atenção dispensada em relação aos tratados relativos a direitos humanos, posto que afirma que direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Tal posição da Constituição encetou uma discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o status dos tratados e convenções internacionais de direitos

humanos, podendo sintetizar-se quatro posições distintas: a) a que reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados e convenções no tocante aos direitos humanos; b) a que concede caráter constitucional a esses diplomas internacionais; c) a que fornece status de lei ordinária a tais tratados e convenções; d) a que atribui caráter supralegal aos tratados e convenções sobre direitos humanos, como já visto.

O Supremo Tribunal Federal em análise ao problema concluiu que a Constituição é sobreposta aos tratados, posto que as Convenções devem ser submetidas à aprovação e à promulgação em conformidade com o processo legislativo que a Carta Magna determina. Se os tratados e convenções se equiparem à Constituição isto seria um elemento perigoso em relação à competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal ao exercer o controle da regularidade formal e do conteúdo material dos diplomas internacionais no que se refere à ordem constitucional brasileira.

A corrente que defende que os tratados de direitos humanos possuem uma estatura constitucional assim se manifesta alegando que o § 2º do art. 5º da Constituição abriu a possibilidade de receber outros direitos enunciados em tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil e ao estabelecer desta forma atribui aos diplomas internacionais desta natureza a mesma hierarquia das normas constitucionais.

Assim, diante de conflitos entre os diplomas internacionais e a Constituição deveria aplicar-se a norma mais favorável à vítima, titular do direito. A tendência atualmente é pelo entendimento que há um “Estado Constitucional Cooperativo”, que não se volta para si mesmo, mas serve de referência para outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade (MENDES, COELHO, BRANCO, 2009, p. 692).

Ficou patente o raciocínio transversal apresentado pelos ministros da Excelsa Corte, que a partir do Recurso Extraordinário n. 466.343/SP, restou consignado que o Supremo Tribunal Federal averbou expressamente a Súmula n. 619, que garantia a possibilidade da prisão do depositário judicial fiduciário, independente de ação própria de depósito.

Em 2009, por unanimidade, o Supremo emitiu novo entendimento, por meio da Súmula Vinculante n. 25, segundo a qual é ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito. Este comando, embora tenha sido suspenso durante o ano de 2010, por resistência do próprio Judiciário, encontra-se em perfeita aplicação, inclusive disponível no sítio eletrônico do Supremo.

Assim, em virtude destes julgados, resta consolidado que os tratados internacionais sobre direitos humanos celebrados pelo Brasil após a Emenda Constitucional n. 45 e que obedeçam a seus critérios, aderem ao Bloco de Constitucionalidade, equiparando-se às emendas constitucionais. Os anteriores, ou mesmo posteriores que venha a ser ratificados sem o rigor lá determinado, têm status de supralegalidade, situando-se hierarquicamente abaixo da Carta Magna, mas acima das leis internas, de sorte que a legislação infraconstitucional, anterior ou posterior à entrada em vigor destes tratados, será revogada.

A Convenção Americana dos Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 1992, torna inaplicável a última parte do art. 5º, LXVII da Constituição da República, no sentido de impedir a prisão civil do depositário infiel, seja em virtude de ação própria de depósito, seja em virtude da conversão automática de depósito no caso do inadimplemento da obrigação fiduciária.

Permanece inalterada a possibilidade de prisão civil do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, prevista na parte inicial do art. 5º, LXVII da Carta da República, já que em todos os casos, o valor maior a ser perseguido é a dignidade da pessoa humana.

3.5. A crise transversal: o caso Araguaia e a Lei de Anistia Brasileira

O princípio da dignidade também deve ser verificado na análise transversal de outro ponto polêmico que há tempos é objeto de debate no Brasil: a anistia, concedida durante o período ditatorial e o direito das vítimas e seus sucessores de terem esclarecidos os fatos horrendos daquela época.

De forma breve, pode-se dizer que a instauração da Ditadura no Brasil se dá com o golpe, de 31 de março de 1964, quando os militares derrubam o governo constitucional de João Goulart, dando início a um período de vinte e um anos de autoritarismo. Após 1968, houve uma radicalização, sendo o período de repressão mais forte o governo Médici. Manteve-se a oposição consentida e moderada, com um parlamento em funcionamento, mas sem poderes. A repressão aos movimentos sociais e a um frágil movimento de guerrilha urbana levaram a um aumento acentuado das vítimas do regime, mortos, desaparecidos ou exilados. (GONZÁLES, 2010, p. 496).

À época, o Brasil não era signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, mas sim da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Por isso, levou-se a conhecimento da Convenção, órgão ligado à Declaração, que o país havia desrespeitado os direitos à vida, à liberdade, à segurança, ao devido processo legal e à proteção contra prisões arbitrárias, em total afronta do que estabelece o art. I, XXV e XXVI da citada Declaração (PIOVESAN, 2002, p. 279).

Alertam Steiner e Trubek que as principais categorias de presos políticos submetidos à tortura incluíam estudantes, intelectuais e representantes da Igreja Católica, já que eram estes que se opunham contra o regime opressor imposto pelos generais (STEINER; TRUBEK, 1971, p. 473).

O movimento destes insurgentes expressava o exercício de um direito de resistência, nos ditames de Gargarella. Para este autor, sempre que o Direito for um instrumento de opressão para manutenção da ordem ou do *status quo*, em verdadeira afronta aos direitos humanos e a dignidade da pessoa humana,

causando alienação legal, é garantida a prerrogativa legítima de resistir, direito inato à condição humana (GARGARELLA, 2005, p. 19).

Esta resistência foi reprimida com muito rigor e violência. Os casos de torturas e assassinatos no Brasil chocaram a opinião pública internacional e fizeram com que o regime militar tivesse que reconsiderar muitas de suas condutas nefastas. A transição brasileira foi larga e controlada, na maior parte do tempo, pelos militares. Um dos passos é dado com a anistia aos exilados, presos políticos e envolvidos com a repressão, pela Lei 6.683, de 1979. Feita ainda em um período no qual os militares controlavam o país, ao contrário de Argentina e Uruguai, serviu para abafar a discussão sobre a repressão nos anos 60 e 70 (GONÇALES, 2010, p. 501).

Em 1979, no governo de João Batista Figueiredo, surge a lei de anistia, cujo objetivo era acelerar a abertura política, iniciando-se o processo de luta pelo direito à verdade. O projeto “Brasil Nunca Mais” surgiu para elaborar um relatório sobre os crimes ocorridos durante o período da ditatória, resultando em 5.000 páginas de relatos de torturas, execuções e desaparecimentos forçados.

Nesta lei, ficavam claros dois objetivos: permitir a reincorporação à vida política dos exilados, cassados e presos políticos e cercear completamente qualquer tentativa de discussão acerca de punições a autoridades envolvidas em atos de terrorismo de Estado – tortura, assassinatos, etc. Buscava ser a “Lei do Ponto Final” brasileira, o que acabou direcionando para a Justiça a discussão sobre o reconhecimento de mortes, desaparecimentos e pedidos de indenização de familiares, ao contrário dos outros países, como a direitos humanos na América Latina.

Para Perrone-Moisés, a justificativa da existência de tais normas é promover a reconciliação nacional e garantir a segurança interna em momentos traumáticos de transição para a Democracia. Necessárias por razões políticas, essas leis impedem que se julguem os inculpadados por crimes como os de tortura, desaparecimento forçado, sequestro e terrorismo de Estado, considerando que esses crimes foram cometidos em períodos de exceção e que, para garantir a

segurança nacional, não deveriam ser levados a julgamento (PERRONE-MOISÉS, 2002, p. 287).

Por outro lado, com as transições democráticas, surge também o anseio, por parte das vítimas, seus familiares e também da sociedade, de que o novo regime político ponha em prática medidas que conduzam à verdade e à justiça. Cabe notar, ainda, que as anistias foram algumas vezes o suporte necessário para que se pudessem estabelecer comissões da verdade ou “tribunais da memória”.

A principal razão da impunidade nos graves crimes de tortura, execução sumária e desaparecimento forçado de cidadãos brasileiros por agentes do Estado durante a ditadura, nos dizeres de Gonzaga e Weichert, é a política de esquecimento e ocultação dessas violações a direitos humanos, estabelecida pelo regime autoritário e aceita pelos governos democráticos (GONZAGA; WEICHERT, 2011, p. 34).

Os autores acrescentam, ainda, que ao fim desses regimes autoritários adotaram-se formas semelhantes de transição com a aprovação das chamadas leis de impunidade, as quais incluem as anistias a agentes públicos e que, após a redemocratização, quase todos os países superaram esses obstáculos, iniciando centenas de processos de responsabilização e instituindo Comissões da Verdade. Argentina, Chile, Uruguai, Peru e muitos outros já trilharam esse caminho, baseados em normas e decisões de tribunais internacionais, emitidas desde o fim da Segunda Guerra Mundial e que, por exemplo, permitem o julgamento dos carrascos nazistas até os dias atuais (GONZAGA; WEICHERT, 2011, p. 35).

Esclarece a autora que a palavra anistia (assim como amnésia) é de etimologia grega *amnestia*, significando esquecimento. Assim sendo, no que tange aos Estados, a anistia é a declaração que um Estado pretende apagar um crime, intervém na norma secundária, tornando-a carente de aplicabilidade. Porém, alerta a autora, é necessário reconstruir e salvar a memória passada, pois as leis de anistia não podem violar outros direitos humanos, além dos que já foram violados quando da atitude criminosa, tais como direito à verdade, o direito à memória e o direito ao luto, este último nos casos de desaparecimentos forçados e no qual se compreende

o “direito de recobrar os restos”, decorrente do respeito jurídico-legal dos corpos das pessoas falecidas (PERRONE-MOISÉS, 2002, p. 289).

Este é o principal objetivo da chamada “Justiça de Transição”: processar aqueles que promovem torturas e assassinatos, revelar a verdade sobre os crimes ocorridos durante o estado de exceção fornecer reparação às vítimas, reformar as instituições perpetradoras de abuso e promover a reconciliação nacional (ZYL, 2009, p. 32).

Há poucos anos, todavia, teve início no Brasil um modesto movimento em prol desta “justiça”, com a propositura de algumas ações por familiares e pelo Ministério Público Federal, visando a responsabilização cível e criminal de agentes públicos. Essas medidas dividiram o governo e estimularam o debate sobre a validade ou não da Lei de Anistia como causa de impunidade para agentes do Estado.

Por estas razões que a Ordem dos Advogados do Brasil propôs perante o Supremo Tribunal Federal, em 2010, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153, pedindo que a Lei n. 6.683, de 1979, também chamada Lei de Anistia, fosse declarada não recepcionada pela Constituição da República de 1988, alegando que os crimes de tortura praticados durante a Ditadura bem como os conexos a eles, eram imprescritíveis e seus agentes deveriam ser processados judicialmente.

Esta arguição não foi procedente. De todos os votos, destaca-se o Ministro Peluso, que sustentou profunda aversão por todos os crimes praticados, desde homicídios, sequestros, tortura e outros abusos – não apenas pelo perpetrado pelos militares brasileiros, mas pelos regimes de exceção de todos os lugares e de todos os tempos. No entanto, para o Ministro, a ação citada não tratava da reprovação ética dessas práticas, mas apenas propunha a avaliação do artigo 1º, §§ 1º e 2º da Lei de Anistia e da sua compatibilidade com a Carta Constitucional de 1988. Ele avaliou que a anistia aos crimes políticos é, sim, estendida aos crimes “conexos”, como diz a lei, e esses crimes são de qualquer natureza. Para o presidente da Corte, a Lei de Anistia transcende o campo dos crimes políticos ou praticados por motivação política.

O Ministro Peluso, em seu voto, considerou que a Lei de Anistia atende à regra consagrada no art. 8º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, já que a Magna Carta de 1988 dispõe sobre a anistia a vítimas de perseguição política, a partir de 1946. Além disso, para ele, a ação não trata do chamado “direito à verdade histórica”, porque há como se apurar responsabilidades históricas sem modificar a Lei de Anistia, que para ele é fruto de um acordo de quem tinha legitimidade social e política para, naquele momento histórico, celebrá-lo.

Teceu, ao final, críticas à propositura da ação pela Ordem dos Advogados do Brasil, já que disse não entender por que a Ordem, 30 anos depois de exercer papel decisivo na aprovação da Lei de Anistia, revê seu próprio juízo e refaz seu pensamento numa consciência tardia de que essa norma não corresponde à ordem constitucional vigente. Finalmente, Peluso classificou a demanda do órgão de classe de imprópria e estéril porque, caso a arguição fosse julgada procedente, ainda assim não haveria repercussão de ordem prática, já que todas as ações criminais e cíveis estariam prescritas, já que tinham se passado 31 anos da sanção da lei.

Desta feita, quando o Supremo Tribunal Federal decidiu pelo perdão aos torturadores e autores de outros graves crimes praticados em nome da repressão política, essa decisão foi acatada pelas demais instâncias judiciais e pelo Ministério Público. Pedidos de investigação foram arquivados e nenhuma outra iniciativa de cunho criminal foi adotada. Até mesmo em processos cíveis os juízes consideraram que a decisão da Corte Excelsa impedia o desenvolvimento da ação e a apuração dos fatos. Desse modo, o Brasil permaneceu como um caso isolado e destoante de ausência de responsabilização de violações aos direitos humanos pelas ditaduras (GONZAGA; WEICHERT, 2011, p. 35).

A Ordem dos Advogados do Brasil, todavia, não se contentou com a decisão. Por isso, ajuizou na Corte Excelsa a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 158, contra dispositivos da Lei 10.599, de 2002, outra norma que dá anistia política. Em seus argumentos, alega a Ordem que o regime dos anistiados políticos, criado pelo artigo 1º da lei em exame estabelece discriminações injustificadas e inconstitucionais entre anistiados políticos e os demais servidores públicos. Isso porque não existem diferentes regimes jurídicos aplicáveis a classes distintas de anistiados. Dessa forma, prossegue a Ordem, o

regime jurídico do anistiado político – único, incindível e abrangente –, deve garantir aos servidores públicos afastados do serviço público por ato praticado com motivação política, os mesmos direitos, vantagens e benefícios atribuídos aos demais membros de sua carreira.

Ademais, a Ordem dos Advogados diz que precisa ficar claro o entendimento de que o artigo 16 da citada lei não pode impossibilitar a concessão de benefícios a todos, independentemente da lei vigente ao tempo em que foi reconhecida a condição de anistiado, além de outros direitos concedidos por diplomas legais anteriores, desde que vigentes e não revogados por legislação mais recente.

Aduz, ainda, que o Alto Comando das Forças Armadas e a Comissão de Anistia, criada pela Lei 10.559/02, têm interpretado equivocadamente a legislação, como se houvesse regimes diferenciados em relação aos militares anistiados. Com isso, vários benefícios assegurados ordinariamente aos militares e seus dependentes estão sendo negados, sob o pálido argumento de que haveria um regime jurídico próprio, e mais restrito, aplicado apenas aos anistiados políticos.

Embora não tenha se manifestado sobre esta última ação, parece que o seu julgamento caminha ao mesmo fim da Arguição n. 153, já que a exposição dos fatos e do direito em ambas é muitíssimo parecida. O Supremo Tribunal Federal, assim consolida seu entendimento que a anistia promovida pelas citadas leis encontram respaldo na ordem constitucional interna brasileira.

Ocorre, todavia, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos recentemente condenou o Estado brasileiro pelo desaparecimento de cerca de 70 pessoas, entre os anos de 1972 e 1974, na região conhecida como Araguaia.

O caso, conhecido como “Guerrilha do Araguaia”, se deu com o assassinato de militantes do Partido Comunista do Brasil, que objetivavam uma revolução socialista no país, a partir do campo. Na época, a violência das ações militares de repressão foram escondidas, tanto em nível nacional quanto internacional.

Pela primeira vez, o Estado brasileiro é condenado por crimes cometidos durante aquela época, o que deixa clara a intenção do órgão interamericano de proteção dos direitos humanos de que nenhum desrespeito a tais imemoriáveis direitos pode ficar impune, nem mesmo quando sustentado por norma interna, como a Lei n. 6.683, de 1979.

O processo na Organização dos Estados Americanos reconheceu tanto a responsabilidade do governo brasileiro da época pelo desaparecimento forçado das vítimas quanto a situação de impunidade, que se estende por mais de 30 anos, e a falta de esclarecimento e investigação destes crimes.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou, desta sorte, que os agentes responsáveis pelos desaparecimentos, na maioria militares em nome do Estado, fossem investigados, processados e sancionados, decidindo que a Lei de Anistia não pode ser utilizada como escudo para proteger ex-agentes da ditadura, muitos deles ainda na ativa e garantidos pela norma da impunidade.

O órgão internacional aduziu, ainda, que o Estado violou e ainda viola o direito à justiça ao deixar de investigar os crimes, ferindo uma obrigação internacional a que está submetido, já que as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação de crimes como os do caso Araguaia. Assim, a Corte estabeleceu que a interpretação e aplicação da Lei de Anistia estão em desacordo com o direito internacional.

Como se percebe, essa sentença contraria posicionamento do Supremo, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153, já referida, que decidiu pela plena vigência da Lei de Anistia no ordenamento jurídico brasileiro.

Os ministros saíram em defesa da decisão proferida em abril: para o ministro Cezar Peluso, a sentença da corte baseada em São José, na Costa Rica, não muda a decisão tomada pelo tribunal que preside. Para ele, a decisão não revoga, não anula a decisão do Supremo. Já o ministro Marco Aurélio afirma que o

direito interno, pautado pela Constituição Federal, deve sobrepor-se ao direito internacional e que a decisão da Corte ligada à Organização dos Estados Americanos tem eficácia apenas política e que não tem concretude como título judicial.

Para os ministros, ademais, o Estado brasileiro não promoveria a impunidade ou o desrespeito dos direitos das vítimas da Ditadura, tanto que promulgou a Lei 9.140, de 4 de dezembro de 1995, em atenção aos familiares daqueles que a partir do advento da lei, seriam reconhecidos oficialmente como mortos pela repressão do Estado Militar.

Tal dispositivo previu o pagamento de indenização aos familiares. Há discordância entre o Governo e alguns grupos de direitos humanos, que consideram necessário esclarecer também as circunstâncias em que se deram as mortes, como decorrência de um direito à verdade.

Grandes controvérsias também ocorreram no momento de julgar os casos individuais, pois os militares não concordavam com a indenização a famílias de indivíduos considerados “terroristas” e “desertores”, como Carlos Lamarca, bem como em relação à situação em que a morte se deu, pois as indenizações se destinam aos que foram mortos sob a tutela do Estado e as versões oficiais normalmente alegavam a morte após combate armado (GONZÁLEZ, 2010, p. 502).

Assim, percebe-se uma verdadeira crise transversal. De um lado, a posição da Corte Constitucional brasileira, que aduz que as leis de anistia se compatibilizam com o direito interno brasileiro. De outro, uma decisão de uma Corte internacional, a qual o Brasil expressamente se submete à jurisdição, que determina a suspensão dos efeitos da citada lei no território nacional, dando ensejo a uma discussão sobre os fatos até então sob o pálio da anistia.

A tendência é considerar que a anistia interna não produziria efeitos na ordem internacional, portanto, não poderia se impedir que do ponto de vista do direito internacional uma lei de anistia interna fosse desconsiderada, posto que os Estados têm de investigar e punir graves violações de direitos humanos cometidas em regimes anteriores (PERRONE-MOISÉS, 2002, p. 292).

Quanto à validade de leis de anistia positivadas pela Argentina e Uruguai, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos alcançou uma conclusão parecida em dois casos, ao considerar que as leis de anistia, que impediam a punição de pessoas responsáveis por crimes como o desaparecimento, tortura e assassinato político, eram incompatíveis com a Convenção Americana (PERRONE-MOISÉS, 2002, p. 293).

A Organização das Nações Unidas já procurou soluções para a impunidade que ocorreu em relação aos crimes cometidos na América Latina, desde seus primeiros anos de funcionamento. Porém, é a partir do Pós-segunda Guerra Mundial que se iniciam os esforços em levar aos tribunais os responsáveis de pelos crimes internacionais. A Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, de 1948, normatiza que se levassem tais criminosos a julgamento pelo Tribunal do Estado onde ocorreu o crime, devendo tais países estabelecer sanções para punir os inculpadados de genocídio. A Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade, de 1968, tem um papel importantíssimo, ao prescrever que os criminosos da Segunda Guerra não ficassem sem punição devido ao transcurso do tempo (PIOVESAN, 2002, p. 278).

A postura unilateral dos Ministros do Supremo Tribunal Federal revela um revés na postura da Corte quanto à tutela dos direitos humanos e o princípio da dignidade da pessoa humana. É notório que as famílias das vítimas e a sociedade em geral têm a necessidade de saber os métodos utilizados durante a ditadura e a localização dos desaparecidos, iniciando-se perante os tribunais, demandas que se baseiam no direito à verdade, com base no direito internacional dos direitos humanos, em suas convenções internacionais, doutrina e jurisprudências.

O direito ao esclarecimento dos fatos, destarte, é ponto essencial para que se esclareçam os fatos e se tente superar os traumas causados durante os períodos de exceção. Por esse motivo, imprescindível que seja criada, como se pretende por esforços do Poder Executivo brasileiro, uma “comissão da verdade”, instrumento para apurar as mazelas durante a ditadura.

A Ministra dos Direitos Humanos, Maria do Rosário Nunes, em recente entrevista, traçou algumas pretensões com a Comissão. Para ela, os integrantes da

comissão terão a função de promover o esclarecimento circunstanciado dos casos de tortura, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáver, ainda que a autoria tenha ocorrido no exterior. Prevê ainda a função de identificar os locais, públicos ou privados, onde essas violações de direitos humanos ocorreram. A comissão poderá receber testemunhas, informações, dados e documentos. Ela pode requisitar a documentação, quando esses dados não forem enviados voluntariamente. Ela pode convocar pessoas para depoimentos, pode realizar perícias para coletas e recuperação de documentos. Enfim, vai ter atribuições muito amplas (LIRIO, 2011, p. 31).

A Organização dos Estados Americanos, estabelece que os Estados membros têm a obrigação de respeitar e garantir o pleno e livre exercício dos direitos humanos previstos no art. 1º da Convenção Americana, garantindo a plenitude do acesso aos fatos e promoção dos meios e instrumentos para consagração destes direitos.

Ao aduzir que a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos não têm validade em território nacional, os Ministros contradizem seus próprios julgados, como nos casos estudados (referentes aos devedores de alimentos), bem como julgam contrario sensu às determinações estampadas nos art. 4º, parágrafo único, art. 5º, § 2º ambos da Constituição e art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

O direito internacional tem sido a base para a busca da verdade, visando o fim da impunidade no que tange às graves violações dos direitos humanos, que ocorreram nos regimes militares da América Latina. As normas de direito internacional têm prevalecido sobre as regras dos Estados em particular.

As ações de organizações internacionais, como a Organização das Nações Unidas e a Organização dos Estados Americanos, contribuem de forma intensa, ao desenvolverem e fortalecerem o direito quanto aos direitos humanos.

O Supremo Tribunal Federal deverá promover um raciocínio transversal que possa permitir o cumprimento da decisão do órgão internacional no Brasil, já que o direito à verdade e o direito ao luto são direitos humanos fundamentais,

devendo ser garantidos pelos sistemas jurídicos internos e pelo direito internacional, tendo em vista que colaboram de forma eficaz para combater as atrocidades que ocorrem em regimes onde a Democracia não se encontra presente e primando pelo estabelecimento do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

CONCLUSÕES

As transformações globais nos transportes, comunicações e informática enfraqueceram as fronteiras do Estado-nação, da mesma sorte que o fez o canhão em relação às muralhas das Cidades-Estado medievais. E, como na referida época, novas instituições e órbitas de poder surgiram na seara política, desta vez criando novos centros de poder, não necessariamente estatais.

A ideia de soberania traçada na Idade Moderna não se aplica mais de maneira absoluta e os Estados não gozam das mesmas prerrogativas de supremacia e independência que gozaram outrora. Ao contrário, progressivamente, os poderes estatais vão se esvaziando frente a entidades internacionais que praticam ingerência em questões de ordem das políticas públicas, como é o caso das cortes de proteção aos direitos humanos, a exemplo do Tribunal Penal Internacional, da Corte Interamericana dos Direitos Humanos e do MERCOSUL.

O reconhecimento dos direitos humanos, em nível global, é uma conquista social sem precedentes, e a sua proteção por órgãos internacionais não pode ser descartada pelas legislações internas, sobre o pretexto de assegurar a soberania interna, a qual deve ter uma visão voltada à tutela do ser humano e das suas potencialidades.

Inobstante as várias críticas feitas quanto ao Globalismo e às repercussões que tal fenômeno incute nas economias regionais e locais, é inegável que o maior intercâmbio entre as pessoas, meios de comunicações e, conseqüentemente, entre os sistemas jurídicos, promoveu uma onda democratizante em alguns regimes até então fadados ao arbítrio e à tirania, que agora devem respeito a condição mínima de vida para seus cidadãos.

Os sistemas jurídicos, por esta razão, não podem ficar alheios a estas transformações e interações. Assim, suas legislações devem estar preparadas para implementar decisões que advenham de outras órbitas jurídicas estatais quanto de organismos internacionais, como cortes e tribunais, os quais os Estados tenham ratificado sua adesão.

Cabe às Constituições, desta feita, promover o papel heroico de proteção aos direitos humanos e a integração dos sistemas jurídicos, seja por meio de única constituição que possa servir a um bloco ou comunidade de nações, por meio do Interconstitucionalismo, seja por meio de normas e dispositivos constantes nos seus textos que propiciem um diálogo entre os mais variados regimes, o que ilustra o Transconstitucionalismo.

O transconstitucionalismo contribui para a formação de um raciocínio transversal, isto é, um instrumento de diálogo à disposição dos aplicadores do Direito e que serve de parâmetro para que decisões que envolvam questões complexas como possíveis antinomias entre julgados provenientes do direito interno e externo possam ser resolvidas com facilidade.

Não foi por outra razão que a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, incluiu os tratados internacionais de direitos humanos à categoria de normas constitucionais, desde que ratificados com quórum de votação idêntico ao exigido pelas emendas. Esta modificação, no entanto, embora possa parecer um avanço, mostrou-se ineficaz pois impõe restrições e um procedimento anacrônico e ainda muito mais burocrático para que tratados e convenções, livremente ratificados pelo Estado brasileiro possam a ter o merecido *status* no sistema nacional.

Foi por meio desta análise transversal que o Supremo Tribunal Federal brasileiro, reconheceu a validade do Pacto de São José da Costa Rica no ordenamento brasileiro, e da sua ordem proibitória de prisão civil do depositário infiel, inobstante regra expressa em contrário, prevista na Carta Magna de 1988.

Este exemplo deixa claro que o Transconstitucionalismo, como proposto, é um meio de concílio e harmonização, utilizando-se das Constituições para promover

a tutela de valores mais elevados na comunidade internacional, como a justiça e a dignidade da pessoa humana.

No entanto, esta visão ampla e transversal ainda é uma exceção. O que se percebe, especialmente por parte dos Tribunais pátrios no julgamento de questões relativas à direitos humanos e à dignidade da pessoa humana, é uma resistência à aplicação das decisões emanadas de órgãos internacionais, sob o argumento da soberania nacional e da impossibilidade de ingerência estrangeira no Direito brasileiro.

Exemplo desta afirmação é o atual dilema jurisprudencial que se encontra a Excelsa Corte brasileira, que considerou constitucionais as normas relativas à anistia dos crimes praticados durante a ditadura militar, inobstante condenação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que determinou que o país deverá processar, julgar e punir os criminosos que cometeram as atrocidades durante o período de exceção.

O cumprimento dessa decisão é obrigatório e deve representar um dos mais expressivos passos do Estado brasileiro na eliminação de resíduos autoritários e na afirmação dos direitos humanos como um valor essencial na sociedade. Não cuida, apenas, de reparar direitos fundamentais das vítimas da ditadura militar, mas também de demonstrar à população que nossas instituições públicas respeitam os compromissos assumidos perante a Organização dos Estados Americanos e a Organização das Nações Unidas. Esse reconhecimento da autoridade dos organismos internacionais fortalece, para o futuro, a proteção à integridade e à dignidade dos cidadãos.

Importante ressaltar que cumprir a decisão desta Corte não implica em desrespeito ao Supremo Tribunal Federal ou enfraquecer a soberania. Isso porque o Brasil voluntariamente aderiu à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e vinculou-se à Corte, atendendo à nossa Constituição de 1988, que ordenou a filiação do Brasil a tribunais internacionais de direitos humanos (artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

Para recusar a autoridade da Corte seria indispensável existir alguma irregularidade nos atos de adesão praticados pelo presidente da República e o Congresso Nacional, o que não ocorreu. Outro caminho para justificar o seu descumprimento, seria o Supremo Tribunal Federal declarar inconstitucional o artigo 68.1 da Convenção, o qual estabelece que os Estados-Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.

Nessa hipótese, o País teria de sair do sistema interamericano de defesa dos direitos humanos, enveredando por um retrocesso sem precedentes. Seria a negação de toda a sua política externa e da própria Constituição, que determinou a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais. Não há, pois, outro caminho senão o cumprimento da sentença e a promoção de efetiva justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Conferência Inaugural do XXII Simpósio Nacional de Direito Tributário in Imunidades Tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

AZEVEDO, A. V. **Prisão civil por dívida**. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1993.

BARBIERI, Carla Bertucci; QUEIROZ, José Guilherme Carneiro Queiroz. **Da necessária construção de um constitucionalismo regional no âmbito do mercosul** in PIOVESAN, Flávia (org.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional*. São Paulo: Max Limonade, 2002, p. 409 - 446.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Eficácia e efetividade do direito à liberdade** in MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. *Arquivos de direitos humanos*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 81-100.

BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismo. Respostas à Globalização**. Tradução André Carone, São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

_____. **Dicionário de política**. 6 ed. Brasília: Ed. da UnB, 1994.

_____. **Teoria geral da política**. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 484.

BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BUERGENTHAL, Thomas. **The inter-american system for the protection of human rights** in MERON, Theodor. *Human rights in the international law*. Oxford: Claredon Press, 1984.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAMPILONGO, Celso. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos** in *Boletim da sociedade brasileira de direito internacional*, n. 84/86, maio de 1993, p. 49 e 50.

_____. **A proteção internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI** in *Desafios do direito internacional contemporâneo*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007, p. 2009.

_____. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Vol. 3, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2003.

CANOTILHO, J. J. GOMES. **“Brancosos” e interconstitucionalismo: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1980.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. **Rever ou romper com a constituição dirigente? defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo** in *Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 15, 1998.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional didático**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CASELA, Paulo Borba. **Direito internacional dos espaços**. São Paulo: Atlas, 2009.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**. São Paulo: Forense, 2010.

CITTADINO, Gisele. 2000. **Pluralismo, direito e justiça distributiva. Elementos da filosofia constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COTTERREL, Roger B. M. Émilie Durkheim: **Law in a moral domain**. Califórnia: Stanford University, 1999.

CUNHA, Guilherme da. **As dimensões política e humanitária da criação do tribunal penal internacional** in *Revista do conselho da justiça federal*, n. 11, Brasília, mai./ ag. 2000.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Filosofia do direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FARIAS, Edilson. **Liberdade de expressão e comunicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA, Gustavo Sampaio Telles. **A conferência de roma de 1998 e o tribunal penal internacional** in MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. *Arquivos de Direitos Humanos*. Vol. 1, São Paulo: Renovar, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

FISCHER, Bernhard. **Globalization and the competitiveness of regional blocs** in *Intereconomics*. Vol. 33. Berlin: Springer Berlin. julho e agosto, 1998, p. 164-170.

FIX-ZAMUDIO, Hector. **Proteccion jurídica de los derechos humanos**. Ciudad de México: Comission nacional de derechos humanos, 1992.

FOUCAULT, Michel. **Diante dos governos, os direitos do homem** in *Revista direito, estado e sociedade*. Rio de Janeiro: Departamento de Ciências Jurídicas da PUC, v. 2, jan-julho, 1993, p. 56 - 87.

FRIEDE, Roy Reis. **Limites da soberania nacional no cenário internacional** in *Revista forense*, Vol. 322, abril/jun, 1989.

GALGANO, Francesco. **La globalizzazione nello specchio del diritto**. Bolonha: Il Mulino, 2005.

_____. **Le nuove regole del mercato finanziario**. Verona: Cedam, 2009.

GARGARELLA, Roberto. **El derecho de resistência**. Buenos Aires: Miño e Dávila, 2005.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à convenção americana sobre direitos humanos**. São Paulo: RT, 2008.

GONÇALVES, Joanisval Brito. **Tribunal de nuremberg: 1945-1946**. São Paulo: Renovar, 2001.

GONZAGA, Eugênia Augusta; WEICHERT, Marlon Alberto. **O brasil promoverá justiça?** in *Carta Capital*, ano XVI, n. 640, 6 abril, 2011, p. 34-37.

GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf. **Direitos humanos na américa latina: transições inconclusas e a herança das novas gerações** in RUBIO, David Sanches; HERRERA FLORES, Joaquim; CARVALHO, Salo (org). *Direitos humanos e globalização. Fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Porto Alegre: Edipucs. 2010.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991.

_____. **O Estado-nação e a violência**. São Paulo: EDUSP, 2001.

GUSKOW, Miguel. **O tribunal penal internacional e os problemas futuros a enfrentar em relação à soberania nacional** in *Tribunal penal internacional: universalização da soberania*. Brasília: Câmara dos Deputados. 2000.

JELLINEK, Georg. **Teoria general del Estado**. Buenos Aires: Albatroz, 1954.

HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **A era das transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HAURIOU, Maurice. **Principios de Derecho Público y Constitucional**. Granada: Editorial Comares, 2003.

HERRERA FLORES, Joaquín. **Teoria crítica dos Direitos Humanos. Os direitos humanos como produtos culturais**. São Paulo: Lúmen Júris, 2005.

KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Porto Alegre; São Paulo: L&PM, 1989.

KELSEN, Hans. **Teoria do Estado e do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KRIELE, Martin. **Introdução à teoria do Estado**. Porto Alegre: Fabris, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LIMA, Renata Montovani; BRINA COSTA, Marina Martins. **O tribunal penal internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

LIRIO, Sérgio. **Uma comissão da verdade** in *Carta capital*, ano XVI, n. 640, 6 abril, 2011, p. 34.

MAYNEZ, Eduardo Garcia. **Introducción al estudio del derecho**. México: Porrúa, 1974.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártir; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito constitucional internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MIRANDA, Jorge de. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1983.

MÜLLER, Jan. **Carl Schmitt and the Constitution of Europe**, in *Cardozo Law review*, vol. 21, no. 6, 2000, p. 1777/1795.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Gen, 2009.

PAULO, Vicente; ALEXANRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. São Paulo: Método. 2009.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Leis de anistia face ao direito internacional: “desaparecimentos” e “direito à verdade”** in PIOVESAN, Flávia (org.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional*. São Paulo: Max Limonade, 2002, p. 285-306.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonade, 1993.

_____. **Princípio da complementaridade e soberania.** in *Revista do conselho da justiça federal*, n. 11, Brasília, mai/agosto, 2000.

_____. **Temas de direitos humanos.** São Paulo: Max Limonad, 2003.

PITANGUY, Jacqueline; HERINGER, Rosana. **Direitos humanos no mercosul** in *Cadernos fórum civil*. Ano 3. Vol. 4. Rio de Janeiro: Secretaria do fórum da sociedade civil nas Américas, 2001.

POGREBINSCHI, James Cavallaro. **Rumo à exigibilidade internacional dos direitos econômicos, sociais e culturas nas américas: o desenvolvimento da jurisprudência do sistema interamericano** in PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional*. São Paulo: Max Limonade, 2003, p. 669-684.

RAMOS, André Carvalho. **Direitos humanos e mercosul** in *MERCOSUL: integração regional e globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e implementação das decisões no Brasil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REALE, Miguel. **Horizontes do Direito e da História.** São Paulo: Saraiva, 1977.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público.** 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Direito dos tratados.** Rio de Janeiro : Forense, 1984

RIFKIN, Jeremy. **O sonho europeu.** São Paulo: Mbooks, 2005.

SABOIA, Gilberto Vergne. **União européia, mercosul e a proteção dos direitos humanos** in *Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional*. São Paulo: Max Limonade, 2003, p. 163-172.

SALDANHA, Nelson. **Direitos Humanos: Considerações Históricas – críticas** in MELLO, Celso D. de Albuquerque e TORRES, Ricardo Lobo. *Arquivos de Direitos Humanos*, São Paulo: Renovar, 1999, p. 115 -117.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Por uma concepção multicultural dos direitos humanos** in *Revista crítica de ciências sociais*. V. 48, junho, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHIMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, Roberto Luiz. **Direito Internacional Público**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SOARES, Guido F. S. **União européia, mercosul e a proteção dos direitos humanos** in *Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional*. São Paulo: Max Limonade, 2003, p. 121-162.

STEINER, Henry J.; TRUBEK, David M. **Brazil: all the powers to the generals** in *Foreign Affairs*. Nova Iorque: Concill of foreing relations. Abril, 1971.

STEINER, Sylvia Helena. **Tribunal Penal Internacional** in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 28, out-dez, 1999, p. 208-218.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

STIGLITZ, Joseph. **Globalização: como dar certo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SUNDFELD, Carlos; VIEIRA, Oscar Vilhena. (org.). **Direito global**. São Paulo: Max Limonade, 1999.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (coord). **Reforma do judiciário: analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005.

TEUBNER, Gunter. **O Direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

TRAVIESO, Juan Antonio. **Derechos humanos y derecho internacional**. Buenos Aires: Heliasta, 1990.

VELOSO, Flávio Marcondes. **Tribunal internacional de justiça: caminho para uma nova comunidade**. Lorena: Stiliano, 1999.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos da história do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madrid: Trotta, 2009.

_____. **El juez constitucional en el siglo XXI** in *Revista iberoamericana de derecho procesal constitucional*, núm. 10, jul-dez, 2008.

ZYL, Paul van. **Promovendo a justiça de transição em sociedades pós-conflito** in *Revista da anistia política e justiça de transição*. V. 01, Brasília, jan. jul. 2009.

ANEXO 1. EXTRADIÇÃO N. 633

E M E N T A: EXTRADIÇÃO - REPÚBLICA POPULAR DA CHINA - CRIME DE ESTELIONATO PUNÍVEL COM A PENA DE MORTE - TIPIFICAÇÃO PENAL PRECÁRIA E INSUFICIENTE QUE INVIABILIZA O EXAME DO REQUISITO CONCERNENTE À DUPLA INCRIMINAÇÃO - PEDIDO INDEFERIDO. PROCESSO EXTRADICIONAL E FUNÇÃO DE GARANTIA DO TIPO PENAL. - O ato de tipificação penal impõe ao Estado o dever de identificar, com clareza e precisão, os elementos definidores da conduta delituosa. As normas de incriminação que desatendem a essa exigência de objetividade - além de descumprirem a função de garantia que é inerente ao tipo penal - qualificam-se como expressão de um discurso normativo absolutamente incompatível com a essência mesma dos princípios que estruturam o sistema penal no contexto dos regimes democráticos. O reconhecimento da possibilidade de instituição de estruturas típicas flexíveis não confere ao Estado o poder de construir figuras penais com utilização, pelo legislador, de expressões ambíguas, vagas, imprecisas e indefinidas. É que o regime de indeterminação do tipo penal implica, em última análise, a própria subversão do postulado constitucional da reserva de lei, daí resultando, como efeito consequencial imediato, o gravíssimo comprometimento do sistema das liberdades públicas. A cláusula de tipificação penal, cujo conteúdo descritivo se revela precário e insuficiente, não permite que se observe o princípio da dupla incriminação, inviabilizando, em consequência, o acolhimento do pedido extradicional. EXTRADIÇÃO E RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS. - A essencialidade da cooperação internacional na repressão penal aos delitos comuns não exonera o Estado brasileiro - e, em particular, o Supremo Tribunal Federal - de velar pelo respeito aos direitos fundamentais do súdito estrangeiro que venha a sofrer, em nosso País, processo extradicional instaurado por iniciativa de qualquer Estado estrangeiro. O fato de o estrangeiro ostentar a condição jurídica de extraditando não basta para reduzi-lo a um estado de submissão incompatível com a essencial

dignidade que lhe é inerente como pessoa humana e que lhe confere a titularidade de direitos fundamentais inalienáveis, dentre os quais avulta, por sua insuperável importância, a garantia do *due process of law*. Em tema de direito extradicional, o Supremo Tribunal Federal não pode e nem deve revelar indiferença diante de transgressões ao regime das garantias processuais fundamentais. É que o Estado brasileiro - que deve obediência irrestrita à própria Constituição que lhe rege a vida institucional - assumiu, nos termos desse mesmo estatuto político, o gravíssimo dever de sempre conferir prevalência aos direitos humanos (art. 4º, II).

EXTRADIÇÃO E DUE PROCESS OF LAW. O extraditando assume, no processo extradicional, a condição indisponível de sujeito de direitos, cuja intangibilidade há de ser preservada pelo Estado a quem foi dirigido o pedido de extradição. A possibilidade de ocorrer a privação, em juízo penal, do *due process of law*, nos múltiplos contornos em que se desenvolve esse princípio assegurador dos direitos e da própria liberdade do acusado - garantia de ampla defesa, garantia do contraditório, igualdade entre as partes perante o juiz natural e garantia de imparcialidade do magistrado processante - impede o válido deferimento do pedido extradicional (RTJ 134/56-58, Rel. Min. CELSO DE MELLO). O Supremo Tribunal Federal não deve deferir o pedido de extradição, se o ordenamento jurídico do Estado requerente não se revelar capaz de assegurar, aos réus, em juízo criminal, a garantia plena de um julgamento imparcial, justo, regular e independente. A incapacidade de o Estado requerente assegurar ao extraditando o direito ao *fair trial* atua como causa impeditiva do deferimento do pedido de extradição.

EXTRADIÇÃO, PENA DE MORTE E COMPROMISSO DE COMUTAÇÃO. - O ordenamento positivo brasileiro, nas hipóteses em que se delineia a possibilidade de imposição do *supplicium extremum*, impede a entrega do extraditando ao Estado requerente, a menos que este, previamente, assuma o compromisso formal de comutar, em pena privativa de liberdade, a pena de morte, ressalvadas, quanto a esta, as situações em que a lei brasileira - fundada na Constituição Federal (art. 5º, XLVII, a) - permitir a sua aplicação, caso em que se tornará dispensável a exigência de comutação. O Chefe da Missão Diplomática pode assumir, em nome de seu Governo, o compromisso oficial de comutar a pena de morte em pena privativa de liberdade, não necessitando comprovar, para esse efeito específico, que se acha formalmente autorizado pelo Ministério das Relações Exteriores de seu País. A Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas - Artigo 3º, n. 1, "a" - outorga à Missão

Diplomática o poder de representar o Estado acreditante ("État d'envoi") perante o Estado acreditado ou Estado receptor (o Brasil, no caso), derivando, dessa eminente função política, um complexo de atribuições e de poderes reconhecidos ao agente diplomático que exerce a atividade de representação institucional de seu País. NOTA DIPLOMÁTICA E PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. A Nota Diplomática, que vale pelo que nela se contém, goza da presunção juris tantum de autenticidade e de veracidade. Trata-se de documento formal cuja eficácia jurídica deriva das condições e peculiaridades de seu trânsito por via diplomática. Presume-se a sinceridade do compromisso diplomático. Essa presunção de veracidade - sempre ressalvada a possibilidade de demonstração em contrário - decorre do princípio da boa fé, que rege, no plano internacional, as relações político-jurídicas entre os Estados soberanos. VALIDADE DO MANDADO DE PRISÃO EXPEDIDO POR REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO ESTRANGEIRO REQUERENTE. - O ordenamento positivo brasileiro, no que concerne aos processos extradicionais, não exige que a ordem de prisão contra o extraditando tenha emanado, necessariamente, de autoridade estrangeira integrante do Poder Judiciário. Basta que se cuide de autoridade investida, nos termos da legislação do próprio Estado requerente, de atribuição para decretar a prisão do extraditando. Precedente.

Decisão

Por votação unânime, o Tribunal indeferiu o pedido de extradição.

Votou o Presidente. Falou: pelo Governo requerente, o Dr. Luiz Freitas Pires de Saboia e, pelo extraditando, o Dr. Airton Esteves Soares. Plenário, 28.08.96.

ANEXO 2 – EXTRADIÇÃO N. 855

E M E N T A: EXTRADIÇÃO - ATOS DELITUOSOS DE NATUREZA TERRORISTA - DESCARACTERIZAÇÃO DO TERRORISMO COMO PRÁTICA DE CRIMINALIDADE POLÍTICA - CONDENAÇÃO DO EXTRADITANDO A DUAS (2) PENAS DE PRISÃO PERPÉTUA - INADMISSIBILIDADE DESSA PUNIÇÃO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO (CF, ART. 5º, XLVII, "B") - EFETIVAÇÃO EXTRADICIONAL DEPENDENTE DE PRÉVIO COMPROMISSO DIPLOMÁTICO CONSISTENTE NA COMUTAÇÃO, EM PENAS TEMPORÁRIAS NÃO SUPERIORES A 30 ANOS, DA PENA DE PRISÃO PERPÉTUA - PRETENDIDA EXECUÇÃO IMEDIATA DA ORDEM EXTRADICIONAL, POR DETERMINAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - IMPOSSIBILIDADE - PRERROGATIVA QUE ASSISTE, UNICAMENTE, AO PRESIDENTE DA REPÚBLICA, ENQUANTO CHEFE DE ESTADO - PEDIDO DEFERIDO, COM RESTRIÇÃO. O REPÚDIO AO TERRORISMO: UM COMPROMISSO ÉTICO-JURÍDICO ASSUMIDO PELO BRASIL, QUER EM FACE DE SUA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO, QUER PERANTE A COMUNIDADE INTERNACIONAL. - Os atos delituosos de natureza terrorista, considerados os parâmetros consagrados pela vigente Constituição da República, não se subsumem à noção de criminalidade política, pois a Lei Fundamental proclamou o repúdio ao terrorismo como um dos princípios essenciais que devem reger o Estado brasileiro em suas relações internacionais (CF, art. 4º, VIII), além de haver qualificado o terrorismo, para efeito de repressão interna, como crime equiparável aos delitos hediondos, o que o expõe, sob tal perspectiva, a tratamento jurídico impregnado de máximo rigor, tornando-o inafiançável e insuscetível da clemência soberana do Estado e reduzindo-o, ainda, à dimensão ordinária dos crimes meramente comuns (CF, art. 5º, XLIII). - A Constituição da República, presentes tais vetores interpretativos (CF, art. 4º, VIII, e art. 5º, XLIII), não autoriza que se outorgue, às práticas delituosas de caráter

terrorista, o mesmo tratamento benigno dispensado ao autor de crimes políticos ou de opinião, impedindo, desse modo, que se venha a estabelecer, em torno do terrorista, um inadmissível círculo de proteção que o faça imune ao poder extradicional do Estado brasileiro, notadamente se se tiver em consideração a relevantíssima circunstância de que a Assembléia Nacional Constituinte formulou um claro e inequívoco juízo de desvalor em relação a quaisquer atos delituosos revestidos de índole terrorista, a estes não reconhecendo a dignidade de que muitas vezes se acha impregnada a prática da criminalidade política.

EXTRADITABILIDADE DO TERRORISTA: NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E ESSENCIALIDADE DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NA REPRESSÃO AO TERRORISMO. - O estatuto da criminalidade política não se revela aplicável nem se mostra extensível, em sua projeção jurídico-constitucional, aos atos delituosos que traduzam práticas terroristas, sejam aquelas cometidas por particulares, sejam aquelas perpetradas com o apoio oficial do próprio aparato governamental, à semelhança do que se registrou, no Cone Sul, com a adoção, pelos regimes militares sul-americanos, do modelo desprezível do terrorismo de Estado. - O terrorismo - que traduz expressão de uma macroadelinquência capaz de afetar a segurança, a integridade e a paz dos cidadãos e das sociedades organizadas - constitui fenômeno criminoso da mais alta gravidade, a que a comunidade internacional não pode permanecer indiferente, eis que o ato terrorista atenta contra as próprias bases em que se apóia o Estado democrático de direito, além de representar ameaça inaceitável às instituições políticas e às liberdades públicas, o que autoriza excluí-lo da benignidade de tratamento que a Constituição do Brasil (art. 5º, LII) reservou aos atos configuradores de criminalidade política. - A cláusula de proteção constante do art. 5º, LII da Constituição da República - que veda a extradição de estrangeiros por crime político ou de opinião - não se estende, por tal razão, ao autor de atos delituosos de natureza terrorista, considerado o frontal repúdio que a ordem constitucional brasileira dispensa ao terrorismo e ao terrorista. - A extradição - enquanto meio legítimo de cooperação internacional na repressão às práticas de criminalidade comum - representa instrumento de significativa importância no combate eficaz ao terrorismo, que constitui "uma grave ameaça para os valores democráticos e para a paz e a segurança internacionais (...)" (Convenção Interamericana Contra o Terrorismo, Art. 11), justificando-se, por isso mesmo, para efeitos extradicionais, a sua descaracterização como delito de

natureza política. Doutrina. EXTRADIÇÃO E PRISÃO PERPÉTUA: NECESSIDADE DE PRÉVIA COMUTAÇÃO, EM PENA TEMPORÁRIA (MÁXIMO DE 30 ANOS), DA PENA DE PRISÃO PERPÉTUA - REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM OBEDIÊNCIA À DECLARAÇÃO CONSTITUCIONAL DE DIREITOS (CF, ART. 5º, XLVII, "b"). - A extradição somente será deferida pelo Supremo Tribunal Federal, tratando-se de fatos delituosos puníveis com prisão perpétua, se o Estado requerente assumir, formalmente, quanto a ela, perante o Governo brasileiro, o compromisso de comutá-la em pena não superior à duração máxima admitida na lei penal do Brasil (CP, art. 75), eis que os pedidos extradicionais - considerado o que dispõe o art. 5º, XLVII, "b" da Constituição da República, que veda as sanções penais de caráter perpétuo - estão necessariamente sujeitos à autoridade hierárquico-normativa da Lei Fundamental brasileira. Doutrina. Novo entendimento derivado da revisão, pelo Supremo Tribunal Federal, de sua jurisprudência em tema de extradição passiva. A QUESTÃO DA IMEDIATA EFETIVAÇÃO DA ENTREGA EXTRADICIONAL - INTELIGÊNCIA DO ART. 89 DO ESTATUTO DO ESTRANGEIRO - PRERROGATIVA EXCLUSIVA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA, ENQUANTO CHEFE DE ESTADO. - A entrega do extraditando - que esteja sendo processado criminalmente no Brasil, ou que haja sofrido condenação penal imposta pela Justiça brasileira - depende, em princípio, da conclusão do processo penal brasileiro ou do cumprimento da pena privativa de liberdade decretada pelo Poder Judiciário do Brasil, exceto se o Presidente da República, com apoio em juízo discricionário, de caráter eminentemente político, fundado em razões de oportunidade, de conveniência e/ou de utilidade, exercer, na condição de Chefe de Estado, a prerrogativa excepcional que lhe permite determinar a imediata efetivação da ordem extradicional (Estatuto do Estrangeiro, art. 89, "caput", "in fine"). Doutrina. Precedentes.

Decisão

O Tribunal, por unanimidade, deferiu a extradição e, por maioria, vencidos os Senhores Ministros Carlos Velloso e o Presidente, Ministro Nelson Jobim, condicionou a entrega do extraditando a comutação das penas de prisão perpétua em penas de prisão temporária de no máximo 30 anos, observados, desde que assim o entenda o Senhor Presidente da República, os artigos 89 e 67 da Lei nº

6815, de 19 de agosto de 1980. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Falaram, pelo requerente, o Dr. Luiz César Aschermann Corrêa, pelo extraditando, o Dr. Jaime Alejandro Motta Salazar e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Cláudio Lemos Fonteles, Procurador-Geral da República. Plenário, 26.08.2004.

ANEXO 3 – EXTRADIÇÃO N. 1085

EMENTAS: 1. EXTRADIÇÃO. Passiva. Refúgio ao extraditando. Fato excludente do pedido. Concessão no curso do processo, pelo Ministro da Justiça, em recurso administrativo. Ato administrativo vinculado. Questão sobre sua existência jurídica, validade e eficácia. Cognição oficial ou provocada, no julgamento da causa, a título de preliminar de mérito. Admissibilidade. Desnecessidade de ajuizamento de mandado de segurança ou outro remédio jurídico, para esse fim, Questão conhecida. Votos vencidos. Alcance do art. 102, inc. I, alínea "g", da CF. Aplicação do art. 3º do CPC. Questão sobre existência jurídica, validade e eficácia de ato administrativo que conceda refúgio ao extraditando é matéria preliminar inerente à cognição do mérito do processo de extradição e, como tal, deve ser conhecida de ofício ou mediante provocação de interessado jurídico na causa. 2. EXTRADIÇÃO. Passiva. Refúgio ao extraditando. Concessão no curso do processo, pelo Ministro da Justiça. Ato administrativo vinculado. Não correspondência entre os motivos declarados e o suporte fático da hipótese legal invocada como causa autorizadora da concessão de refúgio. Contraste, ademais, com norma legal proibitiva do reconhecimento dessa condição. Nulidade absoluta pronunciada. Ineficácia jurídica conseqüente. Preliminar acolhida. Votos vencidos. Inteligência dos arts. 1º, inc. I, e 3º, inc. III, da Lei nº 9.474/97, art. 1-F do Decreto nº 50.215/61 (Estatuto dos Refugiados), art. 1º, inc. I, da Lei nº 8.072/90, art. 168, § único, do CC, e art. 5º, inc. XL, da CF. Eventual nulidade absoluta do ato administrativo que concede refúgio ao extraditando deve ser pronunciada, mediante provocação ou de ofício, no processo de extradição. 3. EXTRADIÇÃO. Passiva. Crime político. Não caracterização. Quatro homicídios qualificados, cometidos por membro de organização revolucionária clandestina. Prática sob império e normalidade institucional de Estado Democrático de direito, sem conotação de reação legítima contra atos arbitrários ou tirânicos. Carência de motivação política. Crimes comuns configurados. Preliminar rejeitada.

Voto vencido. Não configura crime político, para fim de obstar a acolhimento de pedido de extradição, homicídio praticado por membro de organização revolucionária clandestina, em plena normalidade institucional de Estado Democrático de direito, sem nenhum propósito político imediato ou conotação de reação legítima a regime opressivo. 4. EXTRADIÇÃO. Passiva. Executória. Pedido fundado em sentenças definitivas condenatórias por quatro homicídios. Crimes comuns. Refúgio concedido ao extraditando. Decisão administrativa baseada em motivação formal de justo receio de perseguição política. Inconsistência. Sentenças proferidas em processos que respeitaram todas as garantias constitucionais do réu. Ausência absoluta de prova de risco atual de perseguição. Mera resistência à necessidade de execução das penas. Preliminar repelida. Voto vencido. Interpretação do art. 1º, inc. I, da Lei nº 9.474/97. Aplicação do item 56 do Manual do Alto Comissariado das Nações Unidas - ACNUR. Não caracteriza a hipótese legal de concessão de refúgio, consistente em fundado receio de perseguição política, o pedido de extradição para regular execução de sentenças definitivas de condenação por crimes comuns, proferidas com observância do devido processo legal, quando não há prova de nenhum fato capaz de justificar receio atual de desrespeito às garantias constitucionais do condenado. 5. EXTRADIÇÃO. Pedido. Instrução. Documentos vazados em língua estrangeira. Autenticidade não contestada. Tradução algo deficiente. Possibilidade, porém, de ampla compreensão. Defesa exercida em plenitude. Defeito irrelevante. Nulidade inexistente. Preliminar repelida. Precedentes. Inteligência do art. 80, § 1º, da Lei nº 6.815/80. Eventual deficiência na tradução dos documentos que, vazados em língua estrangeira, instruem o pedido de extradição, não o torna inepto, se não compromete a plena compreensão dos textos e o exercício do direito de defesa. 6. EXTRADIÇÃO. Passiva. Executória. Extensão da cognição do Supremo Tribunal Federal. Princípio legal da chamada contenciosidade limitada. Amplitude das questões oponíveis pela defesa. Restrição às matérias de identidade da pessoa reclamada, defeito formal da documentação apresentada e ilegalidade da extradição. Questões conexas sobre a natureza do delito, dupla tipicidade e duplo grau de punibilidade. Impossibilidade conseqüente de apreciação do valor das provas e de rejulgamento da causa em que se deu a condenação. Interpretação dos arts. 77, 78 e 85, § 1º, da Lei nº 6.815/80. Não constitui objeto cognoscível de defesa, no processo de extradição passiva executória, alegação de insuficiência das provas ou injustiça da sentença cuja

condenação é o fundamento do pedido. 7. EXTRADIÇÃO. Julgamento. Votação. Causa que envolve questões constitucionais por natureza. Voto necessário do Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal. Preliminar rejeitada. Precedentes. O Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal tem sempre voto no julgamento dos processos de extradição. 8. EXTRADIÇÃO. Passiva. Executória. Deferimento do pedido. Execução. Entrega do extraditando ao Estado requerente. Submissão absoluta ou discricionariedade do Presidente da República quanto à eficácia do acórdão do Supremo Tribunal Federal. Não reconhecimento. Obrigação apenas de agir nos termos do Tratado celebrado com o Estado requerente. Resultado proclamado à vista de quatro votos que declaravam obrigatória a entrega do extraditando e de um voto que se limitava a exigir observância do Tratado. Quatro votos vencidos que davam pelo caráter discricionário do ato do Presidente da República. Decretada a extradição pelo Supremo Tribunal Federal, deve o Presidente da República observar os termos do Tratado celebrado com o Estado requerente, quanto à entrega do extraditando.

Decisão

Preliminarmente, o Tribunal homologou o pedido de desistência do recurso de agravo regimental na Extradição nº 1.085 e indeferiu o pedido de sustentação oral em dobro, tendo em vista o julgamento conjunto. Votou o Presidente. Em seguida, o Tribunal rejeitou questão de ordem suscitada pela Senhora Ministra Cármen Lúcia no sentido de julgar o Mandado de Segurança nº 27.875 antes do pedido de extradição, vencidos a suscitante e os Senhores Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio.

O Tribunal, por maioria, julgou prejudicado o pedido de mandado de segurança, por reconhecer nos autos da extradição a ilegalidade do ato de concessão de status de refugiado concedido pelo Ministro de Estado da Justiça ao extraditando, vencidos os Senhores Ministros Cármen Lúcia, Eros Grau, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio. Votou o Presidente. Em seguida, após o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Relator), deferindo o pedido da Extradição nº 1.085, no que foi acompanhado pelos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Carlos Britto e Ellen Gracie, os votos dos Senhores Ministros Eros Grau e Cármen Lúcia, julgando extinto o pedido de extradição em função da concessão de refúgio pelo Ministro de Estado da Justiça, e

o voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, pela prejudicialidade do pedido, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Marco Aurélio. Falaram, pelo requerente e impetrante (Ext 1.085 e MS 27.875), o Dr. Antônio Nabor Areias Bulhões, pelo impetrado (MS 27.875), a Dra. Fabíola Souza Araújo, representando a Advocacia-Geral da União, pelo extraditando e litisconsorte passivo (Ext. 1.085 e MS 27.875), o Dr. Luís Roberto Barroso e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos. Ausente, por haver declarado suspeição no julgamento da Extradução nº 1.085, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 09.09.2009.

Decisão: O Tribunal rejeitou as questões de ordem suscitadas pelo Senhor Ministro Marco Aurélio da necessidade de quorum constitucional e da conclusão do julgamento sobre a prejudicialidade do mandado de segurança. O Tribunal rejeitou a questão de ordem suscitada pelo advogado do extraditando, no sentido da aplicação do art. 146 do Regimento Interno, e reconheceu a necessidade do voto do Presidente, tendo em vista a matéria constitucional. Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, indeferindo o pedido de extradição, o julgamento foi suspenso. Ausentes os Senhores Ministros Celso de Mello e Dias Toffoli, por terem declarado suspeição na Extradução nº 1.085, a Senhora Ministra Ellen Gracie, em representação do Tribunal no exterior e, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes.

Plenário, 12.11.2009.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, reajustou o voto proferido anteriormente o Senhor Ministro Marco Aurélio, sobre a prescrição executória da pena, para acompanhar o Relator. Em seguida, o Tribunal, por maioria, deferiu o pedido de extradição, vencidos a Senhora Ministra Cármen Lúcia e os Senhores Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio.

Por maioria, o Tribunal assentou o caráter discricionário do ato do Presidente da República de execução da extradição, vencidos os Senhores Ministros Relator, Ricardo Lewandowski, Ellen Gracie e o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, por terem declarado suspeição na Extradução nº 1.085, os Senhores Ministros Celso de Mello e Dias Toffoli. Plenário, 18.11.2009.

Decisão:

Suscitada questão de ordem pelo Relator, o Tribunal deliberou pela permanência de Sua Excelência na relatoria do acórdão. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau. Plenário, 19.11.2009.

Decisão:

Suscitada pelo Relator questão de ordem no sentido de retificar a proclamação da decisão, quanto à vinculação do Presidente da República ao deferimento da extradição, o Tribunal, por maioria, acolheu-a, vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto. O Tribunal, por unanimidade, retificou-a, para constar que, por maioria, o Tribunal reconheceu que a decisão de deferimento da extradição não vincula o Presidente da República, nos termos dos votos proferidos pelos Senhores Ministros Carmen Lúcia, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Marco Aurélio e Eros Grau. Ficaram vencidos quanto a este capítulo decisório os Ministros Cezar Peluso (Relator), Ricardo Lewandowski, Ellen Gracie e Gilmar Mendes (Presidente). Não votou o Senhor Ministro Celso de Mello por ter declarado suspeição. Ausentes, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa e, neste julgamento, o Senhor Ministro Dias Toffoli. Plenário, 16.12.2009.

ANEXO 4 – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1480

E M E N T A: - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONVENÇÃO Nº 158/OIT - PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA - ARGÜIÇÃO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPORARAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO Nº 68/92 E DECRETO Nº 1.855/96) - POSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - ALEGADA TRANSGRESSÃO AO ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E AO ART. 10, I DO ADCT/88 - REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DA PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA, POSTA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR - CONSEQÜENTE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE TRATADO OU CONVENÇÃO INTERNACIONAL ATUAR COMO SUCEDÂNEO DA LEI COMPLEMENTAR EXIGIDA PELA CONSTITUIÇÃO (CF, ART. 7º, I) - CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA DE INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA COMO EXPRESSÃO DA REAÇÃO ESTATAL À DEMISSÃO ARBITRÁRIA DO TRABALHADOR (CF, ART. 7º, I, C/C O ART. 10, I DO ADCT/88) - CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, CUJA APLICABILIDADE DEPENDE DA AÇÃO NORMATIVA DO LEGISLADOR INTERNO DE CADA PAÍS - POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DAS DIRETRIZES CONSTANTES DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT ÀS EXIGÊNCIAS FORMAIS E MATERIAIS DO ESTATUTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO - PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR DEFERIDO, EM PARTE, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. - 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. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto. O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno.

Precedentes. 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-making power, 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. PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. - Os tratados ou convenções

internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico ("lex posterior derogat priori") ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes. TRATADO INTERNACIONAL E RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR. - O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio *pacta sunt servanda*, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público. Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil - ou aos quais o Brasil venha a aderir - não podem, em consequência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. É que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, DESDE QUE OBSERVADA A INTERPRETAÇÃO CONFORME FIXADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. - A Convenção nº 158/OIT, além de depender de necessária e ulterior intermediação legislativa para efeito de sua integral aplicabilidade no plano doméstico, configurando, sob tal aspecto, mera proposta de legislação dirigida ao legislador interno, não consagrou, como única consequência derivada da ruptura abusiva ou arbitrária do contrato de trabalho, o dever de os Estados-Partes, como o Brasil, instituírem, em sua legislação nacional, apenas a garantia da reintegração no emprego. Pelo contrário, a Convenção nº 158/OIT expressamente permite a cada Estado-Parte (Artigo 10), que, em função de seu próprio ordenamento positivo interno, opte pela solução normativa que se revelar mais consentânea e compatível com a legislação e a prática

nacionais, adotando, em consequência, sempre com estrita observância do estatuto fundamental de cada País (a Constituição brasileira, no caso), a fórmula da reintegração no emprego e/ou da indenização compensatória. Análise de cada um dos Artigos impugnados da Convenção nº 158/OIT (Artigos 4º a 10).

Decisão: Apresentado o feito em mesa, o julgamento foi adiado em virtude do adiantado da hora. Plenário, 18.09.96.

Decisão: Por votação unânime, o Tribunal rejeitou as preliminares. Votou o Presidente. Em seguida, o julgamento foi adiado pelo pedido de vista do Ministro Moreira Alves, depois do voto do Ministro Celso de Mello, Relator, indeferindo o pedido de medida liminar. ausente, justificadamente, o Ministro Francisco Rezek. Plenário, 25.09.96.

Decisão: Preliminarmente, por proposta do Ministro Moreira Alves, o Tribunal excluiu do processo a Confederação Nacional do Transporte. Votou o Presidente. Unânime. Em seguida, após o voto do Ministro Moreira Alves, que deferia, em parte, o pedido de medida liminar, para dar à Convenção questionada interpretação conforme a Constituição Federal, nos termos do seu voto, e da retificação, em parte, do voto do Ministro Celso de Mello, relator, aderindo ao do Ministro Moreira Alves, pediu vista dos autos o Ministro Carlos Velloso. Plenário, 18.12.96.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por votação majoritária, deferiu, parcialmente, sem redução de texto, o pedido de medida cautelar, para, em interpretação conforme a Constituição e até final julgamento da ação direta, afastar qualquer exegese, que, divorciando-se dos fundamentos jurídicos do voto do Relator (Ministro Celso de Mello) e desconsiderando o caráter meramente programático das normas da Convenção nº 158 da OIT, venha e tê-las como auto-aplicáveis, desrespeitando, desse modo, as regras constitucionais e infra-constitucionais que especialmente disciplinam, no vigente sistema normativo brasileiro, a despedida arbitrária ou sem justa causa dos trabalhadores, vencidos os Ministros Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, que o indeferiam, nos termos dos votos que proferiram. Participou desta sessão de julgamento, com voto, o Ministro Nelson Jobim. Plenário, 04.9.97.

ANEXO 5 - HABEAS CORPUS N. 72131 /RJ

EMENTA: "Habeas corpus". Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. "Habeas corpus" indeferido, cassada a liminar concedida.

ANEXO 6 - HABEAS CORPUS N. 95967

DIREITO PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. ALTERAÇÃO DE ORIENTAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. A matéria em julgamento neste habeas corpus envolve a temática da (in)admissibilidade da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro no período posterior ao ingresso do Pacto de São José da Costa Rica no direito nacional. 2. Há o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. 3. Na atualidade a única hipótese de prisão civil, no Direito brasileiro, é a do devedor de alimentos. O art. 5º, §2º, da Carta Magna, expressamente estabeleceu que os direitos e garantias expressos no caput do mesmo dispositivo não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica, entendido como um tratado internacional em matéria de direitos humanos, expressamente, só admite, no seu bojo, a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e, conseqüentemente, não admite mais a possibilidade de prisão civil do depositário infiel. 4. Habeas corpus concedido.

Decisão

A Turma, por votação unânime, deferiu o pedido de habeas corpus, nos termos do voto da Relatora. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Cezar Peluso. 2ª Turma, 11.11.2008.

ANEXO 7 - HABEAS CORPUS N. 90172

EMENTA: Habeas Corpus. 1. No caso concreto foi ajuizada ação de execução sob o nº 612/2000 perante a 3ª Vara Cível de Santa Bárbara D'Oeste/SP em face do paciente. A credora requereu a entrega total dos bens sob pena de prisão. 2. A defesa alega a existência de constrangimento ilegal em face da iminência de expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente. Ademais, a inicial sustenta a ilegitimidade constitucional da prisão civil por dívida. 3. Reiterados alguns dos argumentos expendidos em meu voto, proferido em sessão do Plenário de 22.11.2006, no RE nº 466.343/SP: a legitimidade da prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese excepcional do devedor de alimentos, está em plena discussão no Plenário deste Supremo Tribunal Federal. No julgamento do RE nº 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, que se iniciou na sessão de 22.11.2006, esta Corte, por maioria que já conta com sete votos, acenou para a possibilidade do reconhecimento da inconstitucionalidade da prisão civil do alienante fiduciário e do depositário infiel. 4. Superação da Súmula nº 691/STF em face da configuração de patente constrangimento ilegal, com deferimento do pedido de medida liminar, em ordem a assegurar, ao paciente, o direito de permanecer em liberdade até a apreciação do mérito do HC nº 68.584/SP pelo Superior Tribunal de Justiça. 5. Considerada a plausibilidade da orientação que está a se firmar perante o Plenário deste STF - a qual já conta com 7 votos - ordem deferida para que sejam mantidos os efeitos da medida liminar.

Decisão

A Turma, por votação unânime, deferiu o pedido de habeas corpus, nos termos do voto do Relator. 2ª Turma, 05.06.2007.

ANEXO 8 - HABEAS CORPUS N. 95967

DIREITO PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. ALTERAÇÃO DE ORIENTAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. A matéria em julgamento neste habeas corpus envolve a temática da (in)admissibilidade da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro no período posterior ao ingresso do Pacto de São José da Costa Rica no direito nacional. 2. Há o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. 3. Na atualidade a única hipótese de prisão civil, no Direito brasileiro, é a do devedor de alimentos. O art. 5º, §2º, da Carta Magna, expressamente estabeleceu que os direitos e garantias expressos no caput do mesmo dispositivo não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica, entendido como um tratado internacional em matéria de direitos humanos, expressamente, só admite, no seu bojo, a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e, conseqüentemente, não admite mais a possibilidade de prisão civil do depositário infiel. 4. Habeas corpus concedido.

Decisão

A Turma, por votação unânime, deferiu o pedido de habeas corpus, nos termos do voto da Relatora. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Cezar Peluso. 2ª Turma, 11.11.2008.

ANEXO 9 - RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 466343

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

Decisão

Após o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Relator), que negava provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelo Senhor Ministro Gilmar Mendes, pela Senhora Ministra Cármen Lúcia e pelos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Marco Aurélio, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Celso de Mello. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Eros Grau. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 22.11.2006.

Decisão: Apresentado o feito em mesa pelo Senhor Ministro Celso de Mello, que pedira vista dos autos, o julgamento foi adiado em virtude do adiantado da hora. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa e, nesta assentada, o Senhor Ministro Menezes Direito. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 2.12.2007.

Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Celso de Mello, negando provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Menezes Direito. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 12.03.2008.

Decisão: O Tribunal, por votação unânime, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes, em assentada anterior. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 03.12.2008.

ANEXO 10 - ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 153

Ementa

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

direito tem caráter constitutivo e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. A interpretação/aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção no mundo da vida.

2. O argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, não prospera.

3. Conceito e definição de "crime político" pela Lei n. 6.683/79. São crimes conexos aos crimes políticos "os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política"; podem ser de "qualquer natureza", mas [i] não de terem estado relacionados com os crimes políticos ou [ii] não de terem sido praticados por motivação política; são crimes outros que não políticos; são crimes comuns, porém [i] relacionados com os crimes políticos ou [ii] praticados por motivação política. A expressão crimes conexos a crimes políticos conota sentido a ser sindicado no momento histórico da sanção da lei. A chamada Lei de anistia diz com uma conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia. Ignora, no contexto da Lei n. 6.683/79, o sentido ou os sentidos correntes, na doutrina, da chamada conexão criminal; refere o que "se procurou", segundo a inicial, vale dizer, estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão.

4. A lei estendeu a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção; daí o caráter bilateral da anistia, ampla e geral, que somente não foi irrestrita porque não abrangia os já condenados --- e com sentença transitada em julgado, qual o Supremo assentou --- pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal.

5. O significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. Mas essa afirmação aplica-se exclusivamente à interpretação das leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma. Não àquelas, designadas leis-medida (*Massnahmegesetze*), que disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e

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

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

Decisão

O Tribunal, por maioria, rejeitou as preliminares, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que extinguiu o processo, sem julgamento de mérito, por falta de interesse processual. Votou o Presidente. No mérito, após o voto do Senhor Ministro Eros Grau (Relator), julgando improcedente a arguição, foi o julgamento suspenso. Ausentes o Senhor Ministro Joaquim Barbosa, licenciado, e o Senhor Ministro Dias Toffoli, impedido na ADPF nº 153-DF. Falaram, pelo argüente, o Dr. Fábio Konder Comparato; pelos amici curiae, Associação Juízes para a Democracia, Centro pela Justiça e o Direito Internacional-CEJIL e Associação Democrática e Nacionalista de

Militares-ADNAM, respectivamente, o Dr. Pierpaolo Cruz Bottini, a Dra. Helena de Souza Rocha e a Dra. Vera Karam de Chueiri; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams; pelo argüido, a Dra. Gabrielle Tatith Pereira, Advogada-Geral Adjunta do Congresso Nacional e, pelo Ministério Público Federal,

o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 28.04.2010.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, julgou improcedente a arguição, nos termos do voto do Relator, vencidos os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, que lhe dava parcial provimento nos termos de seu voto, e Ayres Britto, que a julgava parcialmente procedente para excluir da anistia os crimes previstos no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausentes o Senhor Ministro Joaquim Barbosa, licenciado, e o Senhor Ministro Dias Toffoli, impedido na ADPF nº 153-DF. Plenário, 29.04.2010.