

**CRIMES DA DITADURA MILITAR E O “CASO ARAGUAIA”:
APLICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS
HUMANOS PELOS JUÍZES E TRIBUNAIS BRASILEIROS**

**CRIMES OF THE MILITARY DICTATORSHIP AND THE
“ARAGUAIA CASE”: APPLICATION OF INTERNATIONAL
HUMAN RIGHTS LAW BY THE BRAZILIAN JUDGES AND
COURTS**



LUIZ FLÁVIO GOMES¹
VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI²

RESUMO: O artigo examina a condenação internacional do Brasil no chamado “Caso Araguaia”, em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos anulou a Lei de Anistia brasileira, abrindo a possibilidade de revisão (pelo Judiciário brasileiro) dos crimes de tortura, morte e desaparecimento cometidos no Brasil durante o período da ditadura militar (1964-1985).

¹ Doutor em Direito penal pela Universidade Complutense de Madri. Mestre em Direito Penal pela USP. Professor de Direito Penal e Processo Penal. Diretor-Presidente da Rede de Ensino LFG, em São Paulo. Foi Promotor de Justiça (1980 a 1983), Juiz de Direito (1983 a 1998) e Advogado (1999 a 2001).

² Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Doutor *summa cum laude* em Direito Internacional pela UFRGS. Mestre em Direito pela UNESP. Professor Adjunto de Direito Internacional Público e Direitos Humanos da UFMT. Professor da Rede LFG, em São Paulo. Membro da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas – ABCD. Advogado e consultor jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes da ditadura militar; condenação internacional; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Lei de Anistia.

ABSTRACT: This article analyzes the international condemnation of Brazil in the “Araguaia’s Case”, in which the American Court of Human Rights overturned the Amnesty Law in Brazil, opening the possibility of reviewing (by Brazilians judicial power) the crimes of torture, death and disappearance occurred in Brazil during the military dictatorship (1964-1985).

KEYWORDS: Crimes by the dictatorship; international condemnation, Inter-American Court of Human Rights, Amnesty Law.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O julgamento relativo ao “Caso Araguaia” e suas repercussões no Brasil (especialmente nos Ministros do STF); 3. A internacionalização dos direitos humanos; 3.1. Complementaridade da tutela internacional; 3.2. Interdependência entre o direito internacional e o direito interno; 3.3. Do princípio do “domestic affair” ao do “international concern”; 3.4. Estado de direito constitucional e Estado de direito internacional; 3.5. Estrutura normativa do Estado de Direito internacional; 3.6. A nova construção de um “direito dialógico”; 4. Adesão formal do Brasil ao direito internacional dos direitos humanos; 5. Reconhecimento da força normativa (hierarquia superior) do direito internacional dos direitos humanos; 6. Respeito e internalização (aplicação) do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais locais; 7. Conclusão – Referências bibliográficas. Fecha de recepción 21/02/2012. Fecha de aceptación 30/03/2012.

1. Introdução

Um dos maiores desafios do direito penal no século XXI, sem sombra de dúvida, será conciliar sua clássica formatação legalista, vinculada à soberania de cada país, com as novas ondas (terceira e quarta ondas) do internacionalismo. A Corte Interamericana de Direitos Humanos na sua sentença de 24 de novembro de 2010 declarou a invalidade da Lei de Anistia brasileira que acobertava os crimes cometidos pelos agentes do Estado durante a ditadura (1964-1985). Isso significa a obrigação do Brasil de apurar, processar e, se for o caso, punir todos esses delitos. O STF, em abril de 2010, havia declarado a validade da Lei de Anistia. Ocorre que sua decisão não entrou no tema da inconveniência da lei citada. A Justiça internacional está mandando o Brasil investigar tais crimes. Para o STF isso não seria possível. Como resolver todos esses conflitos típicos da pós-modernidade? A Justiça internacional vale mais que o STF? Como fica a soberania do Brasil? Os juízes brasileiros são obrigados a respeitar a jurisprudência da Corte Interamericana?

Este ensaio pretende responder todas essas questões intrincadas assim como demonstrar qual a eficácia das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil, em especial após a condenação do país no “Caso Araguaia”, em que a Corte da OEA anulou a Lei de Anistia brasileira, abrindo a possibilidade de revisão (pelo Judiciário brasileiro) dos crimes de tortura, morte e desaparecimento cometidos no Brasil durante o período da ditadura militar (1964-1985).³

Nas linhas abaixo procuraremos demonstrar qual a eficácia das decisões dos tribunais internacionais (de direitos humanos) no direito brasileiro, bem assim como o judiciário nacional deve cumprir tais decisões, em prazo razoável.⁴

2. O julgamento relativo ao “Caso Araguaia” e suas repercussões no Brasil (especialmente nos Ministros do STF)

Logo que anunciada a sentença de 24 de novembro de 2010 da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o *Caso Araguaia* (desaparecimento de pessoas durante a ditadura militar brasileira), todos constatamos vários focos de rejeição à referida sentença, alguns partindo inclusive de Ministros do Supremo Tribunal Federal. Essa refutação (de certa forma contundente) naturalmente nos conduz a refletir sobre a aceitação e obrigatoriedade de aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais brasileiros.

Começemos pelas declarações do Ministro Cezar Peluso, que é o atual Presidente do STF: “A decisão da Corte só gera efeitos no campo da Convenção Americana de Direitos Humanos... caso as pessoas anistiadas sejam processadas, é só recorrer ao STF. O Supremo vai conceder *habeas corpus* na hora”. Disse ainda que a decisão da Corte “só vale no campo da convencionalidade”.⁵

³ Sobre o dever de tutela judicial dos Estados que fazem parte do sistema interamericano de direitos humanos, v. SABSAY, Daniel A., El amparo como garantía para el acceso a la jurisdicción en defensa de los derechos humanos, in *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales* (orgs. Abregú & Courtis), Buenos Aires: CELS, 2004, p. 229 e ss. Cf. ainda, KAWABATA, J. Alejandro, Reparación de las violaciones de derechos humanos em el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, in *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, cit., p. 351 e ss.

⁴ Cf. ALBANESE, Susana. *El plazo razonable em los procesos a la luz de los órganos internacionales*, in *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, cit., p. 247 e ss.

⁵ V. *Jornal O Estado de S. Paulo*, de 16.12.10, p. A12; e *Jornal Folha de S. Paulo*, de 16.12.10, p. A15.

Para o Ministro Marco Aurélio “o governo está submetido ao julgamento do STF e não pode afrontá-lo para seguir a Corte da OEA. É uma decisão que pode surtir efeito ao leigo no campo moral, mas não implica cassação da decisão do STF. Quando não prevalecer a decisão do Supremo, estaremos muito mal. É uma decisão tomada no âmbito internacional, não no interno. Na prática [a decisão da Corte] não terá efeito nenhum”.⁶

Para o Ministro Jobim (ex-Ministro do STF e atual Ministro da Defesa) a decisão da Corte Interamericana “é meramente política e sem efeito jurídico. O processo de transição no Brasil é pacífico, com histórico de superação de regimes, não de conflito”.⁷

Como veremos ao longo deste ensaio, são totalmente equivocadas (do ponto de vista jurídico) tais declarações. No caso dos crimes da ditadura, como temos enfatizado, o melhor caminho foi seguido pelos Ministros Lewandowski e Ayres Britto (que foram votos vencidos na decisão do STF sobre a validade da Lei de Anistia).

Frise-se de antemão que o STF, no dia 3 de dezembro de 2008, decidiu (historicamente) que os tratados internacionais de direitos humanos valem mais do que a lei e menos que a Constituição, estando no nível *supralegal* no país (cf. *RE* 466.343/SP).⁸ Ainda que não tenha a Suprema Corte atribuído nível constitucional aos tratados de direitos humanos (por um voto faltante apenas), o certo é que trilhou o STF o caminho juridicamente correto (de respeito ao direito internacional dos direitos humanos, tal como vem sendo construído e seguido por todos os países civilizados).

A Lei de Anistia brasileira viola vários tratados internacionais (especialmente a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969) e não

⁶ *V. Jornal O Estado de S. Paulo*, de 16.12.10, p. A12; e *Jornal Folha de S. Paulo*, de 16.12.10, p. A15.

⁷ *V. Jornal O Globo*, de 16.12.10, p. 18.

⁸ Nossa posição (o leitor verá melhor abaixo) sempre foi a de que os tratados de direitos humanos guardam nível *constitucional* no direito brasileiro.

possui nenhum valor jurídico, sobretudo o efeito de acobertar os abusos cometidos pelos agentes do Estado, durante a ditadura militar.⁹

Como observação preliminar vale sublinhar o seguinte: as declarações citadas dos Ministros do STF partem da premissa de um ordenamento jurídico *dualista* (o direito interno não teria nenhuma relação com a ordem internacional; cada qual teria sua autonomia e eficácia). Isso já vem sendo desconsiderado (no âmbito da doutrina internacional atualizada) há muitas e muitas décadas. Sobretudo agora que entrou em vigor no Brasil a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, que adota nitidamente o sistema *monista* (o direito é uno e indivisível).

A sentença da Corte Interamericana valeria (de acordo com as mencionadas declarações) “só no plano moral”, “só no plano internacional”, “só no campo da convencionalidade”, “só no plano político” etc. Racharam o direito brasileiro ao meio (como se isso fosse, hoje, possível): direito nacional de um lado (em que o STF reina de forma absoluta) e o direito internacional de outro (aparentemente alheio à nossa brasilidade...). Este último seria um ordenamento jurídico alegórico, retrato de uma simples carta de esperança, um conjunto de regras somente políticas ou somente morais, sem a força coativa do direito. Nada mais equivocado, de acordo com a decisão da CIDH (que detalharemos mais abaixo).

A premissa (e preocupação) primeira de todos os tratados de direitos humanos é a seguinte: todas as violações de direitos das vítimas, quando não amparadas pelo Judiciário local, nacional, podem e devem ser apreciadas pelo sistema interamericano de direitos humanos.¹⁰

As declarações retro-referidas se explicam em razão (muito provavelmente) da tradicional convivência de setores do Judiciário brasileiro com a chamada

⁹ Cf. sentença de 24.11.10 da CIDH, parágrafo 147 e ss.

¹⁰ Para uma análise mais profunda, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, The Inter-American human rights protection system: structure, functioning and effectiveness in Brazilian law, in *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, México: UNAM, 2011, pp. 331-367.

“legalidade autoritária”, conforme denunciam Paulo Sérgio Pinheiro e Anthony Pereira no livro *Ditadura e Repressão*.¹¹

O Ministério das Relações Exteriores, em nota,¹² prontamente disse que vai cumprir a decisão da CIDH. A decisão obriga a Governo brasileiro (logo, também o STF). Não se trata de pretender ou não cumprir a sentença. O que está em jogo é que o país (a *República* brasileira) tem a *obrigação* de cumprir a decisão internacional. Os Ministros do STF não têm responsabilidade internacional; falam, portanto, em defesa dos seus pontos de vista. Suas declarações, no entanto, em termos internacionais, não possuem qualquer valor jurídico.

Aliás, como bem enfatizou a sentença de 24.11.10 da Corte Interamericana, nem sequer a decisão do STF, que validou a Lei de Anistia em abril de 2010, possui qualquer tipo de relevância (ou obrigatoriedade/eficácia) no plano jurídico internacional. A Corte não revogou a decisão do STF, porque não é essa a sua função. Ela simplesmente analisou a decisão do STF no plano do controle de convencionalidade.¹³ E concluiu que o STF não levou em conta os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil (em especial a Convenção Americana sobre direitos Humanos de 1969) na sua decisão. Daí certamente a fonte do seu equívoco.

A Corte, no momento em que obriga a República brasileira, também obriga o STF (que dela faz parte).

E se o STF não acatar a decisão da Corte, dando habeas corpus para os torturadores da ditadura? Nova violação à Convenção Americana de Direitos Humanos passa a ocorrer. E nova condenação da mesma Corte contra o Brasil pode existir (podendo até mesmo haver a exclusão do país da OEA). Mais problemas internacionais para o Brasil.

¹¹ Cf. PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e repressão*. São Paulo: Paz e Terra, 2010 (prefácio de Paulo Sérgio Pinheiro).

¹² Cf. <www.folha.com>, de 15.12.10.

¹³ Sobre o tema, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*, São Paulo: RT, 2009, p. 64-135.

O bonde da história do direito está navegando e o Judiciário brasileiro, ao que parece neste primeiro momento, não está percebendo suas evoluções. O certo é que o Brasil não pode destoar dos seus vizinhos (Argentina, Chile etc.¹⁴), que já cumprem, há vários anos, rigorosamente as decisões da Corte Interamericana. Todo o Continente Americano (com exceção dos Estados Unidos) vem afinando sua jurisprudência com a da Corte da OEA.

Como se demonstrará em seguida, o direito internacional dos direitos humanos não pode deixar de ser aplicado pelos juízes e tribunais brasileiros.

3. A internacionalização dos direitos humanos

Tendo em conta a evolução histórica do direito internacional e do nosso próprio ordenamento jurídico, o tema da aplicação (e respeito) do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais brasileiros pode ser organizado e analisado em quatro etapas: (a) internacionalização dos direitos humanos; (b) adesão formal do Brasil ao direito internacional dos direitos humanos; (c) reconhecimento da força normativa (hierarquia superior) do direito internacional dos direitos humanos; (d) respeito e internalização (aplicação) do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais locais. Vamos cuidar, desde logo, do primeiro aspecto da questão.

O direito internacional dos direitos humanos nasceu com toda intensidade após o fim da Segunda Guerra Mundial (1939-1945). As atrocidades da primeira metade do século XX (lamentavelmente os fascismos e nazismos continuaram, em alguns pontos do planeta, na segunda metade daquele século) levaram incontáveis nações soberanas a, juntas, darem autonomia a esse ramo do direito chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos, hoje tido como ramo autônomo das Ciências Jurídicas.¹⁵

¹⁴ Sobre o cumprimento dos tratados internacionais pelos países latino-americanos, cf. DULITZKY, Ariel, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado*, in *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, cit., p. 33 e ss. No que diz respeito especificamente à Argentina, cf. BIDART CAMPOS, Germán J., *El artículo 75, inciso 22, de La Constitución Nacional*, in *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, cit., p. 77 e ss.

¹⁵ V. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*, 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 803.

O internacionalismo (internacionalização do Direito) tem sua certidão de nascimento original na famosa Carta da ONU de 1945. A perspectiva definitiva dos direitos humanos (e fundamentais) se materializou posteriormente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (que constitui o documento fundante do universalismo) e ganhou corpo operacional com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ambos adotados pelas Nações Unidas, em 1966). Depois disso vieram outros incontáveis tratados internacionais.

Relevo sintetizador e definidor, nesse período histórico, no entanto, tem mesmo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pelas Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, marcando vez por todas a era internacional dos direitos e a asserção do tema “direitos humanos” à ordem do dia internacional¹⁶

A partir da Declaração Universal a sociedade internacional passou a contar com incontáveis tratados e convenções sobre direitos humanos, pertencentes tanto ao sistema global (da ONU) quanto aos sistemas regionais de direitos humanos (o Brasil, como veremos, aderiu formalmente a praticamente todos os tratados internacionais nessa área). Adicionalmente foram sendo criadas as jurisdições internacionais, com o escopo de fazer valer o *corpus juris* dedicado aos direitos humanos.

3.1. Complementaridade da tutela internacional

A responsabilidade pela aplicação de todo esse “novo” ramo do direito, no entanto, não é exclusiva dos tribunais internacionais. A bem da verdade, a obrigação primeira de fazer valer os seus termos é de cada Estado, que está compelido a dar respostas efetivas, sempre que não tenha evitado, às agressões contra os direitos humanos. No contexto regional interamericano, é clara a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ao reconhecer, nos considerandos iniciais, que “os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado

¹⁶ Cf. ABREGÚ, Martín, La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales locales: una introducción, in *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, cit., p. 3 e ss.

Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, *coadjuvante* ou *complementar* da que oferece o direito interno dos Estados Americanos”.

Na sentença do caso *Araguaia* (sentença de 24.11.10), a Corte Interamericana, a propósito, sublinhou que:

“...la obligación conforme al derecho internacional de procesar y, si se determina su responsabilidad penal, sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana. Esta obligación implica el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (186) . Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de derechos humanos (187). Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablece, en cuanto sea posible, a La víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción (188).

A tutela internacional é, neste contexto, *coadjuvante* ou *complementar* às jurisdições nacionais. Ou seja, primeiro e antes de tudo a obrigação de fazer valer todo o ordenamento jurídico específico dos direitos humanos é dos Estados (e de todos os seus poderes) que fazem parte dos tratados.

A mesma Corte, na citada sentença, no parágrafo 31 afirmou:

“Es decir, de conformidad con el Preámbulo de la Convención Americana, la protección internacional de naturaleza convencional es “coadyuvante o complementaria [a] la que ofrece El derecho interno de los Estados americanos”.

No seguinte parágrafo (32), enfatizou que:

“La protección ejercida por los órganos internacionales tiene carácter subsidiario y el propósito de una instancia internacional no es revisar o reformar la sentencia interna, sino constatar si dicho fallo es conforme a la normativa internacional.”

Não agindo o Estado deve então processar-se a queixa ou reclamação perante a Corte Interamericana, cujo poder decisório (por autorização do próprio Estado que ratificou o tratado respectivo) está acima do das jurisdições nacionais.

3.2. Interdependência entre o direito internacional e o direito interno

Não existe, destarte, uma relação de independência (absoluta) entre a jurisdição internacional e a nacional (local). Melhor dito, a relação é de interdependência, visto que o escopo das duas esferas normativas e jurisdicionais (internacional e interna) conflui para um denominador comum: dar vida e força para todas as disposições relacionadas com a proteção dos direitos humanos, harmonizando as internas com as internacionais, a jurisprudência local com a jurisprudência dos tribunais não locais.

Pode-se também dizer que na pós-modernidade jurídica as relações entre o direito internacional e o direito interno são relações *dialógicas*, em que um ordenamento “dialoga” com o outro a fim de escolherem (juntos) qual norma (internacional ou interna) será aplicada no caso concreto quando presente uma violação de direitos humanos.¹⁷

3.3. Do princípio do “domestic affair” ao do “international concern”

Como já sublinhamos anteriormente, importa observar que nessa fase internacionalista do Estado, do Direito e da Justiça o princípio do *domestic affair* (ou da não ingerência), que limitava o direito internacional às relações entre Estados no contexto de uma sociedade internacional formal, evoluiu para o do *international concern*, que significa que o gozo efetivo, pelos cidadãos de todos os Estados, dos

¹⁷ Sobre o tema, v. o estudo de MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*, São Paulo: Saraiva, 2010.

direitos e liberdades fundamentais, passa a ser verdadeira *questão de direito internacional*.¹⁸

Na prática, tal significa que agora temos também juízes *internacionais* para tutelar nossos direitos violados, e não mais apenas juízes *internos* a exercer esse tipo de proteção. Estes últimos já não têm mais a última palavra quando se trata de amparar um direito humano ou fundamental.

Antigamente a proteção dos direitos humanos fundamentais era uma questão puramente doméstica (interna), de cada país. O direito internacional não interferia nas questões internas. Agora não, pelo seguinte: a proteção dos direitos humanos fundamentais é a finalidade precípua de todos os sistemas jurídicos locais e internacionais. A tutela dos direitos humanos fundamentais é, portanto, também uma questão internacional.

Quem sofre a violação de um desses direitos e não é atendido internamente, pode sê-lo internacionalmente (no nosso caso, pelo sistema interamericano de proteção dos direitos humanos). Os juízes internos, no modelo constitucionalista, passaram a ser os “fiscais” da constitucionalidade – assim como da convencionalidade - das leis e da observância dos direitos humanos fundamentais.

Uma observação importante: a Corte Interamericana não revisa as decisões dos tribunais locais diretamente. Indiretamente isso acaba acontecendo, em razão da sua preocupação de verificar se esses tribunais decidiram a questão em consonância com as obrigações assumidas pelo Brasil por meio dos tratados internacionais. Na sentença do caso *Araguaia*, parágrafo 176, a Corte proclamou:

“Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana,

¹⁸ V. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*, cit., pp. 818-819; GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito supraconstitucional: do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito*. São Paulo: RT, 2010, p. 79; e ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, pp. 19-20.

todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. El Poder Judicial, en tal sentido, está internacionalmente obligado a ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y La Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (253).”

É importante a obrigação que coloca a Corte Interamericana de os juízes e tribunais internos controlarem a convencionalidade das leis no país, verificando se tais leis estão ou não de acordo com os tratados de direitos humanos em vigor no país. Caso alguma lei (ou norma de direito interno) esteja em desacordo com o estabelecido por tais tratados (em especial, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos), deve operar-se de imediato sua *invalidade* jurídica (ainda que continue *vigente* no Estado).¹⁹

Foi exatamente isto que ocorreu com a Lei de Anistia brasileira: ela não passou no teste (no exame) de compatibilidade (vertical) com a Convenção Americana, sendo, portanto, totalmente *inválida* na ordem jurídica brasileira (ainda que esteja, formalmente, *vigente*).²⁰

3.4. Estado de direito constitucional e Estado de direito internacional

Importante sublinhar, de outro lado, que o surgimento do Estado de Direito internacional (ou seja: internacionalização dos direitos humanos) não significou o fim do Estado de direito constitucional e legal. As duas primeiras ondas evolutivas do Direito (*legalismo* e *constitucionalismo*) não desapareceram com o irrompimento da

¹⁹ V. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*, cit., p. 76-97.

²⁰ Leis *vigentes* não se confundem com leis *válidas*. Enquanto a vigência pressupõe a regularidade *formal* da lei em determinada ordem jurídica, a *validade* pressupõe sua conformidade *material* com as normas constitucional e dos tratados de direitos humanos em vigor no país. V., por tudo, FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999, p. 20-22; e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*, cit., p. 186-194.

terceira onda (do *internacionalismo*), e muito menos com a quarta onda (do *universalismo*).²¹

Todas essas ondas evolutivas do Estado, do Direito e da Justiça, contribuíram (e contribuem) para deixar claro o papel do Estado no que tange à proteção dos direitos humanos, notadamente sob a ótica do direito internacional público pós-moderno, que não admite o esquecimento dos piores e mais bárbaros crimes já cometidos (como tortura, sequestros, mortes ilegais etc.).

3.5. Estrutura normativa do Estado de Direito internacional

Há o sistema global (universal) de proteção dos direitos humanos (regido pela ONU, além de suas agências especializadas) e existem também os sistemas regionais (que atualmente são três: o interamericano, o europeu e o africano) de proteção desses mesmos direitos.

Cada um desses sistemas possui estrutura jurídica própria. Essa nova conformação jurídica do Direito forma o que se pode chamar de constitucionalismo mundial, que nada mais é que a soma do constitucionalismo mais a internacionalização e universalização do direito.

No Estado de Direito internacional possuem relevância ímpar não apenas as leis e a Constituição de cada Estado, senão também o Direito Internacional dos Direitos Humanos (e todos os seus instrumentos de proteção).²²

O Estado de Direito internacional é constituído, portanto, de normas infraconstitucionais, constitucionais e, sobretudo, *internacionais*. Sete são as fontes normativas do direito, na atualidade: (1) leis e códigos (plano da legalidade) e seus princípios; (2) constituição e seus princípios; (3) jurisprudência constitucionalizada; (4) tratados internacionais, destacando-se dentre eles os tratados internacionais de direitos

²¹ Cf. GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito supraconstitucional...*, cit., p. 77 e ss.

²² Cf. GOMES, Luiz Flávio & VIGO, Rodolfo Luis. *Do Estado de direito constitucional e transnacional: riscos e precauções (navegando pelas ondas evolutivas do Estado, do direito e da justiça)*. São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 46-93.

humanos (TIDH), e seus princípios; (5) jurisprudência do SIDH (Comissão e Corte Interamericanas); (6) direito universal e seus princípios e (7) jurisprudência internacional dos órgãos universais.

3.6. A nova construção de um “direito dialógico”

A consequência da evolução do Direito (pelas *ondas* evolutivas acima estudadas) é o surgimento de um “direito dialógico”, em vez do velho e conhecido “direito dialético”. Neste sentido, se faz necessário um “diálogo das fontes”,²³ de forma que “a Constituição não exclui a aplicação dos tratados, e nem estes excluem a aplicação dela, mas ambas as normas (Constituição e tratados) se unem para servir de obstáculo à produção normativa doméstica infraconstitucional que viole os preceitos da Constituição ou dos tratados de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil é parte”.²⁴

O direito dialógico, então, é a “articulação da legislação nacional com a internacional”²⁵, que agora caracteriza o Estado de direito internacional, na medida que em vez de excluir uma fonte em detrimento da outra esse novo tipo de Estado (pós-moderno por natureza) aceita o “diálogo” entre essas mesmas fontes.²⁶

A primeira e principal característica do Estado e do Direito, depois da internacionalização dos direitos humanos, reside na pluralidade de fontes normativas, heterogêneas e hierarquicamente distintas. Essa proliferação de normas (sem contar as de *soft law* e as de direito “vago” ou *fuzzy*) parece ocorrer de forma anárquica, necessitando um ponto de equilíbrio.²⁷ Esse ponto de equilíbrio reside justamente na

²³ V. JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne, in *Recueil des Cours*, v. 251 (1995), p. 259.

²⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*, cit., p. 214.

²⁵ GORDILLO, Agustín (*et all.*). *Derechos humanos*. 5. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2005, Cap. II, p. 5.

²⁶ Cf. JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne, cit., p. 259.

²⁷ Cf. DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para um direito mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 73-74.

incidência do chamado princípio *pro homine*, que manda aplicar sempre a norma mais favorável ao ser humano sujeito de direitos.²⁸

Por esse motivo é que, hoje, somente a complexa (e correta) articulação (diálogo) de todas as suas distintas fontes normativas (normas internacionais, constitucionais e infraconstitucionais) é que possibilita (a) aproximar a uma justa solução para os conflitos, sobretudo os que envolvem os direitos humanos e (b) redimensionar o verdadeiro conteúdo do devido processo legal.

O operador jurídico, assim como o juiz de direito em especial, não pode desconhecer, nesse novo modelo de Estado, os três conjuntos normativos mencionados: internacional, constitucional e infraconstitucional. Tampouco podem desconhecê-los a jurisprudência interna e a internacional.

De outro lado, não se pode ignorar, dentro do direito internacional, o caráter *sui generis* do direito internacional dos direitos humanos, que goza de prestígio diferenciado (conforme veremos mais abaixo).

4. Adesão formal do Brasil ao direito internacional dos direitos humanos

Parece não haver dúvida que é bastante significativo o avanço do Estado brasileiro (nas últimas décadas) no que se refere à adesão ao movimento (e ao direito) internacional dos direitos humanos, que ganhou singular impulso (como já sublinhamos) depois da Segunda Guerra Mundial (1939-1945).

A *internacionalização* dos direitos humanos e o fato da sua *singularidade* (cuida-se de um conjunto normativo *sui generis*), ao lado da falência do positivismo legalista (contratualista), constitui provavelmente a transformação jurídica mais destacada do século XX. A Declaração Universal de 1948 foi, nesse campo, um marco político e jurídico de importância indiscutível.

²⁸ Cf. GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito supraconstitucional...*, cit., p. 110 e ss. Ainda sobre o princípio *pro homine*, cf. PINTO, Mônica, El principio pro homine: criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos, in *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, cit., p. 163 e ss.

Do ponto de vista normativo (plano em que se desenvolve a democracia formal) o cenário brasileiro, especialmente depois da Constituição de 1988, é claramente distinto do precedente (quando nosso país era governado pelo regime militar).

Recorde-se que o Brasil é signatário de praticamente todos os documentos internacionais sobre direitos humanos, tanto do sistema global como do sistema regional interamericano.²⁹ Na sua quase totalidade os tratados e convenções de direitos humanos foram ratificados e se acham em vigor no nosso país. Restava para o Brasil dar vigência à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, que conquanto não seja um tratado de direitos humanos é o “tratado dos tratados”, e também esse mister foi cumprido.³⁰

De qualquer forma, estar integrado internacional e normativamente ao movimento global de tutela dos direitos humanos fundamentais não significa automaticamente que esses direitos estejam sendo satisfatoriamente respeitados no nosso território ou que o Brasil já tenha alcançado níveis mínimos de tutela desses mesmos direitos.

O acesso ao judiciário brasileiro, *v.g.*, ainda é muito precário. A impunidade, sobretudo quando tem origem em “operações ou cruzadas militares”, ainda é enorme. Os direitos sociais são precariamente atendidos etc. Em outras palavras, o Brasil é, sem sombra de dúvida, sujeito ativo de muitas violações de direitos humanos, ou seja, é

²⁹ No sistema global são eles: Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948); Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951); Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (1966); Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (1966); Protocolo Facultativo Relativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (1966); Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965); Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979); Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1999); Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984); Convenção sobre os Direitos da Criança (1989); e ainda o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998). No sistema regional interamericano são eles: Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969); Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988); Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte (1990); Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985); Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994); Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (1994) e a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999).

³⁰ Tal Convenção foi ratificada pelo Brasil em 25.09.2009, tendo sido promulgada internamente (com reservas aos artigos 25 e 66) pelo Decreto nº 7.030, de 14.12.2009.

autor de muitos *ilícitos internacionais* em matéria de direitos humanos (crimes *jushumanitários*).³¹ Seja em razão de violência dos seus próprios agentes, seja por força de sua omissão, certo é que o Estado brasileiro já começou a responder por esses ilícitos perante os órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos.

Já desde as primeiras denúncias contra o Brasil junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (casos do presídio Urso Branco em Rondônia, assassinatos de crianças e adolescentes no Rio de Janeiro etc.) ficava patente o quanto a tutela interna dos direitos humanos ainda está defasada em nosso país. O Brasil reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1998, e sua primeira condenação por ela ocorreu no “Caso Damião Ximenes”.³² O governo Lula (neste caso citado) acatou imediatamente a decisão da Corte e pagou às vítimas a indenização arbitrada. No “Caso Araguaia” espera-se que o governo (e também o Judiciário) cumpra da mesma forma a sentença.

5. Reconhecimento da força normativa (hierarquia superior) do direito internacional dos direitos humanos

Existe hierarquia entre tais normas (legais, constitucionais e internacionais) no Direito brasileiro? O direito internacional dos direitos humanos conta com natureza *sui generis*?

Não existe nenhuma dúvida que o direito internacional dos direitos humanos possui *status* diferenciado no plano do direito interno dos Estados. Em praticamente todos (senão todos) os ordenamentos jurídicos é assim. No Brasil não poderia ser diferente. Com efeito:

(a) Os direitos e garantias previstos na Constituição (art. 5º, § 2º) “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Esse dispositivo

³¹ Sobre a configuração desses ilícitos, cf. ZAFFARONI, Eugenio R., *En torno de la cuestión penal*, Montevideo: Editorial B de f, 2005, p. 124 e ss.

³² Por força do Decreto n. 6.185, de 13.08.07, o Presidente da República autorizou a Secretaria Especial dos Direitos Humanos a dar cumprimento à sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que determinou o pagamento de indenização aos familiares da vítima.

constitucional sempre nos permitiu subscrever a tese da constitucionalidade do direito internacional dos direitos humanos na ordem jurídica brasileira (tese esta que, sustentada pelo Min. Celso de Mello no STF, ficou minoritária, como veremos *infra*);

(b) A EC 45/2004 (*Reforma do Judiciário*) autoriza que os tratados de direitos humanos tenham “equivalência” de Emenda Constitucional, desde que seguido o procedimento contemplado no § 3º do art. 5º, da Constituição (votação de três quintos, em dois turnos em cada Casa Legislativa).

Constitui exemplo disso hoje a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, e promulgados pelo Decreto n.º 6.949, de 25.08.2009 (que entraram no Brasil com valor de Emenda Constitucional, por terem sido aprovados pelo Congresso com *quorum* qualificado – Decreto Legislativo nº 186, de 09.07.2008).

(c) depois de décadas de atraso em matéria de direito internacional, finalmente a Corte Suprema brasileira reconheceu (em 03.12.2008) o valor (no mínimo) *supralegal* dos tratados internacionais de direitos humanos (*RE* 466.343-1/SP e *HC* 87.585-TO); foi vencedora (por ora) a tese do Min. Gilmar Mendes (por cinco votos a quatro), não a tese do valor constitucional (defendida no STF pelo Min. Celso de Mello, e que sempre entendemos seja a melhor solução);

(d) em matéria de direitos humanos já se pode falar no Brasil (finalmente) numa (emblemática) “nova e superior instância” (de Justiça), que é composta, fundamentalmente, por dois órgãos: (1) a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e (2) Corte Interamericana de Direitos Humanos (sediadas, respectivamente, em Washington e em San José da Costa Rica). Ambas fazem parte do nosso sistema (regional) interamericano de proteção dos direitos humanos.³³

³³ Cf., especialmente, GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2010.

De muitas maneiras pode ser explicada a presença dessa “superior instância” (na verdade, instância extraordinária e complementar de proteção dos direitos humanos) na vida do brasileiro. Mas talvez a mais contundente esteja no fato de a Corte Interamericana (e a Comissão) estar começando a condenar o Brasil nas suas violações aos direitos humanos (v.g., os casos *Ximenes Lopes* e *Araguaia* são paradigmáticos: em todos eles a Corte determinou sanções contra o Brasil).

Até o ano 2008 nosso Direito produzido pelo constituinte e pelo legislador ordinário só reconhecia hierarquia superior para as normas constitucionais. Depois de 2008 apresentou-se no direito brasileiro uma nova (e totalmente renovada) pirâmide jurídica, em que na base continuam as leis ordinárias, mas que acima dessa base encontram-se os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no país.³⁴

Velha jurisprudência do STF (com origem nos anos 70 do século XX, no *RE* nº 80.004/SE) dizia que os tratados internacionais (ai inclusos os de direitos humanos) valiam tanto quanto a lei ordinária, no que se consagrava o chamado *sistema paritário* entre as normas internacionais e de direito interno. Ou seja, leis ordinárias e tratados (inclusive os de direitos humanos) ocupavam o mesmo patamar jurídico no que concernia à hierarquia das normas. Normas superiores eram apenas as constitucionais, mais nenhuma outra (seguindo a velha alegoria da “pirâmide” kelseniana).

Essa tradicional e propecta estrutura ou pirâmide jurídica (ou seja, essa forma de compreender o Direito sob a ótica legalista positivista) está absolutamente esgotada na pós-modernidade.

A antiga pirâmide kelseniana foi definitivamente sepultada pelo STF, no seu julgamento histórico do dia 3 de dezembro de 2008.³⁵ Nesse julgamento o STF admitiu o valor (no mínimo) *supralegal* dos tratados de direitos humanos (ratificados pelo Brasil e incorporados no direito interno).

³⁴ V., por tudo, GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, Características gerais do direito (especialmente do direito internacional) na pós-modernidade, in *Revista Forense*, vol. 412, ano 106, Rio de Janeiro, nov./dez. 2010, p. 467-485.

³⁵ V. *RE* 466.343-1/SP e *HC* 87.585-TO.

De que maneira o direito internacional dos direitos humanos pode ser incorporado em cada país?

O direito internacional dos direitos humanos (teoricamente) pode ser incorporado ao ordenamento jurídico interno como:

(a) Emenda Constitucional (esse é o caso da nossa CF, art. 5º, § 3º – esse dispositivo vale para todos os tratados de direitos humanos aprovados com *quorum* especial, tal como se deu com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo – *v. supra*);

(b) como direito supralegal (voto do Min. Gilmar Mendes);

(c) como direito constitucional (posição do Min. Celso de Mello – *HC 87.585-TO* – e de grande parte da doutrina fundada no art. 5º, § 2º, da CF); ou

(d) como direito supraconstitucional (como, *v.g.*, o Tribunal Penal Internacional, que tem jurisdição supranacional).

São múltiplas as técnicas legislativas de incorporação do direito internacional dos direitos humanos ao direito interno.

Observação preliminar: a antiga jurisprudência do STF (RE 80.004) no sentido de que o direito internacional dos direitos humanos valeria apenas como direito ordinário foi (sabidamente) abandonada.

Primeira corrente: a primeira possibilidade de incorporação do direito internacional dos direitos humanos no direito interno (incorporação como Emenda Constitucional) vem disciplinada no § 3º do art. 5º da Carta, inserido pela Emenda Constitucional 45, que diz: “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”.

Segunda corrente: a segunda possibilidade (direito supralegal) foi sustentada no voto supracitado do Min. Gilmar Mendes (*RE 466.343-1/SP*), que foi reiterado tanto no *HC 90.172-SP*, Segunda Turma, votação unânime, j. 05.06.2007, como no *HC 87.585-TO*.

No *HC 90.172-SP* decidiu-se o seguinte: “A Turma deferiu habeas corpus (...). Em seguida, asseverou-se que o tema da legitimidade da prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese excepcional do devedor de alimentos, encontra-se em discussão no Plenário (*RE 466.343/1/SP*, v. Informativos 449 e 450) e conta com 7 votos favoráveis ao reconhecimento da inconstitucionalidade da prisão civil do alienante fiduciário e do depositário infiel. Tendo isso em conta, entendeu-se presente a plausibilidade da tese da impetração. Reiterou-se, ainda, o que afirmado no mencionado *RE 466.343/1/SP* no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem status normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7.º, 7), não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel. *HC 90172/SP*, rel. Min. Gilmar Mendes, 5.6.2007.”

O Direito Constitucional, depois de 1988, conta com relações diferenciadas frente ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. A visão da supralegalidade deste último encontra amparo em vários dispositivos constitucionais (CF, art. 4.º, art. 5.º, §§ 2.º, 3º e 4º).³⁶

³⁶ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira (*et all.*). *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 663.

Terceira corrente: a terceira corrente acima referida (nível de direito constitucional) emana de um consolidado entendimento doutrinário,³⁷ que já conta com várias décadas de existência no nosso país.³⁸ Em consonância com essa linha de pensamento há, inclusive, algumas decisões do STF (RE 82.424, rel. Min. Carlos Velloso), mas é certo que essa tese nunca foi majoritária na nossa Suprema Corte de Justiça. Somente agora é que ela ganhou reforço com a posição do Min. Celso de Mello (HC 87.585-TO).

O STF (em tempos passados) já havia reconhecido o valor constitucional dos tratados de direitos humanos, não se entendendo o por quê de ter mudado posteriormente de posição. O seu novo posicionamento pode ser assim expresso: “Com efeito, esta Suprema Corte, ao interpretar o texto constitucional, atribuiu, em determinado momento (décadas de 1940 e de 1950), superioridade às convenções internacionais em face da legislação interna do Brasil (ApCiv 7.872/RS, rel. Min. Laudo de Camargo; ApCiv 9.587/DF, rel. Min. Lafayette de Andrada), muito embora, em sensível mudança de sua jurisprudência, viesse a reconhecer, em momento posterior (a partir da década de 1970), relação de paridade normativa entre as espécies derivadas dessas mesmas fontes jurídicas (RTJ 58/70; RTJ 83/809; RTJ 179/493-496, v.g.)”.

Quarta corrente: o valor supraconstitucional dos tratados de direitos humanos, que nunca teve repercussão jurisprudencial entre nós (mas agora, depois do advento do Tribunal Penal Internacional, esse tema irá requerer nova atenção dos juristas).

Posição do STF (decisão histórica): na histórica decisão do STF de 03.12.08 (RE 466.343-SP) dois foram os votos marcantes (de Gilmar Mendes e Celso de Mello): são divergentes na intensidade (gradualidade), mas convergentes na adoção de um novo modelo de Estado (de Direito e de Justiça).

Pelo valor histórico que possuem, vejamos a síntese dos dois (revolucionários) votos citados:

³⁷ Antônio Augusto Cançado Trindade, Flávia Piovesan, Ada Pellegrini Grinover, Sylvia Steiner etc.

³⁸ Para detalhes, v. especialmente MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 817-847; e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O novo § 3.º do art. 5.º da Constituição e sua eficácia, in *Revista Forense*, vol. 378, ano 101, Rio de Janeiro, mar./abr. 2005, p. 89-109.

1.º) *Voto do Min. Gilmar Mendes*. De acordo com Gilmar Mendes (voto proferido no *RE 466.343-1/SP*) os tratados de direitos humanos, precedentes ou posteriores à EC 45/2004, desde que não aprovados por *quorum* qualificado, nos termos do art. 5.º, § 3.º, da CF, possuem valor supralegal (e infraconstitucional). A pirâmide jurídica (tridimensional) defendida por ele é a seguinte:

(a) no topo acha-se a *Constituição* (assim como os tratados de direitos humanos aprovados de acordo com o procedimento do art. 5.º, § 3.º, da CF);

(b) abaixo dela, mas acima da lei ordinária, estão os tratados internacionais de direitos humanos não aprovados pelo *quorum* qualificado, pouco importando se o tratado é anterior ou posterior à EC 45/2004 e;

(c) no patamar inferior está a *legislação ordinária* (assim como os tratados que não versam sobre direitos humanos).

Pausa excursiva (síntese do voto do Min. Gilmar Mendes proferido no *RE 466.343-1/SP*): “Em seguida, o Min. Gilmar Mendes acompanhou o voto do relator, acrescentando aos seus fundamentos que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem status normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7.º, 7), não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel. Aduziu, ainda, que a prisão civil do devedor-fiduciante viola o princípio da proporcionalidade, porque o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, bem como em razão de o DL 911/69, na linha do que já considerado pelo relator, ter instituído uma ficção jurídica ao equiparar o devedor-fiduciante ao depositário, em ofensa ao princípio da reserva legal proporcional. Após os votos dos Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Marco Aurélio, que também acompanhavam o voto

do relator, pediu vista dos autos o Min. Celso de Mello. *RE* 466343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 22.11.2006. O Tribunal retomou julgamento de recuso extraordinário no qual se discute a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária em garantia – *v. Informativo 304*. O Min. Gilmar Mendes, em voto-vista, acompanhou o voto do relator para negar provimento ao recurso, adotando os fundamentos expendidos no caso acima relatado. No mesmo sentido votaram os Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Após, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Min. Celso de Mello. *RE* 349703/RS, rel. Min. Ilmar Galvão, 22.11.2006 (*RE* 349.703).

2.º) *Voto do Min. Celso de Mello*. Para o Min. Celso de Mello (voto proferido no *HC* 87.585-TO e no *RE* 466.343-1/SP) a nova pirâmide jurídica (bidimensional) teria outra configuração, porque os tratados internacionais de direitos humanos vigentes no Brasil antes da EC 45/2004 foram recepcionados ou amparados pelo art. 5º, § 2º, portanto teriam valor constitucional. No topo dessa pirâmide (bidimensional) estão a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos (mesmo que firmados e vigentes no Brasil antes da EC 45/2004) e, na base, está a legislação ordinária.³⁹ Tratados de direitos humanos posteriores à EC 45/2004, pouco importando o cumprimento ou não do § 3º do art. 5º, também contam com valor materialmente constitucional (em razão do citado art. 5º, § 2º).

A nova pirâmide normativa formal concebida a partir de algumas decisões do STF (*HC* 87.585-TO, *RE* 466.343-1/SP, *HC* 90.172-SP, *HC* 88.420-PR) é bem distinta daquela que, normalmente, sob os auspícios de Hans Kelsen, ainda continua sendo ensinada nas faculdades de direito brasileiras. Espera-se que essa verdadeira revolução seja bem compreendida por todos os estudantes e operadores jurídicos no Brasil.

A emblemática alteração estrutural (e formal) do Direito reside no valor hierárquico qualificado que o STF está (agora) a emprestar ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Evidente que, por questão de coerência, deve seguir nesse caminho quando defronte a outras questões jurídicas a envolver a aplicação dos tratados de

³⁹ Cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*, cit., p. 817-847.

direitos humanos, como aquela que ora nos ocupa neste ensaio (a Lei de Anistia brasileira).

6. Respeito e internalização (aplicação) do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais locais

Uma exuberante prova de aceitação (e aplicação) do direito internacional dos direitos humanos aqui no nosso país se deu no âmbito da prisão civil do depositário infiel. Na sessão Plenária do dia 16 de dezembro de 2009 o STF chegou a editar a Súmula Vinculante n.º 25: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.⁴⁰ O que se defendia há anos foi finalmente sumulado pela Suprema Corte, com caráter vinculante à Administração Pública e ao Judiciário.

Com a decisão proferida no *RE* 466.343-SP (03.12.08), que foi ratificada com a Súmula Vinculante n.º 25, o Brasil ingressou, definitivamente, na “terceira onda” evolutiva do Estado, do Direito e da Justiça, que é a onda do internacionalismo (ou da internacionalização dos direitos humanos).

No Estado de Direito da legalidade caberia prisão civil do depositário infiel (muitas leis a preveem). No Estado de Direito (puramente) constitucional também (porque a Constituição brasileira possibilita a prisão civil do depositário infiel – CF, art. 5º, inc. LXVII). Já no Estado de Direito internacional a impossibilidade de se coagir mediante prisão um devedor é manifesta (em virtude da vedação da Convenção Americana, art. 7.7).

A Constituição brasileira prevê duas hipóteses de prisão civil: do alimentante inadimplente e do depositário infiel (CF, art. 5º, LXVII). A legislação ordinária brasileira regulamentou (com base na CF) várias situações de prisão civil, ampliando bastante a locução “prisão do depositário infiel”. Essa ampliação excessiva sempre foi objeto de muitas críticas.⁴¹

⁴⁰ *V. DOU* de 23.12.2009, p. 1.

⁴¹ Cf., por tudo, MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica*: especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Incontáveis acórdãos do STJ reiteradamente negaram validade para a prisão do depositário no caso da alienação fiduciária (REsp. 7.943-RS; REsp. 2.320-RS etc.). No STF alguns votos vencidos (de Marco Aurélio, Rezek, Velloso, Pertence) não discrepavam do entendimento preponderante no STJ. Mas o pensamento majoritário tradicional (legalista e positivista) no STF sempre foi no sentido da sua admissibilidade (baseando-se na sua jurisprudência clássica da paridade entre a lei ordinária e o tratado de direitos humanos – *HC 80.004*).

Um novo horizonte foi descortinado no dia e de dezembro de 2008 com o *RE 466.343-1/SP*: os nove votos proferidos reconheceram o fim dessa prisão civil (do depositário infiel), pouco importando a natureza do depósito (judicial ou não judicial). Seu relator (Min. Cezar Peluso) negou validade para a prisão do depositário infiel no caso da alienação fiduciária (porque a legislação respectiva conflita com a CF). O Min. Gilmar Mendes agregou outros dois fundamentos: considerando-se que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos só prevê a prisão civil por alimentos (art. 7.º, 7), é certo que nossa legislação ordinária relacionada com o depositário infiel conflita com o teor normativo desse texto humanitário internacional. O conflito de uma norma ordinária (que está em posição inferior) com a Convenção Americana resolve-se pela invalidade da primeira. É o que ficou espelhado no voto do Min. Gilmar Mendes, que ainda mencionou o princípio da proporcionalidade como ulterior fundamento para não admitir a prisão de depositário infiel. No *HC 90.172* (com votação unânime da Segunda Turma), o Min. Gilmar Mendes reiterou sua posição anterior.

Cumprir destacar que, em antológico voto proferido em 12.03.2008, o Min. Celso de Mello (no Pleno do STF) já reconhecia não a supralegalidade, mas, sim, o valor constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos.

Em síntese, a nova postura jurisprudencial do STF finca suas raízes em novos tempos, em novos horizontes, em que a era da internacionalização dos direitos humanos já não pode ser (antiquadamente) ignorada.

O passo extraordinário que o STF deu em relação à prisão civil do depositário infiel deve, agora, na linha do que estão fazendo os nossos países vizinhos (Argentina,

Chile, Uruguai etc.),⁴² ser seguido no que consiste ao cumprimento da decisão da Corte Interamericana proferida no “Caso Araguaia”.⁴³ Por mais que existam declarações em sentido contrário, a obrigatoriedade de internalização (da jurisprudência da Corte Interamericana) pelos juízes e tribunais brasileiros faz parte de um movimento universal absolutamente incontestável.⁴⁴

Para que não haja nenhuma dúvida sobre a necessidade de cumprimento (ou não) da sentença de 24.11.10 da Corte Interamericana pelo Brasil (e pelos seus poderes constituídos) recomenda-se a leitura da citada sentença, dando-se especial enfoque aos seguintes trechos:

48. La demanda presentada por la Comisión Interamericana no busca revisar la sentencia del Supremo Tribunal Federal, decisión que ni siquiera había sido emitida cuando dicho órgano presentó su demanda ante la Corte Interamericana, sino que pretende que se establezca si el Estado violó determinadas obligaciones internacionales establecidas en diversos preceptos de la Convención Americana em perjuicio de las presuntas víctimas, incluyendo, *inter alia*, el derecho a no ser sujeto a una desaparición forzada derivado de los artículos 3, 4, 5 y 7 de la Convención Americana, el derecho a la protección judicial y a las garantías judiciales relativos al esclarecimiento de los hechos y la determinación de las responsabilidades individuales por los mismos, derivados de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana.

49. En numerosas ocasiones la Corte ha sostenido que el esclarecimiento de si El Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales en virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, puede conducir a que este Tribunal deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos para establecer su

⁴² Sobre a incidência do direito internacional no âmbito do direito interno da Argentina, cf. MONCAYO, Guillermo R., Críterios para ja aplicación de las normas internacionales que resguardan los derechos humanos em el derecho argentino, in *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, cit., p. 89 e ss. V. ainda, VANOSSI, Jorge R., Los tratados internacionales ante la reforma de 1994, in *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, cit., p. 105 e ss.; SCHIFFRIN, Leopoldo, La primacía del derecho internacional sobre el derecho argentino, in *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, cit., p. 115 e ss.; TRAVIESO, Juan A., Los nuevos paradigmas. Enfoque com nuevas consideraciones metodológicas, in *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, cit., p. 127 e ss.; e FAPPIANO, Oscar L., La ejecucion de las decisiones de tribunales internacionales por parte de los órganos locales, in *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, cit., p. 147 e ss.

⁴³ Sobre a margem de apreciação da justiça local, cf. VALIÑA, Liliana, El margen de apreciacion de los Estados em la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos em el ambito interno, in *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, cit., p. 173 e ss.

⁴⁴ Cf. GORDILLO, Agustín. Los amparos de los artículos 43 y 75, inciso 22, de la Constitucion Nacional, in *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, in *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, cit., p. 201 e ss.

compatibilidad con la Convención Americana⁴⁴, lo cual incluye, eventualmente, las decisiones de tribunales superiores. En el presente caso, la Corte Interamericana no está llamada a realizar un examen de la Ley de Amnistía en relación con la Constitución Nacional del Estado, cuestión de derecho interno que no le compete, y que fuera materia Del pronunciamiento judicial en la Acción de Incumplimiento No. 153 (*infra* párr. 136), sino que debe realizar el control de convencionalidad, es decir, el análisis de la alegada incompatibilidad de aquella ley con las obligaciones internacionales de Brasil contenidas en la Convención Americana. En consecuencia, los alegatos referentes a esta excepción son cuestiones relacionadas directamente con el fondo de la controversia, que pueden ser examinados por este Tribunal a la luz de la Convención Americana sin contravenir la regla de la cuarta instancia. Por lo tanto, el Tribunal desestima esta excepción preliminar.

50. La Corte Interamericana es competente en los términos del artículo 62.3 de la Convención para conocer el presente caso, en razón de que Brasil es Estado Parte de la Convención Americana desde el 25 de septiembre de 1992 y reconoció la *competência contenciosa* de la Corte el 10 de diciembre de 1998.

108. En definitiva, toda vez que haya motivos razonables para sospechar que una persona ha sido sometida a desaparición forzada debe iniciarse una investigación¹³⁸. Esta obligación es independiente de que se presente una denuncia, pues en casos de desaparición forzada el derecho internacional y el deber general de garantía, imponen la obligación de investigar el caso *ex officio*, sin dilación, y de una manera seria, imparcial y efectiva. Este es un elemento fundamental y condicionante para la protección de los derechos afectados por esas situaciones¹³⁹. En cualquier caso, toda autoridad estatal, funcionario público o particular que haya tenido noticia de actos destinados a la desaparición forzada de personas, deberá denunciarlo inmediatamente¹⁴⁰.

109. Para que una investigación sea efectiva, los Estados deben establecer un marco normativo adecuado para desarrollar la investigación, lo cual implica regular como delito autónomo en sus legislaciones internas la desaparición forzada de personas, puesto que la persecución penal es un instrumento adecuado para prevenir futuras violaciones de derechos humanos de esta naturaleza. Asimismo, el Estado debe garantizar que ningún obstáculo normativo o de otra índole impida la investigación de dichos actos y, en su caso, la sanción de sus responsables.

126. En el presente caso, la responsabilidad estatal por la desaparición forzada de las víctimas no se encuentra controvertida (*supra* párrs. 116 y 118). Sin embargo, las partes discrepan respecto de las obligaciones internacionales del Estado derivadas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ratificada por Brasil en 1992 que, a su vez, reconoció la competencia contenciosa de este Tribunal en 1998. De tal modo, la Corte Interamericana debe resolver en el presente caso si la Ley de Amnistía sancionada en 1979 es o no compatible con los derechos consagrados en los artículos 1.1, 2169, 8.1170 y 25171 de la Convención Americana o, dicho de otra manera, si aquella puede

mantener sus efectos jurídicos respecto de graves violaciones de derechos humanos, una vez que el Estado se obligó internacionalmente a partir de la ratificación de la Convención Americana.

138. El Tribunal reitera que la obligación de investigar violaciones de derechos humanos se encuentra dentro de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención¹⁸². El deber de investigar es una obligación de medios y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas, de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios¹⁸³. A la luz de ese deber, una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, deben iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva ¹⁸⁴. Esta investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientarse a la determinación de la verdad.

140. Adicionalmente, la obligación conforme al derecho internacional de procesar y, si se determina su responsabilidad penal, sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, se desprende de la obligación de garantía consagrada en El artículo 1.1 de la Convención Americana. Esta obligación implica el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos ¹⁸⁶. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, Del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de derechos humanos¹⁸⁷. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablece, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción.

148. Como ya ha sido adelantado, esta Corte se ha pronunciado sobre La incompatibilidad de las amnistías con la Convención Americana en casos de graves violaciones a los derechos humanos relativos a Perú (*Barrios Altos y La Cantuta*) y Chile (*Almonacid Arellano y otros*).

172. La Corte Interamericana considera que la forma en la cual ha sido interpretada y aplicada la Ley de Amnistía adoptada por Brasil (*supra* párrs. 87, 135 y 136) há afectado el deber internacional del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos al impedir que los familiares de las víctimas en El presente caso fueran oídos por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención Americana y violó el derecho a la protección judicial consagrado en El artículo 25 del mismo instrumento precisamente por la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos, incumpliendo asimismo el artículo 1.1 de la Convención. Adicionalmente, al aplicar la Ley de Amnistía impidiendo la investigación de los hechos y la identificación,

juzgamiento y eventual sanción de los posibles responsables de violaciones continuadas y permanentes como las desapariciones forzadas, el Estado incumplió la obligación de adecuar su derecho interno consagrada en el artículo 2 de La Convención Americana.

176. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. El Poder Judicial, en tal sentido, está internacionalmente obligado a ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

177. En el presente caso, el Tribunal observa que no fue ejercido el control de convencionalidad por las autoridades jurisdiccionales del Estado y que, por el contrario, la decisión del Supremo Tribunal Federal confirmó la validez de la interpretación de la Ley de Amnistía sin considerar las obligaciones internacionales de Brasil derivadas del derecho internacional, particularmente aquellas establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma. El Tribunal estima oportuno recordar que la obligación de cumplir con las obligaciones internacionales voluntariamente contraídas corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional de los Estados, respaldado por la jurisprudencia internacional y nacional, según el cual aquellos deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*). Como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el artículo 27 de La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, los Estados no pueden, por razones de orden interno, incumplir obligaciones internacionales. Las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos sus poderes y órganos, los cuales deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de su derecho interno.

Frise-se ter participado do mesmo julgamento, na qualidade de juiz *ad hoc* brasileiro, o Sr. Roberto de Figueiredo Caldas, que em seu voto em apartado, e na mesma linha da sentença, assim sublinhou:

4. Continuando na breve incursão sobre temas pontuais relevantes, se aos tribunais supremos ou aos constitucionais nacionais incumbe o controle de constitucionalidade e a última palavra judicial no âmbito interno dos Estados, à Corte Interamericana de Direitos Humanos cabe o controle de

convencionalidade e a última palavra quando o tema encerre debate sobre direitos humanos. É o que decorre do reconhecimento formal da competência jurisdicional da Corte por um Estado, como o fez o Brasil.

5. Para todos os Estados do continente americano que livremente a adotaram, a Convenção¹³ equivale a uma Constituição supranacional atinente a Direitos Humanos. Todos os poderes públicos e esferas nacionais, bem como as respectivas legislações federais, estaduais e municipais de todos os Estados aderentes estão obrigados a respeitá-la e a ela se adequar.

6. Mesmo as Constituições nacionais não de ser interpretadas ou, se necessário, até emendadas para manter harmonia com a Convenção e com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. De acordo com o artigo 2º da Convenção, os Estados comprometem-se a adotar medidas para eliminar normas legais e práticas de quaisquer espécies que signifiquem violação a ela e, também ao contrário, comprometem-se a editar legislação e desenvolver ações que conduzam ao respeito mais amplo e efetivo da Convenção.

29. O exame de conceito da esfera do Direito Penal Internacional não deve melindrar a Corte ou instâncias judiciárias nacionais, dada a evidente confluência de várias circunscrições do Direito Internacional, o que vem sendo propalado pela doutrina e pela jurisprudência não é de hoje. Assim o é porque são largas as fronteiras entre os subramos como os Direitos Humanos, o Direito Humanitário e o Direito Penal Internacional. Suas normas e suas fontes são necessariamente complementares, senão correr-se-ia o grave risco de divergência entre as interpretações desses nichos jurídicos que jamais seriam uniformizadas, com lamentável insegurança jurídica para a humanidade.

30. Finalmente é prudente lembrar que a jurisprudência, o costume e a doutrina internacionais consagram que nenhuma lei ou norma de direito interno, tais como as disposições acerca da anistia, as normas de prescrição e outras excludentes de punibilidade, deve impedir que um Estado cumpra a sua obrigação inalienável de punir os crimes de lesa-humanidade, por serem eles insuperáveis nas existências de um indivíduo agredido, nas memórias dos componentes de seu círculo social e nas transmissões por gerações de toda a humanidade.

31. É preciso ultrapassar o positivismo exacerbado, pois só assim se entrará em um novo período de respeito aos direitos da pessoa, contribuindo para acabar com o círculo de impunidade no Brasil. É preciso mostrar que a Justiça age de forma igualitária na punição de quem quer que pratique graves crimes contra a humanidade, de modo que a imperatividade do Direito e da Justiça sirvam sempre para mostrar que práticas tão cruéis e desumanas jamais podem se repetir, jamais serão esquecidas e a qualquer tempo serão punidas.

Todas essas manifestações da Corte (na sentença e no voto em separado do juiz *ad hoc* brasileiro) fielmente demonstram que o Judiciário brasileiro deve ingressar (*de facto*, e não apenas *de jure*) na onda internacionalista do Estado, do Direito e da Justiça, e aceitar em definitivo os comandos que vêm de cima (do Direito Internacional Público) e, mais ainda, de órgão (tribunal) especializado em matéria de proteção aos direitos humanos.

7. Conclusão

Ao cabo desta exposição teórica, cabe sumariamente concluir o seguinte:

1) Que a internacionalização dos direitos humanos é uma realidade incontestável que marca a era da pós-modernidade, caracterizada pela globalização (inclusive da dignidade humana).

2) Que esse *corpus juris* específico – chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos – goza de absoluta primazia sobre a legislação doméstica naquilo que é mais benéfico ao ser humano sujeito de direitos (princípio internacional *pro homine*). Ou seja, esse conjunto normativo internacional de proteção possui caráter *sui generis*. Suas normas possuem hierarquia diferenciada no plano doméstico (estão acima de todas as leis) e com este não podem ser confundidas.

3) Toda a produção legislativa ordinária (de qualquer Estado) que faça parte do sistema interamericano de direitos humanos está sujeita, doravante, a dois principais tipos de controle: (a) o de *constitucionalidade* e (b) o de *convencionalidade*.

4) Constitui obrigação impostergável de todos os juízes e tribunais locais (nacionais) fazer desses dois tipos de controle uma realidade. Os juízes e tribunais locais estão, inclusive, obrigados a exercer *ex officio* tais controles, segundo o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

5) Para a proteção, no nosso entorno regional, dos direitos humanos previstos nos tratados internacionais, qualquer ser humano lesado pode acionar o sistema regional interamericano de direitos humanos, visto que essa tutela já não está regida

pelo princípio do *domestic affair*, mas sim do *international concern*. A proteção dos direitos humanos convencionados conta com o amparo complementar do direito internacional.

6) O Brasil tem a obrigação de cumprir a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 24 de novembro de 2010, proferida no “Caso Araguaia”. O nosso país foi declarado responsável pelo desaparecimento de dezenas de pessoas e, agora, por força da sentença da Corte citada tem o dever de investigar e, se for o caso, processar os responsáveis pelos referidos delitos contra a humanidade, não tendo nenhum valor jurídico a Lei de Anistia brasileira (embora validada pelo STF em abril de 2010).

7) No Estado de Direito Internacional (defendido, entre outros, por Luigi Ferrajoli) é preciso respeitar a pluralidade de fontes normativas e promover, entre elas, o devido “diálogo” (Erik Jayme) capaz de fazer prevalecer a norma mais favorável à tutela dos direitos humanos (princípio *pro homine*).

8) A jurisprudência brasileira já deu (exuberante) demonstração da força normativa do direito internacional dos direitos humanos ao cuidar do tema da prisão civil do depositário infiel. A nossa Suprema Corte (no *RE* 466.343-SP) não só reconheceu a hierarquia superior desse ramo do Direito como acabou editando a Súmula Vinculante 25, para proibir definitivamente a prisão civil de depositário infiel no país, qualquer que seja a modalidade do depósito.

9) Na esteira desse precedente pós-moderno do STF espera-se, agora, que seja cumprida sem resistência e dentro de prazo razoável a decisão da Corte Interamericana no “Caso Araguaia”.

Referências bibliográficas:

ABREGÚ, Martín & COURTIS, Christian (Orgs.). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: CELS, 2004.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para um direito mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2010.

_____. ; _____. *Direito supraconstitucional: do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito*. São Paulo: RT, 2010.

_____. ; _____. Características gerais do direito (especialmente do direito internacional) na pós-modernidade. *Revista Forense*, vol. 412, ano 106, Rio de Janeiro, nov./dez. 2010, p. 467-485.

GOMES, Luiz Flávio & VIGO, Rodolfo Luis. *Do Estado de direito constitucional e transnacional: riscos e precauções (navegando pelas ondas evolutivas do Estado, do direito e da justiça)*. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

GORDILLO, Agustín (*et all.*). *Derechos humanos*. 5. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2005.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours*, v. 251 (1995), p. 9-267.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*, 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.

_____. The Inter-American human rights protection system: structure, functioning and effectiveness in Brazilian law. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, México: UNAM, 2011, pp. 331-367.

_____. *Tratados interacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: RT, 2009.

_____. O novo § 3.º do art. 5.º da Constituição e sua eficácia. *Revista Forense*, vol. 378, ano 101, Rio de Janeiro, mar./abr. 2005, p. 89-109.

_____. *Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica: especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira (*et all.*). *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e repressão*. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio R. *En torno de la cuestión penal*. Montevideo: Editorial B de f, 2005.