

P A R E C E R

O Prof. Dr. Luiz Pereira requer parecer sobre a *interim measure* exarada, em favor do Ex-Presidente Lula, pelo Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas. A medida requer que o Brasil “tome todas as necessárias medidas para assegurar que Lula pode exercer seus direitos políticos, enquanto na prisão, como candidato em 2018 na eleição presidencial. Isso inclui acesso apropriado à mídia e membros de seu partido político”. Na mesma direção, o Comitê requereu ao Brasil que não o impedisse de participar da eleição até que seu pedido perante aquele órgão fosse devidamente processado e julgado¹.

O questionamento refere-se sobre os efeitos dessa decisão no processo de registro da candidatura presidencial do Sr. Lula, atualmente em trâmite perante o Tribunal Superior Eleitoral, levando em consideração a inelegibilidade decorrente da condenação criminal em segundo grau, por órgão colegiado (art. 1, alínea “e”, Lei Complementar n. 64/90).

Tendo em vista que se trata de uma cautelar de órgão internacional a incidir no plano nacional e isso possa soar como inusitado, trazendo à baila, por exemplo, a ideia de soberania nacional, algumas considerações sintéticas sobre o contexto do direito internacional dos direitos humanos, sua relação com a Constituição Brasileira e demais aspectos permitirão afastar esse afoito estranhamento.

¹ Disponível em:

<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23464&LangID=E>

Marcelo Peregrino Ferreira
Advogados Associados

Antes, destarte, da discussão sobre a eficácia ou natureza normativa da medida cautelar do Comitê, faz-se necessária uma breve incursão no contexto que lhe antecede, de onde se poderá extrair as conclusões acerca do alcance e significado dessa manifestação da ONU.

SUMÁRIO

1.O PARADIGMA DO PÓS-GUERRA

2. A CONSTITUIÇÃO DE 1988- A ABERTURA PARA O MUNDO

3. A SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

4.O PRINCÍPIO *PRO PERSONA* COMO CRITÉRIO HERMENÊUTICO

5.O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

5.1. Os direitos políticos e a corte interamericana

5.2. Precedentes da Corte Interamericana sobre direitos políticos

6.O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

6.1.O Controle Difuso de Convencionalidade

7. O SISTEMA ONU E A HIGIDEZ DO PROCESSO DE FORMAÇÃO DOS TRATADOS QUE ILUMINAM O CASO

7.1. A feição do dever regulamentar e a inadequação à sua participação na gênese dos tratados

7.2. Medidas cautelares do Comitê de Direitos Humanos

7.3. Força vinculativa das medidas cautelares ditadas pelo Comitê de Direitos Humanos

8. DO REGISTRO DE CANDIDATURA DO SR. LULA DA SILVA E DA ALTERAÇÃO JURÍDICA E FÁTICA SUPERVENIENTE

9. RESPONSABILIDADE DO ESTADO

10. CONCLUSÕES

1.0 PARADIGMA DO PÓS-GUERRA

Em face dos horrores da Segunda Guerra Mundial, percebe-se a incapacidade do Estado de prover as garantias mínimas de proteção aos direitos do homem. Cai o paradigma positivista de cunho nacional, no que tange à proteção do cidadão.

Surge, portanto, um novo modelo de modo a garantir um piso mínimo de respeito ao homem, tendo como força a união dos Estados em organismos internacionais, sobrevivendo daí a Carta da ONU de 1945 e a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), pedra fundante da noção de universalidade e inerência dos direitos humanos.

Esse movimento tem duas consequências mais imediatas: i) a fragilização da soberania estatal; ii) a criação de organismos internacionais destinados à preservação e consolidação de um padrão mínimo de proteção aos direitos do homem.

Passa-se de uma soberania estatal alargada do Estado nacional, para um verdadeiro “direito de ingerência” dos organismos supraestatais, segundo Flávia Piovesan², nos casos de reiteradas violações aos direitos humanos.

Assim, não se admite que um Estado ao negar efeitos às decisões oriundas de um tratado, do qual é parte, valha-se dessa ideia decaída de soberania local, de um domínio reservado e proibido ao escrutínio internacional. E isto não apenas pelo fato da própria participação voluntária em um tratado ser manifestação, por excelência, da sua soberania como tem decidido, desde a década de 20, a Corte Permanente de Justiça Internacional, Caso S. S. Wimbledon, sentença de 17 de agosto de 1923, P.C.I.J, Série, A, n. 1 (1923), p. 25³).

É que são reconhecidas obrigações *erga omnes* de proteção aos direitos humanos na ordem internacional, segundo André de Carvalho Ramos, consistentes no “direito subjetivo de toda comunidade internacional em sua proteção”⁴ e da oposição ao Estado

² PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 312.

³ CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 93.

⁴ CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 88.

violador de tais deveres de acolhimento dos direitos humanos. E tais obrigações, aquelas impregnadas de valores essenciais, de direitos humanos fundamentais, foram já afirmadas nos precedentes da Corte Internacional de Justiça nos casos *Barcelona Traction* (1970), *Ensaio Nucleares* (1974), *Nicarágua versus Estados Unidos* (1986), *Timor Oriental* (1995) e *Bósnia-Herzegovina versus Iugoslávia* (1996).

Noutro vértice, inviável desconhecer a necessidade do Estado local de emprestar efetividade aos parâmetros mínimos de respeito aos direitos humanos, cumprindo as decisões emanadas dos órgãos internacionais. Somente os Estados, em última análise, é que poderão dar eficácia e sentido e permitir o funcionamento dos sistemas internacionais de proteção aos direitos do homem.

De todo modo, esses direitos assinalados nos tratados internacionais, ao longo do tempo, acabaram sendo reconhecidos nas constituições posteriores a 1948, ocorrendo a institucionalização desses parâmetros mínimos de proteção, daí já como direitos fundamentais positivados nas Cartas Constitucionais.

2. A CONSTITUIÇÃO DE 1988- A ABERTURA PARA O MUNDO

A Constituição Federal de 1988 representa uma grande inovação no que diz respeito à matéria aqui tratada, graças ao seu pendor internacionalista. Há o reconhecimento, nesta fase de transição para o regime democrático do núcleo duro dos direitos humanos fundamentais, ou seja, da necessidade do Estado Democrático e de Direito se fundar na dignidade da pessoa humana⁵, numa nova “topografia constitucional”

⁵ O conceito de dignidade permanece em aberto, sujeito à participação do intérprete e de uma construção de sentido cultural e social. Contudo, Ingo Sarlet afirma "que a própria dignidade da pessoa, como norma jurídica fundamental, possui um núcleo essencial e, portanto apenas este (na hipótese de uma necessária harmonização da dignidade de diversas pessoas), por via de consequência, será inatingível". (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 138). A dignidade da pessoa humana, segundo Pérez, “é o ponto de referência de todas as faculdades que se dirigem ao reconhecimento e afirmação da dimensão moral da pessoa”. São invioláveis os direitos inerentes à dignidade humana que se traduzem no exercício das faculdades exigidas pela dignidade. E todos os direitos humanos se projetam a partir da dignidade da pessoa humana. Não apenas os direitos fundamentais, mas os direitos sociais. Os direitos fundamentais e de liberdade podem ser considerados como hauridos do princípio da dignidade humana. E outros, como o direito à incolumidade física e moral; o direito à honra; a intimidade pessoal ou familiar; liberdade de educação e expressão e objeção de consciência. Um interessante esquema interpretativo é dado por PÉREZ. São critérios gerais para a apreciação da violação à dignidade humana: i) são indiferentes as circunstâncias pessoais como nascimento, raça, sexo, idade, grau de inteligência. Há situações especiais em que isso é relevante como o caso de uma mulher grávida, ancião, criança; ii) não se requer intenção ou finalidade, devendo a avaliação ser objetiva; iii) é irrelevante a vontade da pessoa afetada; há entendimento de que a liberdade e dignidade se confundem. Assim, se a pessoa não se sente ultrajada, não haveria violação. A

(com os direitos e garantias antecedendo a organização estatal propriamente dita) que “reflete a mudança paradigmática da lente *ex parte principe* para a lente *ex parte populi*”, “um direito inspirado pela ótica da cidadania, radicado nos direitos dos cidadãos”, não sendo “sob a perspectiva do Estado que se afirmam direitos”, mas pelos direitos que se afirma o Estado, na lição de Flávia Piovesan⁶.

O internacionalismo, na Carta, desnuda-se quando se mencionam os princípios da prevalência dos direitos humanos, da autodeterminação dos povos, do repúdio ao terrorismo e ao racismo e da cooperação entre os povos (art. 4º, incisos II, III, VIII e IX)⁷, na ampliação dos direitos (direito à moradia, à duração razoável do processo, à alimentação) ou no momento da determinação que a “República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, social e cultural dos povos da América Latina, visando a formação de uma comunidade latino-americana de nações (parágrafo único do art. 4º) e que o país propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos (art. 7º, da ADCT)”. Mais recentemente, por força de emenda constitucional, incrementou-se a cláusula do Artigo 5º de abertura para os direitos e garantias vicejantes no cenário internacional para se afirmar a constitucionalidade dos tratados de direitos humanos (equivalentes às emendas constitucionais), obedecido o rito especial- e para submeter o país à jurisdição do Tribunal Penal Internacional⁸.

liberdade, no entanto, não desqualifica o ato atentatório à dignidade da pessoa humana. iv) devem ser levadas em consideração as distintas circunstâncias concorrentes, como o lugar, tempo e situações em que são produzidas (PÉREZ, Jesus Gonzales. *La dignidad de La persona*. Madrid: Civitas, 1986, p. 97-98). O Supremo Tribunal Federal assentou em acórdão a mesma compreensão sobre a função da dignidade da pessoa humana: “A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Constituição Federal (Art. 5º, incisos LIV e LXXVIII). Rel. Min. Celso de Mello, RHC 103546 / PB, julgamento: 07/12/2010, Segunda Turma. Sobre a restrição de direitos fundamentais, a Lei Fundamental da República Federativa da Alemanha dispõe em seu artigo 19º: “Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência”. A Constituição Portuguesa, de seu turno, preconiza no art. 18 a proteção da essencialidade do direito: “3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 97.

⁷ PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 102.

⁸ “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. § 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

A promessa e anseio da Constituição Federal é de dialogar e de incluir essa pluralidade de ordens jurídicas no esforço de proteção aos direitos fundamentais. Noutra vertente, isso é verificado de maneira empírica pelos efeitos concretos a partir da sua promulgação tanto no âmbito interno quanto no externo. Houve a ratificação dos principais tratados de direitos humanos pós-1988⁹ e, na ordem doméstica, seguiram-se diplomas legislativos protetivos dos direitos humanos e claramente cunhados com inspiração nas garantias asseguradas em documentos internacionais, como a chamada Lei Maria da Penha, as leis que definem o crime de tortura e de racismo e o Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁰.

E a partir dessas políticas públicas, fundadas em documentos internacionais, há a alteração da própria estrutura do Estado Brasileiro com a criação de conselhos, delegacias especializadas e comissões¹¹, por exemplo.

⁹ Convenções ratificadas pelo Brasil, no âmbito do sistema ONU, até 2008*: 1) Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) - O Brasil aderiu ao Pacto em 24 de janeiro de 1992; 2) Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (1966) - O Brasil aderiu ao Pacto em 24 de janeiro de 1992; 3) Emenda ao artigo 20, parágrafo 1º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher - O Brasil aceitou a emenda em 05 de março de 1997; 3.1) Protocolo Opcional à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher - Ratificado pelo Brasil em 28 de Junho de 2002; 4) Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes - Ratificada pelo Brasil em 28 de setembro de 1989; 4.1) Protocolo Opcional à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes - Ratificado pelo Brasil em 12 de janeiro de 2007; 5) Convenção sobre os Direitos da Criança - Ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990; 6.1) Emenda ao artigo 43 (2) da Convenção sobre os Direitos da Criança - O Brasil aceitou a emenda em 26 de fevereiro de 1998; 6.2) Protocolo Opcional à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre o envolvimento das crianças em conflitos armados - Ratificada pelo Brasil em 27 de janeiro de 2004; 6.3) Protocolo Opcional à Convenção dos Direitos da Criança sobre a Venda de Crianças, Prostituição e Pornografia Infantil - Aprovado pelo Decreto nº 5.007, de março de 2004; 7) Acordo de estabelecimento do Fundo para o Desenvolvimento dos Povos Indígenas da América Latina e Caribe - Ratificado pelo Brasil em 17 de junho de 1998; 8) Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Ratificada pelo Brasil, promulgada no Senado Federal em 09 de julho de 2008 com *status* de Emenda Constitucional. Aguarda a sanção presidencial e o depósito da ratificação na ONU; 8.1) Protocolo Opcional à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Idem a 8; 9) Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado Assinada pelo Brasil em 06 de Fevereiro de 2007. (*Fonte: Alto Comissariado dos Direitos Humanos das Nações Unidas, atualizado. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/11cndh/site/pndh/sis_int/onu/convencoes/Convencoes,%20tratados%20e%20pactos%20ratificados%20pelo%20Brasil.pdf>. No sistema regional interamericano, pode ser citada a Convenção Americana de Direitos Humanos.

¹⁰ “Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006: cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal e dá outras providências. Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989: define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990: dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências”.

¹¹ Discorrendo sobre a pauta das mulheres, Eliana Carneiro aponta que “[...] foram criados o Conselho Estadual dos Direitos das Mulheres de São Paulo (1980), o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher

Esse fenômeno também transparece, de forma mais direta, no artigo 5º, § 2º na cláusula remissiva acerca da incidência dos direitos e garantias fundamentais decorrentes do regime e de seus princípios, bem assim daqueles constantes em tratados internacionais em que a República seja parte. Criou-se pela Constituição um vaso de comunicação com o espaço internacional pela possibilidade de incorporação de direitos e garantias surgidos neste cenário no ordenamento jurídico interno. Inequivocamente, a Carta se volta generosa para o mundo¹², quando se tocam os direitos humanos, para acolhê-los com distinção, malgrado a natureza desta recepção ainda cause algum debate.

O Brasil se insere no sistema internacional de proteção dos direitos humanos se valendo e se submetendo, portanto, tanto à estrutura normativa global do sistema ONU¹³ quanto ao sistema regional, o sistema interamericano de direitos humanos, cujo documento essencial é a Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁴.

(1985) e as Delegacias Especializadas (a primeira em 1985). Hoje, são 97 Conselhos que, junto com o Conselho Nacional, participam dos eventos internacionais, fazem seminários, campanhas na mídia, materiais de consulta, etc. Também cada Ministério passou a contar com comissões voltadas para a mulher (por exemplo, no Ministério da Agricultura, a Comissão de Apoio à Mulher Trabalhadora Rural)". (CARNEIRO, Eliana. A Convenção Sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e Seu Protocolo Facultativo: Impacto no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v.4, n. 15, p. 187, jul/set. 2003). Pode-se apontar a criação das comissões da verdade incumbidas de esclarecimento dos episódios ocorridos durante o regime de exceção.

¹² Uma visão não tão otimista dessa internacionalização é a de Irineu Strenger, apesar do autor reconhecer a novidade da inserção do tema na Carta: "Quem examinar a Constituição visualmente notará que, em diversos títulos e itens se inserem alusões aos reflexos internacionais das medidas ali alvitadas, mas que, na prática, não traduzem melhores possibilidades para a vivência internacional de nosso país, que deveria exprimir-se, de modo mais fecundo, na experiência vivencial". (STRENGER, Irineu. O Direito Internacional na Constituição. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, ano 5, n. 18, p. 197, jan./mar. 1997). Walter Claudius Rothenburg também é crítico desta visão: "A Constituição brasileira é uma típica Constituição nacional, tributária de uma visão clássica de soberania como atributo de um poder autóctone que se impõe como incontrastável no plano interno e independente no plano internacional". (ROTHENBURG, Walter Claudius. A Convenção Americana de Direitos Humanos no Contexto Constitucional Brasileiro. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, ano 1, n. 4, p.73, jul./set. 2002.)

¹³ Declaração Universal dos Direitos do Homem, Carta da ONU, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, dentre outros diplomas mais específicos como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher.

¹⁴ Os tratados internacionais de direitos humanos se incluem em um sistema global e nos sistemas regionais de proteção aos direitos do homem fundados em critérios geopolíticos. Assim é que se tem o sistema europeu, americano e africano como os mais significativos ordenamentos regionais sobre o tema. O sistema global compreende a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Carta das Nações Unidas, tratado ratificado pelo Brasil em 1945, e os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais, e Culturais. No sistema regional há quatro documentos principais, segundo Mazzuoli: a) a Carta da Organização dos Estados Americanos (1.948); b) a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; c) Convenção Americana sobre Direitos do Homem (1.969), chamada de Pacto de San José da Costa Rica e d) Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais apelidado de Protocolo San Salvador. (MAZZUOLI, Valério. *Os Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos*-Uma análise comparativa dos sistemas interamericano, europeu e africano. SP: RT, 2011, p. 19). A Convenção Americana sobreveio com o Decreto nº 678, de 6

Há, iniludivelmente, um processo dialogal concernente aos direitos humanos, sendo o reconhecimento, na seara internacional, produtor de significativas alterações no ordenamento doméstico como um fluxo contínuo e benfazejo de avanços na sua construção. Avista-se um novo paradigma, assim, cuja marca se assenta na porosidade¹⁵ dos sistemas local, regional e internacional de proteção aos direitos humanos com sujeições e ganhos recíprocos na temática dos direitos e garantias individuais em contraposição à pirâmide normativa de Kelsen. Para Flávia Piovesan, são três as características¹⁶ desse novo modelo:

(...) a) o trapézio com a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos no ápice da ordem jurídica (**com repúdio a um sistema jurídico endógeno e auto-referencial**). (...)

b) a crescente abertura do Direito -- agora “impuro” --, marcado pelo diálogo do ângulo interno com o ângulo externo (**há a permeabilidade do Direito mediante o diálogo entre jurisdições**; empréstimos constitucionais; e a interdisciplinaridade, a fomentar o diálogo do Direito com outros saberes e diversos atores sociais, resignificando, assim, a experiência jurídica);

(...)c) o *human rights approach (human centered approach)*, sob um prisma que abarca como **conceitos estruturais e fundantes a soberania popular e a segurança cidadã no âmbito interno**, tendo como fonte inspiradora a “*lente ex parte populi*”, radicada na cidadania e nos direitos dos cidadãos, na expressão de Norberto Bobbio.

Trata-se de um movimento inverso àquele que consagrou o direito moderno: a unidade e consolidação das fontes do direito¹⁷. Ferrer Mac-Gregor menciona, inclusive,

de novembro de 1992 - Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

¹⁵ Flávia Piovesan menciona um novo paradigma, sob a forma de um trapézio poroso fundando na Constituição Federal, mas também nos direitos humanos, na soberania popular, numa estatalidade aberta, dando importância aos novos atores sociais, em contraposição ao escalonamento normativo (conforme exposição em sua disciplina no Mestrado da PUC/SP, 2º semestre de 2013), da pirâmide normativa de Kelsen, baseado na norma hipotética fundamental (*grundnorm*) e numa validade exclusivamente formal: “uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico do conteúdo de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada de uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 210). São diversos, os fundamentos de validade da norma com a comunicação e influência desses vários ordenamentos sobre o cenário doméstico.

¹⁶PIOVESAN, Flávia. Controle de Convencionalidade Direitos Humanos e Diálogo Entre Jurisdições. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Controle de Convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano*: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 106.

¹⁷ Para Boaventura de Sousa Santos, a recepção do direito romano no século XII foi o fato mais importante na tradição jurídica moderna ocidental. Este fenômeno iniciado na Universidade da Bolonha em fins do século XI espalhou-se por toda a Europa, por meio de um movimento intelectual mencionado como o

a existência de um constitucionalismo universal, em razão da pluralidade de ordens jurídicas em um sistema mundial de múltiplos níveis, caracterizado por complexas interrelações e hierarquias, o que implica num “pluralismo constitucional”¹⁸ ou “pluralismo de ordens jurídicas”, conforme André de Carvalho Ramos¹⁹. Marcelo Neves ressalta “uma pluralidade de ordens cujos tipos estruturais, formas de diferenciação, modelos de auto compreensão e modos de concretização são fortemente diversos e peculiares, uma multiplicidade da qual resultam entrelaçamentos nos quais nenhuma pode apresentar-se legitimamente como possuidora da *ultima ratio* discursiva”²⁰.

“direito erudito”. A recepção do *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, compilado no século VI d.C., tratou da criação do direito em oposição ao sistema jurídico feudal (o autor faz uma ressalva quanto à própria existência de um sistema, dada a fragmentação e diversificação do poder neste período). Havia um pluralismo jurídico e várias ordens concomitantes como o direito canônico, direito real, dominial, urbano ou feudal e a *lex mercatoria* (direito mercantil). Uma pessoa era sujeita a vários ordenamentos, o que emprestava ao sistema complexidade, caos e arbitrariedade. A margem de liberdade deste sistema caótico era incompatível com a liberdade exigida pela classe mercantil: uma liberdade contratual que, igualmente, permitisse a garantia contratual como parte de uma constelação jurídica. (SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção pós-moderna do direito. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente*. São Paulo: Cortez, 2001, p. 43). Para Jorge Miranda, ao revés, “o direito internacional atravessa uma fase de codificação, em que as normas consuetudinárias – sem perda da sua força jurídica própria (e nisto estará a diferença básica no confronto do que aconteceu há 200 anos nos Direitos nacionais europeus) – vão sendo incorporadas em grandes textos escritos sob a forma de convenção ou de declaração”, ocasionando a integração. Prossegue o autor luso: “O Direito internacional abre-se-lhes e os novos Estados abrem-se ao direito internacional”. (MIRANDA, Jorge. O Direito Internacional em Fins do Século XX. *Revista da AJURIS*, ano 26, n. 1978, p.144, jun. 2000). Pode-se afirmar que é um movimento paradoxal de criação de novas fontes do direito, consolidação dessas normas, regionalização e globalização ao mesmo tempo em que novos sujeitos e conceitos jurídicos também surgem para dar conta dessas compatibilizações. Como exemplo, pode ser citado o princípio do *duty do mitigate loss* (dever de reduzir danos) nos contratos internacionais, consistente no dever das partes contratantes tomarem todas as medidas para impedir o gravame no dano causado na relação comercial, ou seja, “a parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano, pois a sua inércia imporá gravame necessário e evitável ao patrimônio das outras, circunstância que infringe os deveres de cooperação e lealdade”. Trata-se de uma extensão da noção de boa-fé. (NALIN, Paulo *et al.* A Convenção de Viena de 1980 e a Sistemática Contratual brasileira: a Recepção Principiológica do *Duty to Mitigate Loss*. *Revista Jurídica*, ano 60, nº 422, p. 37, dez. 2012). Na linha da inovação, novos sujeitos são especificados e protegidos, visto sob sua específica condição, e abrigados nesses diplomas normativos internacionais como as minorias étnicas, religiosas, as mulheres, as crianças, os refugiados com fundamento em um novo olhar peculiar sobre a igualdade, exigente da reverência à alteridade. Ayala afirma que “qualquer política de equidade deverá privilegiar necessariamente o direito ao respeito às identidades. O direito à diferença como direito ao respeito à identidade. Diferenciar, como registramos, é apenas o discurso de proteção dos Direitos Humanos para enfrentar de forma específica o princípio da igualdade”. (AYALA, Patrick de Araújo. O Direito Internacional dos Direitos Humanos e o direito a ter direitos sob uma perspectiva de Gênero. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 9, n. 36, jul/set. 2001).

¹⁸ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*. Estudios Constitucionales, vol. 9, n. 2, 2011, p. 531-622.

¹⁹ André de Carvalho Ramos conceitua: “o pluralismo de ordens jurídicas consiste na coexistência de normas e decisões de diferentes matrizes com ambição de regência do mesmo espaço social, gerando uma série de consequências relacionadas à convergência ou divergência de sentidos entre as normas e decisões de origens distintas”. (CARVALHO RAMOS, André de. A relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno no contexto da pluralidade das ordens jurídicas. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, v. 1, p. 102, 2012)

²⁰ NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo, com especial referencia a la experiencia latino-americana. In: CLÉRICO, Laura. CAPALDO, Griselda d. SIECKMANN, Jan. *Internacionalización del derecho*

Como visto, a noção de soberania dos Estados tendente ao absoluto cede ao consenso internacional de necessidade de proteção dos direitos humanos, tendo tal se incorporado no panorama constitucional de muitos países. E isso, também, decorre do surgimento de novos conflitos de cunho eminentemente internacional como os direitos dos refugiados²¹, dos apátridas²², o sequestro de crianças²³, as trocas internacionais relacionadas aos consumidores nacionais²⁴, dentre outros temas de igual relevância. Aparecem neste palco, destarte, novos sujeitos, conceitos e ordenações transnacionais.

Ocorre, neste terreno da internacionalização dos direitos humanos, na visão de Sylvia Steiner, um “processo de estreitamento dos limites das soberanias dos Estados. Altera-se, assim, o próprio conceito de soberania, antes colocada como obstáculo à consecução da proteção efetiva aos direitos fundamentais, e, agora, vista como parte de um concerto entre Estados, os quais dependem da cooperação internacional para alcançar determinados objetivos”²⁵. A orientação de Cançado Trindade lança as mesmas luzes sobre o tema ao afirmar que²⁶:

Os fundamentos últimos da proteção dos direitos humanos transcendem o direito estatal, e o consenso generalizado formado hoje em torno da

constitucional, constitucionalización del derecho internacional. 1º edição. Buenos Aires : Eudeba; Fundación Alexander von Humboldt, 2012, p. 55.

²¹ César da Silva demonstra um panorama da integração dos refugiados no Brasil a partir da Declaração e do Plano de Ação no México de 2004 que propõe soluções duradouras para os “deslocados de forma forçada de sua região”. (SILVA, César Augusto Silva da; RODRIGUES, Viviane Mozine. O Direito Internacional dos refugiados: a práxis do reassentamento solidário no Brasil. *Revista da AJURIS*, ano 36, n. 116, p. 97, dez. 2009).

²² Os apátridas - refugiados sem nacionalidade - tem seu próprio estatuto internacional (Decreto nº 38, de 5 de abril de 1995) para lhes garantir o gozo dos direitos fundamentais na ausência do reconhecimento de sua nacionalidade, dando ênfase para as repercussões domésticas de conflitos internacionais. (BICHARA, Jhyr-Philippe. A Convenção Relativa aos Estatutos dos Apátridas de 1954 e a Sua Aplicação pelo Estado Brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 84, ano 21, p. 76, jul./set. 2013).

²³ A Convenção Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000) altera a legislação interna ao fixar a residência habitual da criança como foro competente e assinalar a competência da Justiça Federal e a legitimidade da União de fazer cumprir os compromissos assumidos perante a comunidade internacional. A União, assim, defende direito próprio e não atua como mero substituto de uma das partes num dilema eminentemente familiar. (SILVA, Adilson Vaz. Convenção sobre os aspectos cíveis do sequestro internacional de crianças. In: *Publicações da Escola da AGU: pós-graduação em Direito Público – PUC/MG*. Brasília: Advocacia Geral da União, 2010, p. 21-34).

²⁴ Pense-se nas relações consumeristas via rede mundial dos computadores, nas viagens internacionais e nas dificuldades do acesso à Justiça Internacional desses consumidores, partes nos contratos de adesão internacionais. Os contratos internacionais com consumidores, chamados de B2C (*business to consumers*), já representam 25% do total global de transações e já influenciam, sobremodo, o novo direito internacional privado. (ARAÚJO, Nádia de *et al.* Direito Internacional Privado em 2007: Novidades no Plano Internacional e Interno. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 3, n. 9, p. 65, jan./mar. 2008).

²⁵ STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua Integração ao Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, p. 18.

²⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A Interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na Proteção dos Direitos Humanos. In: _____. *A incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro*. 2. ed. San José: IIDH, 1996, p. 211.

necessidade de internacionalização de sua proteção corresponde a uma manifestação cultural de nossos tempos, juridicamente viabilizada pela coincidência de objetivos entre o direito internacional e o direito interno quanto à proteção da pessoa humana.

O impacto dos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos pode ser percebido, de mesmo modo, em várias outras constituições, conforme o mesmo autor²⁷. Por exemplo, a Constituição Portuguesa assinala que os direitos fundamentais ali previstos “não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”, para afirmar, ainda, “os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia a Declaração Universal dos Direitos do Homem” (art. 16). Também a Lei Fundamental alemã estabelece a preeminência do direito internacional quando fixa “As regras gerais do direito internacional público são parte integrante do direito federal. Sobrepõem-se às leis e constituem fonte direta de direitos e obrigações para os habitantes do território federal”. Na Guatemala e na Colômbia, a preponderância sobre as normas de direito interno é também assegurada. A Constituição espanhola foi alterada para submeter a denúncia dos tratados de direitos humanos ao requisito da prévia autorização ou aprovação do Poder Legislativo. No Chile, a reforma constitucional de 1989 reafirmou que “é dever dos órgãos do Estado respeitar e promover tais direitos, garantidos por esta constituição, assim pelos tratados internacionais ratificados pelo Chile e que se encontrem vigentes”.

No Paraguai, a denúncia do tratado deve atender ao procedimento de alteração da Constituição²⁸. No Equador, além da mesma previsão mencionada, há um dever de adequação da legislação aos tratados internacionais²⁹, bem assim expressa determinação de conformação das decisões judiciais às regras convencionais, sendo, talvez, a

²⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Op. cit.* p. 211.

²⁸ “Artículo 137 - DE LA SUPREMACIA DE LA CONSTITUCION La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado. [...] Artículo 142 - DE LA DENUNCIA DE LOS TRATADOS Los tratados internacionales relativos a los derechos humanos no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda de esta Constitución”.

²⁹ “Art. 84 - La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”. “Art. 417 - Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”.

Constituição com o tratamento mais amplo, pormenorizado e garantidor desta ótica universalista do direito, dentre os países que integram a Organização dos Estados Americanos³⁰.

No Brasil, o parágrafo 2º do Artigo 5º da Carta, ao afirmar que os direitos e garantias ali constantes não excluem outros consagrados em tratados internacionais, termina por, expressamente, incluir, no rol dos direitos com fundamento constitucional, todos aqueles previstos em acordos internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Autoriza-se, ou melhor dizendo, preconiza-se a recepção pela ordem interna, no ordenamento jurídico brasileiro, dos direitos e garantias fundamentais fixados em tratados internacionais. Daí dizer que esses direitos previstos nos documentos internacionais pactuados pelo Brasil são norma jurídica de incidência no país com todas as consequências dessa assertiva.

Enfim, sob o ponto de vista formal, para Flávia Piovesan, há uma nova classificação dos direitos com a Carta de 1988: “a) o dos direitos expressos na Constituição (por exemplo, os direitos elencados pelo Texto nos incisos I a LXXVII do art. 5º); b) o dos direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte; e, finalmente, c) o dos direitos implícitos (direitos que são subentendidos nas regras de garantia, como os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição)”³¹.

3. A SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

É importante, ao lado desse relato histórico, ver o tratamento da jurisprudência constitucional sobre o tema.

No julgamento do RE n. 466.343/SP, em 2008³², o Supremo Tribunal Federal afastou a tese da igualdade entre o tratado internacional e lei federal, afirmada no RE 80.004, Min. Xavier Albuquerque de 1977, no que toca, exclusivamente, aos tratados de direitos humanos. O Plenário da Corte, assim, ao cuidar da polêmica entre a prisão por

³⁰ A consulta às constituições pode ser feita no sítio: <www.oas.org>

³¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 120.

³² O julgamento teve início em 22.11.2006 e, após o pedido de vista do Ministro Celso de Mello, foi retomado em 12.12.2007 com a apresentação deste voto. Em 12.03.2008, houve novo pedido de vista do Min. Menezes Direito, e o recurso extraordinário foi julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 03.12.2008.

dívida cível (art. 5º, inc. LXVII, CF/88) fez prevalecer a proibição contida no Artigo 7º, parágrafo 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos³³. Curiosamente, o relator sequer tratou da discussão aqui aventada, limitando-se a uma interpretação pró-liberdade e da legislação civilista propriamente dita na diferença entre o contrato de depósito e a alienação fiduciária³⁴.

A supralegalidade consiste em reconhecer uma importância maior aos tratados que à legislação doméstica ordinária, sem, contudo, elevá-los à condição de norma constitucional. Tal entendimento soluciona, em parte, o problema da adoção da paridade com a lei ordinária e da sua consequência como a eventual derrogação do tratado por lei ordinária posterior e do constrangimento da violação do Artigo 27 da Convenção de Viena sobre os tratados³⁵, onde está disposto que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Sem dúvida, no entanto, cria-se uma figura anômala se afastando da conhecida dicotomia entre norma constitucional/infracostitucional, a partir do procedimento de elaboração, o que tem claros reflexos sobre a hierarquia desses diplomas no sistema normativo e sobre o relacionamento entre essas normas³⁶.

³³ Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992- Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22.11.1969.

³⁴ Diz o Ministro Cezar Peluso: “Por essas longas razões, estou em que deveras não podia nem pode aplicado, em todo seu alcance, por inconstitucionalidade manifesta, o art. 4º do Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, o qual, atribuindo, na ação de depósito, legitimação passiva *ad causam* ao devedor fiduciante, como se de vero depositário se cuidasse, nesses termos o submeteria ao risco da prisão civil, em caso de descumprimento inescusável de ordem judicial para entregar a coisa ou seu equivalente em dinheiro. Tal prisão não se reveste de legitimidade constitucional. A única interpretação harmônica com a Emenda nº 1/69 é de que ao fiduciário está autorizado o uso da ação de depósito, mas sem cominação nem decretação da prisão civil do fiduciante vencido, contra o qual tem, como bem notou o acórdão impugnado, interesse jurídico em prosseguir nos próprios autos, apenas na forma do art. 906 do Código de Processo Civil”. E mais explícito foi no adendo ao seu voto: “Assim, a mim me parece - pelo menos neste julgamento - irrelevante saber qual o valor, a autoridade ou a posição taxinômica que os tratados internacionais ocupam perante o ordenamento jurídico brasileiro”. De qualquer forma, durante os debates, o Min. Peluso apenas afastou a tese da paridade, ficando entre a supralegalidade e constitucionalidade dos tratados, para, posteriormente, na confirmação de seu voto, aderir à tese exposta pelo Min. Celso de Mello.

³⁵ Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009: “Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66”.

³⁶ A crítica de Sérgio Arenhart é bastante pertinente: “Tais estranhas situações decorrem, como é óbvio, da dificuldade em conviver-se com esse *tertium genus* na hierarquia dos preceitos normativos. Tirante as normas regulamentares – que terão posição subserviente à legislação e à Constituição – o direito desconhece instrumentos capazes de orientar a interpretação dessa nova categoria, concebida como o direito supralegal”. (ARENHART, Sérgio. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL e a Prisão Civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de Convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro)* in *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano*: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 106).

Enfim, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, adotou, neste julgamento, a corrente da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, devendo a legislação ordinária se render àqueles na hipótese de antinomia.

4.O PRINCÍPIO *PRO PERSONA* COMO CRITÉRIO HERMENÊUTICO

Assentada a natureza e a hierarquia dos tratados de direitos humanos, a doutrina enuncia um meio próprio de definição da norma aplicável ao caso concreto no terreno da proteção dos direitos humanos, o que pode até mesmo esvaziar a discussão ou reduzir a importância da hierarquia na discussão da norma aplicável ao caso concreto, porque a relação entre a legislação nacional e os tratados internacionais, como lembra André de Carvalho Ramos, vai se dividir entre a “harmonia” e “dissonância”³⁷.

Néstor Sagués trata da tensão entre as constituições nacionais e os tratados internacionais³⁸. Segundo este autor, na hipótese de colisão entre bens, direitos e valores desses dois diplomas, deve-se:

- i) aplicar-se o melhor direito e de melhor interpretação de acordo com o princípio *pro homine*;
- ii) no caso de confronto, de incompatibilidade radical, a norma constitucional não deve ser aplicada;
- iii) deve haver a “reciclagem constitucional” para permitir uma aplicação adequada à jurisprudência da Corte Interamericana como se deu nos Casos *Cabrera Garcia e Montiel Flores v. México* (parágrafo 233) e *Gelman v. Uruguai* (parágrafo 69, 2.013). Para Néstor, um exemplo claro de interpretação conforme está no Artigo 14 da Constituição Argentina de 1853, onde figura, como direito dos cidadãos, “*publicar suas ideas por la prensa sin censura previa*”. Uma interpretação reducionista do direito à

³⁷ O movimento pendular desse relacionamento e tipologia apresentada por André de Carvalho Ramos que parece óbvio no fenômeno da “dissonância”, na “harmonia” pode assim ser exemplificado: “a) a abertura do ordenamento interno às fontes internacionais; b) reconhecimento de um estatuto superior das normas internacionais ou das decisões internacionais, com a consagração do bloco de constitucionalidade composto por normas internacionais agora com hierarquia constitucional; c) uso retórico e argumentativo da *ratio decidendi* internacional para fundamentar a decisão nacional, incrementando seu poder de convencimento, especialmente útil nas “rupturas hermenêuticas” promovidas pelos Tribunais nacionais; d) influência dos avanços nacionais na redação e interpretação do Direito Internacional, especialmente vista na interpretação de direitos humanos nos órgãos internacionais, sempre abertos a novos marcos de proteção (mesmo de origem nacional)”. (CARVALHO RAMOS, André de. A relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno no contexto da pluralidade das ordens jurídicas. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, v. 1, p. 109, 2012).

³⁸ SAGÜÉS, Néstor Pedro. De La Constitución Nacional a La Constitución “Convencionalizada”. Artigo enviado, por e-mail, pelo autor.

liberdade de manifestação e expressão poderia afirmar que o direito não tutela a expressão de ideias pela *internet*, por exemplo, ou não assegura o uso de imagens. A Corte Interamericana, porém, entende que o Artigo 13 da Convenção que trata do tema abriga informações e ideias de toda índole e permite a utilização de qualquer meio para a sua difusão (caso *Herrera Ulloa v. Costa Rica*). A missão do intérprete é ver a Constituição com olhar convencional, adotando as interpretações conformes o bloco de convencionalidade seja, ela uma interpretação mutativa por adição, mutativa por subtração ou mutativa mista por adição/subtração.

De todo modo, neste chão dos direitos humanos, vige, como regra de maior valor hermenêutico, a preponderância da norma mais protetiva ao homem, do princípio *pro homine*³⁹ ou *pro persona*, como se vê nos Artigos 4º, Artigo 1º, inc. III (dignidade da pessoa humana como fundamento da República) da Constituição Federal e na Convenção

³⁹ Entende-se que se cuida de um princípio em contraposição à noção de regra, conforme lição de Robert Alexy. Assim, o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que “*princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. São *mandamentos de otimização* e se caracterizam por serem: i) satisfeitos em variados graus; ii) depender das possibilidades fáticas e jurídicas (o âmbito das possibilidades jurídicas depende dos princípios e regras colidentes). As *regras*, de seu turno, são sempre *satisfeitas ou não satisfeitas*. Se uma regra vale, deve-se fazer tudo o que ela exige. Toda norma ou é uma regra ou um princípio. Um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro. “Essa situação não é resolvida com a declaração de invalidade de um dos princípios e com sua conseqüente eliminação do ordenamento jurídico”. Ela é resolvida mediante o “estabelecimento de condições de precedência condicionadas”, o que significa “a fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro”. São quatro as possibilidades, sendo P, precedência e P1, P2 os princípios em análise e C “as condições sob as quais um princípio tem precedência sobre outro”, p. 96: P1 P P2 P2 P P1 (P1 P P2) C (P2 P P1) C 1 e 2 representam relações incondicionadas de precedência (abstratas ou absolutas). No caso concreto, nenhum dos dois possui uma total precedência sobre o outro. Há apenas uma relação de precedência relativa ou condicionada e a análise de quais as condições e qual princípio deve prevalecer e qual deve ceder. O Tribunal constitucional alemão utiliza-se da metáfora do *peso*. Assim, em um caso concreto, o princípio P1 tem um peso maior que o princípio P2 se houver razões suficientes para que P1 prevaleça sobre P2 sob as condições C. Interessante notar que as condições desta precedência (C) implicam no reconhecimento da violação de um direito fundamental. Deste modo, “se a realização da audiência implica em um risco provável e concreto à vida do acusado ou uma possibilidade de dano grave à sua saúde, então, a continuação do procedimento lesa seu direito fundamental” p. 98. A condição de precedência tem um duplo papel: 3) (P1 P P2) C. Se uma ação *h* preenche C, então, *h* é proibida sob o ponto de vista dos direitos fundamentais. C é o “suporte fático de uma regra”. E esta a definição da lei de colisão: “De um enunciado de preferência acerca de uma relação condicionada de preferência decorre uma regra, que, diante da presença da condição de precedência, prescreve a conseqüência jurídica do princípio prevalente”. A lei de colisão reflete “a natureza dos princípios com mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis”. Deste modo, o princípio *pro homine* deve ser encarado com um mandamento de otimização. (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. SP: Malheiros, 2008, p. 85-116). Sobre o específico princípio como regra interpretativa, vide: (GOMES, Luiz Flávio. *Direito dos Direitos Humanos e a regra interpretativa do "Pro homine"*). Disponível em: <<http://www.blogdolg.com.br>>. Acesso em: 20.nov. 2013.

Americana sobre Direitos Humanos⁴⁰. O dispositivo se repete em outros atos convencionais⁴¹.

A doutrina de André Carvalho Ramos aponta o desdobramento do princípio *pro homine* nas seguintes diretrizes⁴²:

- i) a interpretação sistemática de maneira a reconhecer os direitos inerentes, mesmo que implícitos como o Caso *Golder*, em que a Corte Europeia de Direitos Humanos afirmou a existência de violação ao direito, mesmo na ausência de previsão expressa acerca da restrição da correspondência entre o advogado e o detento;
- ii) a interpretação das eventuais limitações ao direito devem ser restritivas;
- iii) uso nas hipóteses de omissões e lacunas.

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos não discrepa, conforme Caso *Vélez Loor Vs. Panamá*, de 23 de novembro de 2010⁴³, restou fixado que o art. 29 impõe um “marco de proteção” que sempre dá preferência aos direitos da pessoa humana, devendo o sistema de proteção ser visto como uma unidade, daí porque a adoção de uma interpretação restritiva quanto ao alcance da Corte não iria apenas contra o objetivo e fim da Convenção, mas afetaria o efeito útil do tratado com consequências negativas para as vítimas no seu exercício do direito de acesso à justiça.

⁴⁰ Observa-se que se trata de uma cláusula de autocontenção do sentido da convenção, impedindo-a de maltratar aquilo que pretende respeitar: “Artigo 29 - Normas de interpretação - Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de eis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza”.

⁴¹ Art. XXX da Declaração Universal dos Direitos Humanos; art. 46 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; artigos 24 e 25 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; art. 23 da Convenção Sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher; art. 1º, 3 da Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; art. 41 da Convenção Sobre os Direitos das Crianças; art. 4º, 4 da Convenção Sobre Os Direitos das Pessoas com Deficiência; art. 13 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher. (PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 473-679.

⁴² CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 105-107.

⁴³ Nesta mesma decisão é citado como precedente o *Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, § 24.

Interessante notar que as convenções de direitos humanos impendem em mutilação de sua própria extensão para preservação do bem a ser protegido, para que não haja qualquer dúvida da impossibilidade desses acordos internacionais se prestarem para objetivo contrário à proteção, respeito e implementação dos direitos humanos.

Assegura-se, conforme tipologia de André Carvalho Ramos, o “princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo”⁴⁴. Tal princípio enuncia que “nenhuma norma de direitos humanos pode ser invocada para limitar, de qualquer modo, o exercício de qualquer direito ou liberdade já reconhecida por outra norma internacional ou nacional”.

Por outro lado, pode-se afirmar que a preponderância da regra mais benéfica é, na realidade, a obediência estrita aos *standards* mínimos preconizados pelos tratados internacionais.

Esta vitória da norma mais benéfica ressalta o caráter dialogal e poroso dessas fontes⁴⁵, enuncia o paradigma caracterizado por um *human centered approach*, conforme proposta de Flávia Piovesan⁴⁶, e permite uma maior proteção ao ser humano⁴⁷, pois, muitas vezes, a regra mais protetiva está na ordem interna, como será visto. Por isso,

⁴⁴ CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 113.

⁴⁵ Ressalta-se que, no direito internacional, há uma miríade de olhares sobre cada tema específico. Se no que toca aos direitos humanos as fontes serão, de maneira geral, os tratados e a legislação doméstica, em relação aos contratos internacionais as fontes já são outras, com as leis uniformes, as condições gerais dos contratos, os contratos-tipo e os chamados *incoterms* definidos como “termos usuais do comércio internacional como espécie de súmulas dos costumes internacionais em matéria de compra e venda”. (GOULART, Mônica Eghrari. A Convenção de Viena e os Incoterms. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, ano 96, v. 856, p.72, fev. 2007). André de Carvalho Ramos em capítulo próprio fala sobre as fontes extraconvencionais de direitos humanos chamando-o de “fenômeno da impregnação” “pelo qual normas são aplicadas diretamente no ordenamento brasileiro” sem intervenção do Legislativo ou do Executivo como nas ADI 3.741 (Declaração Universal dos Direitos do Homem), HC 81158-2 (Declaração Universal dos Direitos da Criança), HC 82.424 (Declaração Universal dos Direitos Humanos). CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 287.

⁴⁶ PIOVESAN, Flávia. Controle de Convencionalidade Direitos Humanos e Diálogo Entre Jurisdições. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Controle de Convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 120.

⁴⁷ Aqui a mesma encruzilhada conceitual dos direitos humanos persiste: a quem a regra mais benéfica deve beneficiar? Qual o olhar que deve ser dirigido àquelas mundividências específicas? Carlos Frederico Marés de Souza Filho retoma o exemplo dos índios: “Quem visita uma aldeia yanomami ou conhece o exercício determinado da liderança de Kroukenoum em Mãe Maria (*autoridade política e espiritual do povo gavião, os parkategê do sul do Pará; Mãe maria é a terra que ocupam às margens do rio Tocantins*), hesitaria em alegar qualquer norma de direito brasileiro se visse seus direitos ali violados. O que rege essas comunidades é a ordem interna, é o direito que aquele povo escolheu, respeita e pratica. Se houver conflito decidirá a autoridade política, o pajé ou o conselho de anciãos”. (SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O Direito de Ser Povo*. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 483).

mesmo na consideração do poder de reforma constitucional pelo tratado, deverá prevalecer este critério sem a simples derrogação da norma anterior colidente pelo tradicional critério cronológico, permanecendo, ambos os dispositivos vigentes em razão desse colóquio entre as fontes, na harmonização coordenada dessas fontes heterogêneas fundada nas “cláusulas de diálogo”, “vasos comunicantes”, “cláusula de retroalimentação”⁴⁸ nas suas diferentes dimensões⁴⁹, criando-se “entrelaçamentos transconstitucionais”⁵⁰.

A própria legislação nacional tem exemplo dessa integração e da necessidade de harmonização dos vários diplomas concernentes ao tema dos direitos humanos. A Lei nº 9.474/97⁵¹ afirma:

Art. 48. Os preceitos desta Lei deverão ser interpretados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, com a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, com o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967 e com todo dispositivo pertinente de instrumento internacional de proteção de direitos humanos com o qual o Governo brasileiro estiver comprometido.

Helena Torres, mesmo abordando os tratados de direito tributário, acentua essa correlação entre as fontes e a subsidiariedade das convenções, *mutatis mutandis*⁵²:

E isto assim ocorre por conta dos congruentes *reenvios integrativos* aos sistemas internos praticados pelas normas convencionais incompletas, para fins de aplicabilidade, enquanto constitui uma suplementação normativa para aqueles sistemas: com a intenção de integrar as normas internas para que, estas sim, possam alcançar as finalidades acima descritas, porque o concurso de pretensões impositivas só se dá com a formação contemporânea de normas individuais e concretas, internas a

⁴⁸ Segundo Valério Mazzuoli “Tais cláusulas interligam a ordem jurídica internacional com a ordem jurídica interna, retirando a possibilidade de prevalência de um ordenamento sobre o outro em quaisquer casos, mas fazendo com que tais ordenamentos (o internacional e o interno) “dialoguem” e intentem resolver qual norma deve prevalecer no caso concreto (ou até mesmo, se as duas prevalecerão concomitante no caso concreto) quando presente uma situação de antinomia”. (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Controle de Convencionalidade das Leis*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 66-67).

⁴⁹ Para Flávia Piovesan o diálogo entre as jurisdições perpassa o diálogo entre as jurisdições regionais (*cross cultural dialogue* entre as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos); o diálogo entre as jurisdições regionais e as jurisdições constitucionais e o diálogo entre as jurisdições constitucionais. (PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 122).

⁵⁰ NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo, com especial referencia a la experiencia latino-americana. In: CLÉRICO, Laura. CAPALDO, Griselda d. SIECKMANN, Jan. Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional. 1º edição. Buenos Aires : Eudeba; Fundación Alexander von Humboldt, 2012, p. 55.

⁵¹ Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências.

⁵² TORRES, Helena. A Convenção Brasil-Alemanha e sua Aplicação em face do Direito Brasileiro. *Revista de Direito Tributário*, n. 83. p. 104, 2002.

cada Estado. Mas, em contrapartida, para fins hermenêuticos, persistem diferenças, sendo, para algumas normas convencionais, o direito interno tido como subsidiário.

Um antigo julgado do Supremo Tribunal Federal dá conta desta prática, nos idos de 1971, em voto do Min. Oswaldo Trigueiro no RE N. 71.154/PR: “O acórdão entendeu compatíveis as normas confrontadas, acentuando que a própria Convenção ressalvara expressamente, em seu art. 14, “a aplicação das regras e vias de execução organizadas pelas leis nacionais (Arquivo Judiciário, CXX/266). Conciliando os dois diplomas, o acórdão não examinou, em tese, o problema da prevalência de um sobre outro”⁵³.

Um exemplo da integração e harmonização dessas fontes é o tratamento dado à tortura. Na Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, a tortura⁵⁴ só é reconhecida, como tal, se praticada por “um *funcionário público* ou outra pessoa no *exercício de funções públicas*, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência”. A lei brasileira sobre tortura (Lei nº 9.455/97), a seu turno, a define como “constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental” e pode ser realizada por qualquer um, sendo uma espécie de crime impróprio. A legislação brasileira expande a definição de tortura internacional para abarcar a inflição de dor por particulares também, ampliando o rol de potenciais vítimas a serem protegidas.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, no voto do Min. Celso de Mello⁵⁵, valeu-se da definição de tortura do tratado internacional para colmatar o tipo penal do artigo 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente que não delineou o conceito.

⁵³ *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 58, p. 70, out. 1971.

⁵⁴ Para a sua definição: “Artigo 1º - Para fins da presente Convenção, o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram”.

⁵⁵ O caso repousava sobre a discussão sobre a competência para julgamento de um policial militar que respondia perante a Justiça Militar por lesão corporal (art. 209 do Código Penal Militar) e na Justiça Comum pelo tipo específico do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 233). Prevaleceu a tese da especialidade do art. 233 e, por conseguinte, a competência da Justiça Comum, vencido o relator Min. Sydney Sanches que declarava a inconstitucionalidade do art. 233 pela ausência de definição de tortura e concedia a ordem para trancamento da ação penal concernindo a tortura contra adolescente. HC 70389/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, Relator para acórdão: Min. Celso de Mello Julgamento: 23/06/1994, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, por maioria.

O STF, então, mencionou as Convenções contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes (ONU), a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura como “subsídios relevantes” para compreender a existência de tortura contra adolescente, em tese, no caso concreto.

Noutro caso de relação íntima entre os ordenamentos, na tecla da “harmonia”, o Supremo Tribunal Federal sepultou a exigência de diploma e da própria existência de um órgão de controle para o exercício da profissão de jornalista⁵⁶, em parte fundado na interpretação dos órgãos internacionais, como a Organização dos Estados Americanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a extensão do artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Valério Mazzuoli lança mão de outro exemplo. A Constituição Federal, em seu Artigo 5º, inc. LXVII admite a prisão por dívida cível quando o inadimplemento for voluntário e inescusável. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos permite a prisão por dívida “em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”. São critérios diferentes para a admissão da prisão por dívida civil. Assim, conclui o autor: “é a nossa Constituição mais benéfica que o pacto, pois contém uma adjetivação restrigente não encontrada no texto deste último, e, por isso, seria prejudicial ao nosso sistema de direitos e garantias reformá-la em benefício da aplicação do tratado”⁵⁷.

Mesmo na inadequação de utilização do critério hierárquico sem os temperos atinentes à lógica intrínseca do sistema de proteção dos direitos humanos e da ideia de derrogação automática da norma anterior colidente, quando houver normas com conteúdo de regras⁵⁸ e, quando forem elas antinômicas e provenientes de diferentes fontes (Convenção *versus* Lei, por exemplo), tornando o diálogo impossível, haverá, sim, o afastamento e a prevalência de uma sobre a outra, fazendo valer o parâmetro mencionado

⁵⁶ RE 511961/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 17/09/2009.

⁵⁷ MAZZUOLI, Valério. *O Controle de Convencionalidade das Leis*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 65.

⁵⁸ Aqui, usa-se a distinção entre princípios e regras de R. Alexy. Se os princípios são satisfeitos em variados graus, por dependerem das possibilidades fáticas e jurídicas (o âmbito das possibilidades jurídicas depende dos princípios e regras colidentes), as regras, por sua vez, exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, pois tem “uma *determinação da extensão de seu conteúdo* no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas”. Se uma regra é razão para um determinado juízo concreto, então ela é uma *razão definitiva*. “Se este juízo concreto de dever-ser tem como conteúdo a definição de que alguém tem determinado direito, então, esse direito é um *direito definitivo*”. Em suma, para Alexy no conflito entre duas regras contraditórias só há dois caminhos: a invalidade de uma delas ou a constituição de uma cláusula de exceção ao mandamento expresso na norma. O conceito de validade jurídica não é graduável. (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 85-116).

da hierarquia⁵⁹. Há o que André de Carvalho Ramos chama de “choque das placas tectônicas”⁶⁰ em alusão à dissintonia entre as ordens normativas nacional e internacional.

Este, o caso do Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma⁶¹). Há possíveis inconstitucionalidades intrínsecas previstas no Estatuto⁶², em que, aparentemente, as normas mais favoráveis se situam na Constituição Federal em oposição às penas de caráter perpétuo⁶³, à entrega do nacional⁶⁴, à inexistência de imunidades materiais⁶⁵, à indeterminação das penas⁶⁶, à possibilidade de “rejuízo” pelo Tribunal⁶⁷, à

⁵⁹ Outra saída seria a suspensão dos efeitos da norma jurídica não aplicável, sem se cogitar em revogação, como tem decidido o Supremo Tribunal Federal no exemplo adrede mencionado de Carlos Velloso: “prevaleceu, na verdade, o entendimento de Leitão de Abreu, por isso que, revogado, posteriormente o D. L. 427, pelo D.DI. 1700/79 o Supremo Tribunal Federal continuou a aplicar as Convenções de Genebra. Realmente, no julgamento do RE 95.002-PR, Relator o Ministro Soares Munoz, julgamento ocorrido em 15.9.81, o Supremo Tribunal aplicou o art. 20 da Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, que regula o endosso dado após o vencimento”. No julgamento do RE 466-343 colhe-se do voto do Min. Celso de Mello a tese do poder inibitório (*efeito paralisante*) dos tratados sobre a legislação colidente, sem que haja a revogação: “Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5o, inciso LXVII) não foi revogada pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7o, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do *efeito paralisante* desses tratados em relação à legislação”.

⁶⁰ CARVALHO RAMOS, André de. A relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno no contexto da pluralidade das ordens jurídicas. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, v. 1, p. 101, 2012.

⁶¹ Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2.008.

⁶² Mazzuoli as define como aquelas normas convencionais violadoras das normas constitucionais, em oposição aquelas normas que vulneram formal ou de maneira extrínseca as normas de elaboração do tratado, como quando o Presidente da República ratifica o acordo sem a concordância do Congresso Nacional. O impacto do Estatuto pode ser conferido em capítulo próprio da obra de Mazzuoli. (MAZZUOLI, Valério. *Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro*. 3. ed. RT:SP, p.83. 2011.

⁶³ O art. 5º, inc. XLVII da Constituição: “XLVII - não haverá penas: (...) b) de caráter perpétuo”.

⁶⁴ A entrega do nacional (Art. 89 do TPI) e a proibição da sua extradição: art. 5º, LI “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei”.

⁶⁵ As imunidades e prerrogativas previstas na Constituição são irrelevantes para a responsabilidade criminal perante o TPI, conforme art. 27 (Irrelevância da Qualidade Oficial) e 28 (): (art. 53-”Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos” e art. 86 da Constituição- “Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade. (...) § 3º - Enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão.(...) § 4º - O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções”.

⁶⁶ As penas no TPI não são previamente delimitadas, mas variam a partir de “um número determinado de anos, até ao limite máximo de 30 anos ou pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem” em contradição com específico dispositivo da Constituição (art. 5º, inc. XXXIX-”não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” e XLVI-”a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes”).

⁶⁷ O TPI admite novo julgamento (art. 20, 3 “a” e “b”) se a decisão anterior tenha tido por objetivo “subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal” ou que este não tenha disso conduzido de forma independente e imparcial, em preliminar confronto com a noção de coisa julgada (art. 5º, inc. XXXVI- “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”).

inexistência de anistia⁶⁸ e à imprescritibilidade dos crimes⁶⁹, todas hipóteses previstas no tratado internacional⁷⁰ e que encontram obstáculos⁷¹, *prima facie*⁷², na Carta brasileira por força da cláusula de imutabilidade do artigo 60, §4º, inciso IV.

De todo modo, a aplicação do critério *pro persona* serve para expor e reafirmar a prevalência da dignidade da pessoa humana na resolução dos conflitos permitindo a aplicação da norma que melhor se adegue a essa diretiva, sendo certo que, somente no caso concreto, poderá se afirmar qual direito deve prevalecer, o que, aliás, parece ser uma característica dos direitos fundamentais: a inexistência de um conteúdo essencial definido *a priori* e absoluto⁷³.

⁶⁸ Anistia (art. 21, inc. XVII- “conceder anistia”; art. 107, inc. II do Código Penal) e o TPI: “XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

⁶⁹ A ampliação da imprescritibilidade (art. 29) das previstas no ordenamento jurídico brasileiro: “XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático”.

⁷⁰ Aqui também cabe ponderar em que medida o Estatuto de Roma é um tratado de direitos humanos, nada obstante venha a reprimir criminalmente graves violações a esses direitos.

⁷¹ Cezar Bittencourt afasta peremptoriamente a possibilidade de adoção da pena de morte e da pena perpétua, por exemplo. (BITENCOURT, Cezar Roberto. Prisão Perpétua. *Revista CEJ*, v. 4, n. 11, maio/ago. 2.000).

⁷² O cotejo do Estatuto de Roma com a Constituição ainda não foi realizado pelo Supremo Tribunal Federal, mas, desde já, muitas questões de relevância são apontadas, não cabendo nos limites deste trabalho esta análise. Sobre o assunto, são trabalhados os “aparentes” conflitos entre o Estatuto de Roma e a Constituição no capítulo 5, anteriormente referido de MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tribunal Internacional e o Direito Brasileiro*. 3º edição, RT, SP, 2.011. Na mesma direção: (JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano e ADRIANO, Alexandre Rosa. O Tribunal Penal Internacional: Dificuldades para Sua Implementação no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes*, vol. 10, RJ-2.005, p. 107-128). De todo modo, vale o argumento da preeminência do direito internacional e do pacto *sunt servanda* assentado na Convenção de Viena. A propósito da apreciação do STF pode-se citar o Pet 4625/República do Sudão, Rel Min. Celso de Mello, em que o Tribunal Penal Internacional pediu aquela Corte a detenção de Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Em longa apreciação monocrática, as questões vitais citadas são abordadas pelo relator.

⁷³ Esta questão é particularmente relevante quando se discute a restrição dos direitos fundamentais e se põe, luz, à controvérsia entre os adeptos da teoria interna (Vieira de Andrade, Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes) e da teoria externa (Virgílio Afonso da Silva). Para os primeiros, o direito fundamental é definido de antemão, excluindo-se, desde o início, as condutas e fatos não protegidos pela norma. Existe uma definição anterior do “âmbito de proteção”, ou seja, a fração de vida, a parcela da realidade protegida, também chamado de “núcleo essencial”. Para a teoria externa, há sempre um direito fundamental e a eventual restrição do direito (uma “reserva geral de ponderação”), para só após se fixar um direito definitivo, uma norma de direito fundamental atribuída. para a teoria interna, cuida-se de um “limite imanente” aquele direito fundamental, um restrição já existente que é simplesmente declarada. Em Canotilho esses limites imanentes estariam nos; i) limites constituídos pelos direitos dos outros; ii) limites da ordem comunitária, iii) limites eticamente imanentes. São os seguintes exemplos: liberdade religiosa *versus* sacrifício humano/poligamia; liberdade artística v. morte de ator no palco/furto; direito de propriedade v. direito de não pagar impostos; direito de educação v. espancamento de filhos; direito de manifestação v. fechamento de uma escola; liberdade de expressão v. injuriar uma pessoa. A crítica de Virgílio aos adeptos da teoria externa aponta a possibilidade de exclusão de antemão e de maneira imotivada de situações que poderiam ter sido abrigadas pelo direito fundamental, caso o conteúdo do direito fosse

5.O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

O Brasil se filia ao sistema regional americano de direitos humanos cujo marco normativo é a Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁷⁴. Na Costa Rica, situa-se a Corte Interamericana de Direitos Humanos (art. 33) e, em Washington, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos⁷⁵, os órgãos primordiais previstos na Convenção.

Em 1967, na III Conferência Interamericana, os seus postulados esboçavam a pretensão de universalização dos direitos humanos, como observa Rogério Zeidan⁷⁶: “obrigatoriedade jurídica da observância dos direitos humanos; 2) impropriedade da reserva de jurisdição doméstica; 3) vínculos entre a violação dos direitos humanos e a paz regional e universal; 4) a estreita relação entre democracia e direitos humanos”.

determinado posteriormente. E um exemplo claro está no caso Ellwanger (HC 82424), em que o Min. Moreira Alves defendeu que o judaísmo não é raça e, portanto, não pode ser considerado racismo, com fundamento no art. 5º, XLVII da Constituição, ou seja, práticas discriminatórias contra judeus ou outros grupos religiosos não estão incluídas no “âmbito de proteção” da norma de direito fundamental. Daí a importância da adoção de um “suporte fático amplo” da norma de direito fundamental, sem as exclusões *a priori*. (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2.008, p. 85-116; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1.976*. 3. ed. Coimbra : Almedina, 2006, p. 283-336; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1.998, p. 1033-1049; MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade - Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 3. ed. 2º tiragem, p. 13-112, 2.006 e SILVA, Virgílio Afonso da. *Os Direitos Fundamentais – Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. Malheiros : São Paulo, p. 41, 128-181, 2.002).

⁷⁴ Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 (Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969).

⁷⁵ É curioso o fato de que a Comissão de 1959 precede a própria Convenção Americana (PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 137). São funções da Comissão: “Artigo 41 - A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício de seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições: a) estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América; b) formular recomendações aos governos dos Estados-membros, quando considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos; c) preparar estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções; d) solicitar aos governos dos Estados-membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos; e) atender às consultas que, por meio da Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados-membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que lhes solicitarem; f) atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 desta Convenção; e g) apresentar um relatório anual à Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos”.

⁷⁶ ZEIDAN, Rogério. A Convenção Americana de Direitos Humanos e Sua Aplicabilidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, Franca, ano 3, n. 4, p. 149 maio. 2000.

Ao ter se tornado “parte” deste tratado, o Estado brasileiro sujeitou-se à jurisdição da Corte, cláusula facultativa⁷⁷, bem assim aos procedimentos e meios de atuação do sistema regional, como as comunicações individuais (art. 44), as comunicações interestatais (art. 45) e as vistorias *in loco*⁷⁸. Verifica-se, na mesma medida, obviamente, o dever de respeito aos direitos protegidos pela Convenção Americana e de implementação dos direitos e liberdades consagrados pela alteração, inclusive, da sua legislação interna.

A Corte Interamericana tem uma dúlice atuação: consultiva⁷⁹ e jurisdicional e pode ser acessada pelo Estado-parte ou pela Comissão⁸⁰. A opinião consultiva deve ser focada em uma “previsível aplicação a situações concretas” justificadoras dos exercícios desta competência, como tem decidido a Corte⁸¹. E, sobre esta segunda faceta, é que importa aduzir a submissão dos Estados-membros à jurisdição deste órgão internacional nos casos de violação dos direitos humanos protegidos pela Convenção Americana. Nas hipóteses de vulneração do ordenamento normativo específico, a Corte “determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada” (art. 63).

Se o Estado deve obediência ao disposto nos tratados internacionais (em nome da boa-fé, do *pacta sunt servanda* e, mais especificamente, do art. 27 da Convenção de

⁷⁷ Em dezembro de 1998, o Brasil expressamente se submeteu à jurisdição internacional da Corte, por meio do Decreto Legislativo n. 89, de 3 de dezembro de 1998, porque a convenção exige a manifestação expressa sobre a submissão à jurisdição não bastando a adesão ao acordo principal.

⁷⁸ O Estado Brasileiro ressaltou as vistorias e visitas no art. 2º do decreto respectivo: “Art. 2º Ao depositar a carta de adesão a esse ato internacional, em 25 de setembro de 1992, o Governo brasileiro fez a seguinte declaração interpretativa: “O Governo do Brasil entende que os arts. 43 e 48, alínea “d” não incluem o direito automático de visitas e inspeções *in loco* da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, as quais dependerão da anuência expressa do Estado””.

⁷⁹ Sobre o tema das opiniões consultivas: PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 147.

⁸⁰ Ao contrário do que ocorre sob a luz da Convenção Europeia, inexistente a possibilidade de acesso de qualquer cidadão direto à Corte, conforme o seguinte dispositivo da Convenção Americana: “Artigo 61 - 1. Somente os Estados-partes e a Comissão têm direito de submeter um caso à decisão da Corte”.

⁸¹ Opinião Consultiva n. OC-9/87 de 6 de outubro de 1987: “*En efecto, la competencia consultiva de la Corte constituye, como ella misma lo ha dicho, " un método judicial alterno " (Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983. Serie A No. 3, párr. 43) para la protección de los derechos humanos internacionales reconocidos, lo que indica que esa competencia no debe, en principio, ejercitarse mediante especulaciones puramente académicas, sin una previsible aplicación a situaciones concretas que justifiquen el interés de que se emita una opinión consultiva.* Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf>. Acesso em: 12.maio.2014.

Viena e art. 2º da Convenção Americana), sob pena de responsabilidade internacional, então, exsurge, como consequência lógica, a necessidade de adequação a esses acordos protetivos, especialmente porque gozam de *status* constitucional (ou supralegal), sendo forçoso se reconhecer a força normativa convencional.

A Convenção Americana, cumprindo o singular papel dos tratados de direitos humanos de representarem direitos aos cidadãos e obrigações aos Estados-parte, desde o início, já assinala o dever de adequação da legislação interna para a efetividade dos direitos e liberdade ali consignados. Surge com a ratificação, assim, um dever internacional de acolhimento, mas também, uma obrigação de implementação, inclusive, por meio da alteração da legislação nacional.

Vige a proteção ao direito à vida e à liberdade, cuja extensão pode ser restringida, por força das “condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas” (art. 7º) e um alargado dispositivo sobre as garantias judiciais, no qual se encontram reafirmados os principais elementos do devido processo legal, de forma mais pormenorizada, como o “direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos” ou a de um defensor proporcionado pelo Estado e ainda de um prazo razoável da duração do processo, dentre outros desdobramentos⁸².

⁸² Artigo 8º - Garantias judiciais, 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior. 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça. Artigo 9º - Princípio da legalidade e da retroatividade. Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco, poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinquente deverá dela beneficiar-se.

Interessante, também, apontar o entrelaçamento entre o devido processo legal e os direitos políticos quase sempre andando juntos nos tratados de direitos humanos. E, por isso mesmo, a convenção cuida da liberdade de associação com fins mais amplos que aqueles previstos no Pacto de Direitos Civis e Políticos para abarcar os intuitos ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza, sendo, exceção, a sua mitigação, devendo tal estar previsto em lei e serem necessárias “em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional, da segurança e da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas” (art. 16).

5.1. Os direitos políticos e a corte interamericana

Com efeito, a construção do Estado Democrático e de Direito perpassa, exatamente, a soberania popular da qual se retira a legitimidade do poder exercido sobre os cidadãos⁸³ nos termos da Carta fundante e nos limites e forma por ela expressos.

Há de se reconhecer, no voto, este caráter funcional para o desenvolvimento do regime político democrático, sem, contudo, se impor a sua limitação pela função coletiva que exerce⁸⁴, dissociando-o de sua função garantística para o cidadão. Antes pelo contrário, a alta relevância pública endossa a necessidade de preservação do direito particular, sua face mais visível e concreta.

Os direitos políticos aqui tratados estão circunscritos àquele núcleo relacionado ao votar e ser votado, isto é, excluindo-se a dimensão de participação e acesso aos cargos públicos naquela concepção mais alargada.

Em item próprio, a Convenção Americana consagra os direitos políticos em seu artigo 23.

⁸³ Veja-se a definição de legitimação democrática de Carlos Velloso: “legitimação é a aquiescência que os cidadãos outorgam a seus representantes e ao sistema político, o que contribui para a harmonia social e evita conflitos com segmentos da população que não compartilham em igualdade na distribuição dos bens produzidos”. E sobre sua função aduz ainda que “é a melhor forma hodierna de estruturação coletiva porque permite que uma sociedade extremamente dividida em estratificações sociais possa chegar a consensos para proferir suas decisões mais importantes”. (VELLOSO, Carlos Mário da Silva e AGRA, Walber de Moura. *Elementos de Direito Eleitoral*. SP: Saraiva, 2009, p. 5).

⁸⁴ Tal dimensão, às p.28, foi, expressamente, afirmada em voto do Min. Ayres Britto no julgamento do RO 1069/RJ, TSE em que defende a idoneidade moral como condição de elegibilidade: “Os direitos políticos não de ser interpretados de modo não inteiramente coincidente com os direitos e garantias individuais. Cumprem finalidades distintas, servem a princípios distintos, tem uma causa histórica que demanda uma interpretação cuidadosa, diferenciada”.

Pontua-se a relevância desta norma porque, além de assegurar o gozo dos direitos políticos, afirma-se a necessidade do acesso e *oportunidade* para tanto. A participação nos assuntos públicos e a igualdade na busca pelas funções públicas deve ser vista, também, pela lente do oferecimento de *oportunidades* para a fruição desses direitos políticos. A “oportunidade” foi definida no Caso López Mendonza vs. Venezuela (§107) como a criação pelo Estado de condições e mecanismos, de “medidas positivas” para a efetividade do direito.

A Convenção, em razão da gravidade dos direitos políticos, *ab ovo*, enuncia as possibilidades específicas de sua restrição, devendo tal cláusula ser lida *numerus clausus*: motivo de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação por juiz competente em processo penal. Essas são as únicas restrições aos direitos e oportunidades de participação política acolhidas pela norma convencional, dada a repercussão desses direitos fundamentais. E, a magnitude de tais normas fica ainda mais nítida quando a Convenção Americana exclui da possibilidade de suspensão das garantias (dispositivo emergencial da Convenção do art. 27), em momentos de grave turbacão, exatamente, os direitos políticos⁸⁵ e aqueles necessários para seu usufruto.

Convém aduzir, mais uma vez, que os sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos, conquanto ostentem o caráter fundamental dos direitos políticos, não consagram um modelo eleitoral próprio. Pelo contrário e na melhor tradição do direito internacional, os tratados tendem a assegurar *standards* mínimos de proteção a esses direitos fundamentais, obedecida a singularidade de cada Estado, quanto ao modo de organização e realização das eleições. Nesta medida, não são tratados a forma de votação, o financiamento de campanhas, destarte, os elementos mais específicos do regime adotado por cada país.

Na mesma linha, é também imperativo reiterar a relação entre os direitos políticos e o funcionamento da democracia representativa, como se extrai do Caso *Chitay*

⁸⁵ Artigo 27 - Suspensão de garantias 1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-parte, este poderá adotar as disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social. 2. A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 6 (proibição da escravidão e da servidão), 9 (princípio da legalidade e da retroatividade), 12 (liberdade de consciência e religião), 17 (proteção da família), 18 (direito ao nome), 19 (direitos da criança), 20 (direito à nacionalidade) e 23 (direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.

Nech e outros vs. Guatemala, sentença de 25 de maio de 2010⁸⁶, ao permitirem “o fortalecimento da democracia e do pluralismo jurídico”:

Em particular, o do direito a uma participação política efetiva implica que os cidadãos têm não apenas o direito senão também a possibilidade de participar na direção dos assuntos públicos. Ademais, se tem reconhecido que o exercício efetivo dos direitos políticos constitui um fim em si mesmo e, por sua vez, um meio fundamental que as sociedades democráticas têm para garantir os demais direitos humanos previstos na Convenção. (tradução nossa)

Em conclusão, pode-se dizer que o tratado cuidou, com bastante parcimônia, daqueles elementos vitais para o funcionamento do regime democrático e da proteção dos direitos políticos fundamentais, deixando, para a margem de apreciação dos Estados signatários, o modo e o meio de funcionamento de cada um.

A possibilidade de restrição do direito fundamental político, exclusivamente, por condenação criminal, como consta do Artigo 23, foi proposta pelo delegado do Brasil, Sr. Carlos A. Dunshee de Abranches, quando da discussão da Convenção Americana⁸⁷.

Os direitos políticos convencionais têm, como núcleo, a participação na direção dos assuntos comunitários e a possibilidade de votar e de ser eleito. Tanta a relevância de tais dispositivos que suas formas de restrição estão expressamente assinaladas no próprio corpo do tratado. E é, então, que são admitidas restrições quanto à elegibilidade exclusivamente por idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental. Por fim, quanto às restrições eventualmente opostas por decisões judiciais ao direito de votar e ser eleito, taxativamente, estas se limitam às condenações em processo penal.

Ao contrário dos direitos políticos, é de se ressaltar que a liberdade de manifestação e expressão pode, sim, ser mitigada por critérios morais (“moral pública” ou a “proteção moral da infância e da adolescência”), por exemplo, por expressa

⁸⁶ Trecho original: *107. Los derechos políticos consagrados en la Convención Americana, así como en diversos instrumentos internacionales propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político. En particular el derecho a una participación política efectiva implica que los ciudadanos tienen no sólo el derecho sino también la posibilidad de participar en la dirección de los asuntos públicos. Además se ha reconocido que el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención.*

Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_212_esp.pdf>. Acesso em: 14.jan.2014.

⁸⁷ Conforme voto concorrente do Juiz Diego García-Sayán no Caso López Mendonça. Actas y Documentos de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. *Acta de la Decimotercera Sesión de la Comisión "I"*, Doc. 54, de 18 de noviembre de 1969, San José, Costa Rica, pág. 254.

disposição convencional, de onde se aduz que, quando quis, a Convenção dispôs sobre a matéria⁸⁸. Da mesma maneira, o direito de circulação e de residência que pode ser restrito para a proteção da moral pública (art. 22.3), o direito de reunião (art. 15) e a liberdade de associação (art. 16.2)⁸⁹, podem sofrer limitações em nome da moral pública.

Descabe, deste modo, realizar qualquer forma de admoestação aos direitos políticos tendo como fundamento uma visão moral do mundo ou das pessoas⁹⁰, o mencionado “propósito moralizante” inscrito no acórdão do Supremo Tribunal Federal sobre a Lei nº 135/2010. Este fim tampouco se confunde com a moralidade administrativa do Artigo 37 da Constituição.

É preciso, então, enfatizar: a Convenção Americana de Direitos Humanos não admite a restrição dos direitos políticos fundada na moral como parâmetro mínimo de proteção desses direitos. E isto se justifica na medida em que a lei civil serve, exatamente, para traçar a linha entre o bem e o mal⁹¹.

⁸⁸ Veja-se a redação: “Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão (...) 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar: a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. (...) 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”.

⁸⁹ Artigo 22 - Direito de circulação e de residência. (...) 3. O exercício dos direitos supracitados não pode ser restringido, senão em virtude de lei, na medida indispensável, em uma sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas. Artigo 15 - Direito de reunião É reconhecido o direito de reunião pacífica e sem armas. O exercício desse direito só pode estar sujeito às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional, da segurança ou ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas. Artigo 16 - Liberdade de associação 1. Todas as pessoas têm o direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza. 2. O exercício desse direito só pode estar sujeito às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional, da segurança e da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas. É reconhecido o direito de reunião pacífica e sem armas. O exercício desse direito só pode estar sujeito às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional, da segurança ou ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

⁹⁰ Aqui já se entoa o canto da discordância entre a Constituição e o texto convencional na medida em que esta admite forma de ineligibilidade levando em consideração a “vida pregressa” das pessoas. Mesmo assim uma visão convencionalizada da Carta longe de afirmar a vida pregressa como um óbice eterno, porque não pode ser apagado da vida, pode-se admitir a “vida pregressa” exclusivamente para a apuração de pretérita condenação criminal por juiz competente, por exemplo.

⁹¹ Para Hobbes, a lei civil é assim definida: “(...) constituída por aquelas regras que o Estado lhe impõe, oralmente ou por escrito, ou por outro sinal suficiente de sua vontade, para usar como critério de distinção entre o bem e o mal, isto é, do que é contrário ou não é contrário à regra”. (HOBBS, Thomas. *Op. cit.*, p. 207).

A respeito, há um precedente ilustrativo da Suprema Corte dos Estados Unidos da América sobre a constitucionalidade de um dispositivo da Constituição do Estado do Alabama que impunha a inelegibilidade àqueles condenados por crimes “envolving moral turpitude”. No caso *Hunter vs. Underwood*, a Corte Constitucional, em 1985, compreendeu que a norma fora engendrada originalmente (1901) para alcançar a população negra⁹² reconhecendo a incompatibilidade material com a cláusula da igual proteção da Emenda 14 da Constituição norte-americana.

Retomando o raciocínio, após este recorte, avulta-se a fundamentalidade do direito em tela pela menor possibilidade de sua restrição, a qual, no que toca à Administração da Justiça, somente pode ser mitigada pela existência de responsabilidade penal reconhecida como tal em condenação exarada pelo juiz competente. Mais do que isso: nos casos de suspensão das garantias (art. 27 da Convenção), quando irrompe grave comoção social, os direitos políticos são, expressamente, ressaltados⁹³ desta ruptura institucional.

Também, aplicável, ao caso, conforme a doutrina de André de Carvalho Ramos, a ideia de desenvolvimento progressivo dos direitos humanos (art. 26), de onde se afasta o regresso às posições jurídicas de menor proteção ao homem, tendo, especificamente, o tema da Corte Interamericana, assim, reconhecido no Parecer Consultivo nº 4/84⁹⁴.

Em desdobramento, pode-se afirmar, dada a extensão da presunção de inocência do tratado conferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – como visto – que

⁹² NOWAK, Jonh E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional Law*. Minnesota: West Publishing CO., 1995, p. 868. Neste caso concreto foi reconhecida a inelegibilidade pela apresentação de um cheque sem fundos por Appellees Carmen Edwards (negro) e Victor Underwood (branco). No julgamento restou comprovado que a assembleia constituinte estadual visara a supremacia branca pelo afastamento da elegibilidade de negros, mais suscetíveis aquelas condutas. Disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=471&invol=222>>

⁹³ “Artigo 27 - Suspensão de garantias - 1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-parte, este poderá adotar as disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social. 2. A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 6 (proibição da escravidão e da servidão), 9 (princípio da legalidade e da retroatividade), 12 (liberdade de consciência e religião), 17 (proteção da família), 18 (direito ao nome), 19 (direitos da criança), 20 (direito à nacionalidade) e 23 (direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos”.

⁹⁴No caso discutia-se a restrição ao acesso à nacionalidade, tendo tal sido vedado em nome da impossibilidade do retrocesso. CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 253.

a condenação capaz de afastar a elegibilidade repousa, de forma exclusiva, em condenação em processo penal transitado em julgado.

E esta impossibilidade tem assento, igualmente, na glosa (Comentário Geral nº 25 (57)) do Comitê de Direitos Humanos na ONU sobre o Pacto dos Direitos Civis e Políticos do qual se colhe⁹⁵: “pessoas privadas de sua liberdade mas que não foram ainda condenadas não podem ser excluídas de exercerem o direito ao voto”. O mesmo Comitê deixou assentado, na Comunicação nº 1134/2002, *Fongum Gorji-Dinka vs. Cameroon*⁹⁶, que o direito de votar e ser eleito não podem ser suspensos, salvo se houver a estipulação legal *objetiva e razoável*. Neste caso, entendeu-se a violação do direito do candidato pela retirada de seu nome da lista de candidatos com fundamento em seu antecedente judicial. Afirmou-se, novamente, que somente a condenação poderia afastar o exercício do direito ao voto.

5.2. Precedentes da Corte Interamericana sobre direitos políticos

São os seguintes os casos mais importantes sobre direitos políticos da Corte Interamericana: i) Caso *YATAMA v. Nicarágua*⁹⁷, decisão de 23 de junho (exigência de filiação partidária); ii) Caso *Castañeda Gutman v. México*, em 6 de agosto de 2008⁹⁸(candidatura avulsa); iii) Caso *López Mendoza v. Venezuela*, decisão de 11 de

⁹⁵ Comentário Geral n. 25 adotado pelo Comitê de Direitos Humanos do art. 40, parágrafo 4º do Pacto (27 de agosto de 1.996) com a seguinte redação original: “*Persons who are deprived of liberty but who have not been convicted should not be excluded from exercising the right to vote*”. Disponível em: <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f21%2fRev.1%2fAdd.7&Lang=en> Acesso em: 02.abr.2014.

⁹⁶ Conforme parágrafo 5.6 do precedente: “*As regards the author's claim that the removal of his name from the voters' register violates his rights under article 25(b) of the Covenant, the Committee observes that the exercise of the right to vote and to be elected may not be suspended or excluded except on grounds established by law which are objective and reasonable. Although the letter dated 25 March 1998, which informed the author of the removal of his name from the register of voters, refers to the 'current electoral law', it justifies that measure with his 'judicial antecedent'. In this regard, the Committee reiterates that persons who are deprived of liberty but who have not been convicted should not be excluded from exercising the right to vote, and recalls that the author was acquitted by the Military Tribunal in 1986 and that his conviction by another tribunal in 1981 was expunged by virtue of Amnesty Law 82/21. It also recalls that persons who are otherwise eligible to stand for election should not be excluded by reason of political affiliation. In the absence of any objective and reasonable grounds to justify the author's deprivation of his right to vote and to be elected, the Committee concludes, on the basis of the material before it, that the removal of the author's name from the voters' register amounts to a violation of his rights under article 25(b) of the Covenant*”.

Disponível em: <<http://www.chr.up.ac.za/index.php/browse-by-institution/un-human-rights-committee/230-cameroon-gorji-dinka-v-cameroon-2005-ahrlr-18-hrc-2005.html>>

⁹⁷ Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/jurisprudencia>>

⁹⁸ Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/jurisprudencia>>

setembro de 2011⁹⁹ (inelegibilidade declarada por autoridade administrativa); iv) Caso Petro Urrego. Some-se a isso os documentos Informe intitulado “Democracia e Direitos Humanos na Venezuela”¹⁰⁰ da Comissão de Direitos Humanos, de 2009 (inelegibilidade decretada por autoridade administrativa).

No **Caso YATAMA vs. Nicarágua**¹⁰¹, decisão de 23 de junho de 2005, a Corte Interamericana afirmou os limites da intervenção restritiva dos direitos políticos ressaltando a necessidade de obediência àqueles requisitos convencionais previstos no Artigo 23.2 da Convenção, ou seja, a mitigação somente pode ocorrer por “(...) idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal”:

De acordo com o artigo 23.2. da Convenção se pode regular o exercício dos direitos e oportunidades a que se refere o inciso 1 do artigo, exclusivamente pelas razões estabelecidas no inciso. A restrição deve encontrar-se em lei, não ser discriminatória, basear-se em critérios razoáveis, atender a um propósito útil e oportuno que a torne necessária para satisfazer um interesse público imperativo e ser proporcional a este objetivo. Quando há várias opções para alcançar esse fim, deve-se escolher o que restrinja menos o direito protegido e guarde maior proporcionalidade com o propósito que se persegue. (tradução nossa)¹⁰²

A exigência da constituição do partido político, tal como previsto na legislação paroquial foi compreendida, diante das circunstâncias específicas das vítimas atingidas¹⁰³, como atentadora aos direitos políticos dos envolvidos, porque representava um grave obstáculo à sua efetiva participação política. Na decisão, mencionou-se a

⁹⁹ Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf>

¹⁰⁰ Disponível em: <<http://www.cidh.org/countryrep/venezuela2009sp/VE09CAPIISP.htm#II>>

¹⁰¹ Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/jurisprudencia>>

¹⁰² Original: “*De acuerdo al artículo 23.2 de la Convención se puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a las que se refiere el inciso 1 de dicho artículo, exclusivamente por las razones establecidas en ese inciso. La restricción debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo. Cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue*”.

¹⁰³ “202. Al analizar el goce de estos derechos por las presuntas víctimas en este caso, se debe tomar en consideración que se trata de personas que pertenecen a comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua, quienes se diferencian de la mayoría de la población, inter alia, por sus lenguas, costumbres y formas de organización, y enfrentan serias dificultades que los mantienen en una situación de vulnerabilidad y marginalidad. Ello ha sido reconocido en el propio Estatuto de Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua (supra párr. 124.3) y en el informe “Desarrollo Humano en la Costa Caribe de Nicaragua” de 2001. Además, la perito María Dolores Álvarez Arzate y los testigos Jorge Frederick y John Alex Delio Bans se refirieron particularmente a las dificultades que enfrentaron los miembros de las referidas comunidades en el proceso electoral municipal de 2000 (supra párr. 111)”.

inexigibilidade declarada pelo Comitê de Direitos Humanos na ONU da existência de um partido político, porque isso implica em limitação de forma excessiva do direito das pessoas de se apresentarem nas eleições como candidatas (§ 208). Inexiste qualquer disposição, na Convenção Americana, afirmando a necessidade de um partido político como condição para o exercício desse direito político, sem desdouro da importância dessas instituições no desenvolvimento e fortalecimento da democracia, mas, também, reconhecem-se outras formas através das quais a realização desses fins comuns podem ser realizados (215) tendo, isso, inclusive, sido reconhecido pela Carta Democrática Interamericana.

De todo modo, o Estado da Nicarágua foi condenado pela violação do Artigo 23 da Convenção Americana, dentre outros dispositivos mencionados na decisão.

Noutra oportunidade, no **Caso *Castañeda Gutman vs. México***, em 6 de agosto de 2.008¹⁰⁴, novamente, o tema veio à baila. O Sr. Castañeda Gutman pretendeu concorrer ao cargo de Presidente do México sem ser filiado a partido político¹⁰⁵ e fora do prazo estabelecido pela legislação local com fundamento no Artigo 23 da Convenção Americana. **Neste caso, é de se notar a exarcação de medida cautelar pela Comissão Interamericana conferindo, ao Autor, o registro de candidato à Presidente. Esta decisão foi cumprida pelo Estado Mexicano.**

Em primeiro plano, após a enunciação da relação umbilical entre os direitos políticos e a democracia, a Corte abordou o caráter taxativo, não enunciativo do Artigo 23.2 da Convenção quando trata das restrições possíveis desses direitos para enunciar o caráter *numerus clausus* das restrições convencionais que, somente, podem se dar – exclusivamente, repita-se – “por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal”. A propósito, há um capítulo para a glosa do termo “exclusivamente”:

*III. La interpretación del término ‘exclusivamente’ del artículo 23.2 y la obligación de garantizar los derechos políticos
(...) De acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el término “exclusivamente” debe interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que se le atribuye a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. En este sentido, el significado del*

¹⁰⁴Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/jurisprudencia>>.

¹⁰⁵ No Brasil, a Constituição Federal erige como condição de elegibilidade a filiação partidária (art. 14, parágrafo 3, inc. V).

*término exclusivamente equivale a “con exclusión”, es sinónimo de “solamente” o “únicamente”, y por lo tanto excluye toda posibilidad de agregar a las restricciones previstas, otras no incluidas expresamente. Sin perjuicio de que no es necesario recurrir a los medios complementarios de interpretación previstos por la Convención de Viena, señalaron que los términos usados en los cuatro idiomas oficiales de la Convención Americana (“only”, en la versión inglesa, “exclusivement”, en la versión francesa, y “exclusivamente”, en la versión portuguesa) tienen idéntico significado y no revelan ninguna diferencia de sentido entre ellas. La enumeración de requisitos del artículo 23.2 de la Convención Americana se integra con lo previsto en los artículos 29 y 30 de dicho tratado, por lo que la ley interna no puede dictar una norma por razones de interés general con un propósito que contradiga a una disposición expresa de la Convención. Las restricciones previstas en el artículo 23.2 de la Convención son *lex specialis*, aplicable a los derechos humanos de carácter político, mientras que los artículos 29 y 30 del mismo tratado son normas aplicables en forma general a todas las disposiciones de la Convención. Finalmente, sostuvieron que el TRIFE ya se pronunció sobre la compatibilidad con la Convención Americana y la Constitución Política de una disposición legal que establece que la solicitud de registro de candidatos sólo la puedan presentar los partidos políticos, pero lo hizo de manera incorrecta omitiendo analizar el vocablo “exclusivamente” del artículo 23.2 de la Convención.*

Interessante notar que o tema discutido no precedente YATAMA foi ventilado para sustentar a candidatura de Castañeda Gutman. Em ambos os casos, as partes não tinham um partido político, daí a similitude, embora o pleito, no caso da Nicarágua, ostentasse um viés coletivo, o que o diferenciava da posição individual deste precedente¹⁰⁶. Mais do que isso, em YATAMA, a constituição de um partido político, em face das questões específicas como a língua, costumes e formas de organização daquelas comunidades tradicionais, pela imposição do modelo partidário, frustraria os direitos políticos daquela população.

Por fim, a Corte afastou a alegação de violação dos direitos políticos do Sr. Castañeda, mas, condenou o México pela vulneração ao direito de proteção judicial do

¹⁰⁶ Colhe-se da decisão a comparação: “172. *El caso Yatama trata de personas que pertenecen a comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua que se diferencian de la mayoría de la población, inter alia, por sus lenguas, costumbres y formas de organización, que enfrentaban serias dificultades que los mantenían en una situación de vulnerabilidad y marginalidad para participar en la toma de decisiones públicas dentro de dicho Estado, y donde el requisito de participar políticamente a través de un partido político se traducía en una forma de organización ajena a sus usos, costumbres y tradiciones, que impedía, sin alternativas, la participación de dichos candidatos en las elecciones municipales respectivas. En cambio, el presente caso se trata de una persona que deseaba presentarse como candidato independiente, que no alegó ni acreditó representar intereses de algún grupo vulnerable o marginado de la sociedad que estuviera impedido formal o materialmente para acceder a cualesquiera de las alternativas que el sistema electoral mexicano ofrecía para participar en las elecciones, y que tenía diversas alternativas idóneas para poder ser postulado como candidato (infra párr. 202)”.*

Artigo 25 da Convenção, por não existir um recurso hábil e efetivo para a defesa de seu direito.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no **Caso López Mendoza vs. Venezuela**, decisão de 11 de setembro de 2011¹⁰⁷, discutiu, exatamente, a inelegibilidade do autor para participar da vida política de seu país por decisão lavrada por autoridade administrativa (Controladoria-Geral da República da Venezuela¹⁰⁸) nas eleições regionais de 2008. O autor alegara uma sistemática campanha para disseminar inelegibilidades para os opositores do regime que, sob a roupagem de combate à corrupção, se valia de “instrumentos de persecução política” que “privam de seus direitos qualquer um que seja dissidente do governo e tenha aspirações claras e um alto índice de ganhar as eleições”¹⁰⁹.

A Corte Interamericana deixou assentada a violação aos direitos políticos de López apontando a desobediência aos requisitos para a restrição deste direito fundamental

¹⁰⁷ Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf>.

¹⁰⁸ A Controladoria Geral da República é órgão com matiz constitucional integrante do chamado Poder Cidadão que é exercido pelo Conselho Moral Republicano. Este poder está incumbido da prevenção investigação e sanção dos fatos que atentem contra a ética pública e a moral administrativa, dentre outras atribuições. Veja-se os dispositivos da Constituição Venezuelana atinentes: “*Artículo 274. Los órganos que ejercen el Poder Ciudadano tienen a su cargo, de conformidad con esta Constitución y la ley, prevenir, investigar y sancionar los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa; velar por la buena gestión y la legalidad en el uso del patrimonio público, el cumplimiento y la aplicación del principio de la legalidad en toda la actividad administrativa del Estado, e igualmente, promover la educación como proceso creador de la ciudadanía, así como la solidaridad, la libertad, la democracia, la responsabilidad social y el trabajo. Artículo 275. Los representantes del Consejo Moral Republicano formularán a las autoridades o funcionarios de la Administración Pública, las advertencias sobre las faltas en el cumplimiento de sus obligaciones legales. De no acatarse estas advertencias, el Consejo Moral Republicano, podrá imponer las sanciones establecidas en la ley. En caso de contumacia, el presidente o presidenta del Consejo Moral Republicano presentará un informe al órgano o dependencia al cual esté adscrito el funcionario o funcionaria públicos, para que esa instancia tome los correctivos de acuerdo con el caso sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar en conformidad con la ley.*”

¹⁰⁹ Vale a leitura integral do parágrafo 25 da decisão: “*Los representantes de la presunta víctima alegaron que en relación con diversos instrumentos internos para la persecución de la corrupción “existe una política de [E]stado selectiva en cuanto a su aplicación” e “instrumentos de persecución política” que “priv[an de sus derechos] a cualquiera que sea disidente al gobierno y tenga aspiraciones claras y un alto índice de posibilidades de ganar elecciones”. Así, para los representantes, las investigaciones administrativas contra el señor López Mendoza se habrían iniciado “en plena campaña electoral para elegir alcaldes”. Además, citaron un informe de la Comisión Interamericana respecto de Venezuela del año 2009 en el que dicho órgano indicó que: “ha[bía] recibido alegaciones de que en Venezuela se han creado mecanismos para restringir las oportunidades de acceso al poder de los candidatos disidentes al gobierno. Particularmente, en relación con las últimas elecciones regionales llevadas a cabo en Venezuela en noviembre de 2008, la Comisión recibió información, tanto a través de sus audiencias como de casos particulares que se presentaron para su conocimiento, en la que se señal[ó] que alrededor de 400 personas vieron limitados sus derechos políticos a través de resoluciones administrativas de la Contraloría [...] adoptadas con fundamento en el artículo 105 de [su] Ley Orgánica [...]. Según se señaló, el Contralor de la República decidió inhabilitar a estas personas para optar a cargos públicos alegando que habían incurrido en hechos irregulares en el ejercicio de sus funciones públicas. La información recibida por la Comisión destaca que una gran mayoría de las personas inhabilitadas pertenecían a la oposición política.”.*

no caso concreto (art. 23.2), em especial, a ausência da condenação por um juiz criminal, não sendo qualquer sanção possível de causar a inelegibilidade:

En el presente caso, que se refiere a una restricción impuesta por vía de sanción, debería tratarse de una “condena, por juez competente, en proceso penal”. Ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas sanciones no era un “juez competente”, no hubo “condena” y las sanciones no se aplicaron como resultado de un “proceso penal”, en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana.

Foi exigida, pelo intérprete “último” e “definitivo” da Convenção Americana, como visto da leitura acima, para afastar o direito fundamental político, uma condenação pelo juiz criminal nos termos do devido processo convencional preconizado no Artigo 8º do acordo. E assinalou aquela Corte Internacional, ainda, acerca dos contornos desse direito fundamental, ser meio fundamental das sociedades democráticas para garantia dos demais direitos, devendo ser assegurada a oportunidade real de exercício desses direitos:

Este último término implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos. En el presente caso, si bien el señor López Mendoza ha podido ejercer otros derechos políticos (supra párr. 94), está plenamente probado que se le ha privado del sufragio pasivo, es decir, del derecho a ser elegido.

En virtud de lo que antecede, la Corte determina que el Estado violó los artículos 23.1.b y 23.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio del señor Leopoldo López Mendoza.

Neste precedente, houve o reconhecimento do cometimento de ilícito internacional pelo Estado da Venezuela, por ofensa ao Artigo 23 da Convenção de regência.

Outro caso muito interessante ocorreu na Colômbia e diz respeito ao candidato a Prefeito de Bogotá, **Caso Gustavo Francisco Petro Urrego** que teve seus direitos políticos suspensos por uma resolução, de natureza “disciplinar”, emitida pela Procuradora-Geral da Nação, que o destituiu e o inabilitou por 15 (quinze) anos, em face de alegadas irregularidades quando de sua administração como prefeito da mesma

cidade¹¹⁰. A Comissão Interamericana, assim, concedeu uma medida provisional suspendendo a decisão administrativa, em março de 2014, ressaltando a necessidade de preservação dos parâmetros convencionais para a restrição de direitos políticos¹¹¹. O Estado Colombiano cumpriu a decisão cautelar.

No mês de outubro de 2017, a Comissão Interamericana, finalmente, julgou seu pedido procedente para reconhecer aquilo que se apontava alhures: a impossibilidade de autoridades administrativas ou políticas darem ensejo à inelegibilidades, recomendando ainda ao Estado Colombiano:

1. *Deixar sem efeito os atos administrativos sancionatórios que impuseram sanções de inabilitação ao Senhor Gustavo Francisco Petro Urrego, de forma tal que possa exercer livremente seus direitos políticos, incluindo seu direito ao sufrágio passivo; (...) 3. Adequar sua legislação interna, em particular, as disposições da Constituição política e Código Disciplinar Único, que contemplam respectivamente a facultade de destituir e inhabilitar funcionario de eleição popular por parte da Procuradoria Geral da Nação no exercício de sua potestade disciplinar; 4. Adequar a norma penal para assegurar que não se incluíam referências à via disciplinar ou fiscal nos tipos penais relacionados à eleição de pessoas inhabilitadas. Em todo o caso, o Estado deve abster-se de aplicar o tipo penal previsto no artigo 5 da Lei n. 1834 de 2017, levando em consideração **as determinações sobre a inconveniencia da***

¹¹⁰ A petição do Sr. Gustavo Francisco Petro Urrego foi cedida, gentilmente, a mim por seu advogado, Dr. Ortiz. Nesta consta a causa para a inelegibilidade: alegadas irregularidades em contratos administrativos: “La Procuraduría General de la Nación adelanta un proceso disciplinario con radicación No. IUS 2012-447489 IUC D-2013-661-576188, en contra del señor Alcalde Mayor de Bogotá, GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en el cual se le imputaron los siguientes cargos: El pliego de cargos, en su artículo primero, endilga a mi mandante la falta disciplinaria gravísima contenida en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, a título de dolo, por: 'Haber tomado la decisión para el segundo semestre de 2012 y en su condición de alcalde mayor de Bogotá y jefe de la administración distrital, de que las empresas del Distrito de Bogotá asumieran la prestación del servicio público de aseo, decisión que conlleva que el director de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) y el gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB) suscribieran el contrato interadministrativo 017 del 11 de octubre de 2012, sin que esta empresa contara con la más mínima experiencia y capacidad requerida. Así mismo, la decisión del señor alcalde mayor de Bogotá conllevó a que el gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB) y el gerente de la empresa Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. suscribieran el contrato interadministrativo 809 del 4 de diciembre de 2012, sin que esta empresa contara con la más mínima experiencia y capacidad requerida” Esta falta es descrita, así: “Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes: (...) 31. Participar en la etapa precontractual en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley” (Negrilla fuera de texto) Este cargo se imputa en la calidad de determinador (Art. 26 CUD), es decir que, para la Procuraduría, el señor Alcalde determinó o instigó al Director de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos - UAESP y a los gerentes de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá- EAAB y de Aguas Bogotá S.A. E.S.P., a celebrar contratos interadministrativos sin el lleno de los requisitos legales”.

¹¹¹ Disponível em: < <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2014/MC374-13-ES.pdf>.

destituição disciplinar ou fiscal, sem condenação penal transitada em julgado (“firme”).

A decisão da Comissão afasta as inelegibilidades criadas por autoridades administrativas, mas também, de roldão, exige para o afastamento da capacidade eleitoral passiva a condenação criminal transitada em julgado, impedindo-se os efeitos daquilo que é provisório como a condenação por colegiado em segunda instância por ato de improbidade ou mesmo condenação criminal.

A congênere europeia caminha na mesma trilha, conforme acentua André de Carvalho Ramos¹¹²: “em resumo, o uso da proporcionalidade concatena-se do seguinte modo: i) legalidade e idoneidade; ii) necessidade em uma sociedade democrática; iii) justo equilíbrio entre o benefício e o sacrifício gerado”.

Como se sabe, no Artigo 23, não há previsão convencional de restrição, além das hipóteses listadas. Isso significa que a finalidade da medida restritiva deve ser no interesse de algum dos direitos assinalados no art. 23, ou seja, para promoção dos direitos políticos, como, por exemplo, a decisão da necessidade de filiação partidária no Caso Castaneda Gutman vs. México. Ali entendeu-se que a restrição criada com a obrigatoriedade da filiação partidária promovia, em última análise, os direitos políticos.

No Informe da CIDH de 2009¹¹³, já mencionado, sobre a democracia na Venezuela se abordou a decisão da Sala Constitucional daquele país que interpretara o Artigo 23.2 da Convenção Americana, afastando os temas ali propostos e, com arrimo nos Artigos 30 e 32, em especial da expressão “segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum”, (§ 66) entendeu possível outras restrições nos direitos políticos. E o fecho da decisão merece reprodução pela contundência da Sala Constitucional venezuelana ao impor à Convenção Americana “(...) a sanção de fatos que atentem contra a ética e a moral administrativa” e fazer prevalecer “os interesses coletivos envolvidos na luta contra a corrupção sobre os interesses particulares dos envolvidos em ilícitos administrativos¹¹⁴”.

¹¹² O autor cita ainda a expressa menção à proporcionalidade no art. 52 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. (CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 208.

¹¹³ Disponível em: <http://www.cidh.org/countryrep/venezuela2009sp/VE09CAPIISP.htm#II>.

¹¹⁴ Disponível em: <http://www.cidh.org/countryrep/venezuela2009sp/VE09CAPIISP.htm#II>. [...] *Es inadmisibile la pretensión de aplicación absoluta y descontextualizada, con carácter suprahistórico, de una norma integrante de una Convención Internacional contra la prevención, investigación y sanción de hechos que atentem contra la ética pública y la moral administrativa (artículo 271 constitucional) y las*

No sistema europeu, a Comissão Veneza (Comissão Europeia pela Democracia pela Lei) produziu o Código de Boas Práticas em Temas Eleitorais¹¹⁵ (2002), sob os auspícios da Convenção Europeia de Direitos Humanos. No que diz respeito à privação dos direitos políticos (votar e ser eleito) são os seguintes requisitos cumulativos¹¹⁶: i) deve constar em lei; ii) a proporcionalidade deve ser observada; as condições para a privação do direito de participar de uma eleição podem ser menos rígidas do que a a privação do direito de votar; iii) a privação deve ser baseada em incapacidade mental ou condenação criminal oriunda de um crime grave (“serious offense”); ademais, a retirada de direitos políticos ou a descoberta de incapacidade mental poderá somente ser imposta por decisão expressa de uma Corte de Justiça. (tradução nossa)

Observa-se que no sistema europeu, de acordo com o Código de Boas Práticas Eleitorais, também não há qualquer possibilidade da inelegibilidade ser constituída por autoridades administrativas, nem tampouco por condenações que não sejam oriundas de crimes graves.

Em 2004, a mesma Comissão de Veneza produziu um relatório sobre a “Abolição das Restrições ao Direito de Votar em Eleições Gerais”¹¹⁷, com o fito de subsidiar o Conselho Europeu sobre o tema abordando as várias formas de restrição ao direito de votar, para concluir que as limitações relacionadas à idade, nacionalidade, residência, ficha criminal e incapacidade mental são encontrados em quase todos os países

atribuciones expresamente atribuidas por el Constituyente a la Contraloría General de la República de ejercer la vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos (art. 289.1 eiusdem); y de fiscalizar órganos del sector público, practicar fiscalizaciones, disponer el inicio de investigaciones sobre irregularidades contra el patrimonio público, e “imponer los reparos y aplicar las sanciones administrativas a que haya lugar de conformidad con la ley” (art. 289.3 eiusdem). En tal sentido, deben prevalecer las normas constitucionales que privilegian el interés general y el bien común, debiendo aplicarse las disposiciones que privilegian los intereses colectivos involucrados en la lucha contra la corrupción sobre los intereses particulares de los involucrados en los ilícitos administrativos; y así se decide.

¹¹⁵ Trata-se do corpo consultivo do Conselho da Europa sobre temas constitucionais. *European Commission for Democracy through Law, Code of Good Practice in Electoral Matters: Guidelines and Explanatory Report - Adopted by the Venice Commission at its 51st and 52nd sessions (Venice, 5-6 July and 18-19 October 2002)*[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2002\)023-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2002)023-e).

¹¹⁶ Trecho original: “d. Deprivation of the right to vote and to be elected: i. provision may be made for depriving individuals of their right to vote and to be elected, but only subject to the following cumulative conditions: ii. it must be provided for by law; iii. the proportionality principle must be observed; conditions for depriving individuals of the right to stand for election may be less strict than for disenfranchising them; iv. The deprivation must be based on mental incapacity or a criminal conviction for a serious offence. v. Furthermore, the withdrawal of political rights or finding of mental incapacity may only be imposed by express decision of a court of law”.

¹¹⁷ Disponível em: <http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD%282005%29011-e>.

democráticos. A Comissão manteve as conclusões exaradas em seu Código para admitir as restrições aos direitos políticos somente na presença daqueles requisitos cumulativos.

6. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Afirmou-se, até aqui, que os tratados internacionais de direitos humanos têm natureza constitucional (supralegal, conforme jurisprudência do STF) e são de aplicação imediata, a partir da ratificação (ou do momento de vigência conforme disposto no tratado) sem a necessidade de qualquer ato interno.

Cabe examinar, então, a forma de efetivação desse arcabouço normativo internacional, em especial, daquilo vazado pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos no cenário doméstico nacional.

O Artigo 27 da Convenção de Viena – convém ressaltar – exclui a norma interna como empecilho ao cumprimento da Convenção, exceção nos casos em que tenha havido, com a celebração, a violação de uma norma de seu direito interno de fundamental importância, conforme norma do Artigo 46¹¹⁸. O Artigo 2º da Convenção Americana, de seu turno, determina a adequação da legislação paroquial para se permitir o usufruto dos direitos e liberdades convencionais. Mazzuoli esclarece¹¹⁹:

A única disposição do Direito interno brasileiro, de importância fundamental é a Constituição do Estado, no qual se encontram as regras jurídicas sobre competência para concluir tratados, é aquela que diz competir exclusivamente ao Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (art. 49, I, CF/1.988). Portanto, a única e exclusiva hipótese em que o Estado brasileiro pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição constitucional sobre sua competência para concluir tratados, visando, com isto, nulificar os efeitos desse acordo internacional em relação ao Brasil, é aquela ligada ao fato de o tratado ter sido ratificado em o abono do Poder legislativo (caso de inconstitucionalidade extrínseca ou ratificação imperfeita).

¹¹⁸ “Disposições do Direito Interno sobre Competência para Concluir Tratados. 1. Um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental”.

¹¹⁹MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Direito dos Tratados*. São Paulo: RT, 2011, p. 192.

João Grandino Rodas aduz que “embora considere a lei interna como simples fato, a jurisprudência internacional tem sufragado o primado do Direito Internacional. Lembrem-se da Corte Permanente de Justiça Internacional *inter alia*, a sentença no Caso *Wimblendon* de 1923 e o parecer consultivo no caso das comunidades greco-búlgaras de 1930. Da Corte Internacional de Justiça, a sentença sobre o ouro monetário, de 1954. Os laudos arbitrais tem trilhado o mesmo caminho”¹²⁰.

Há, desta maneira, o inafastável dever, da legislação interna, de obedecer a esses tratados, tal como devem respeito à Constituição numa “dupla compatibilidade vertical material” de todo ordenamento, conforme teoria de Valério Mazzuoli ou “teoria do duplo controle”¹²¹ de André Carvalho Ramos. E, a esta compatibilidade vertical da legislação interna com os acordos de direitos humanos se dá o nome de controle de convencionalidade¹²², porquanto, o parâmetro de sua adequação se situa num tratado internacional, numa convenção, e é fruto da evolução jurisprudencial daquela Corte. O mesmo autor esclarece sua origem¹²³:

Não obstante a expressão “controle de convencionalidade” ter nascido na França, com a Decisão 74-54 DC, de 15 de janeiro de 1975, do Conselho Constitucional francês, o certo é que foi no Continente Americano que esse tipo de controle galgou o seu maior desenvolvimento. Foi a Corte Interamericana de Direitos Humanos – e não um tribunal europeu – que passou a exigir, desde 2006, quando do julgamento do *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, que o Poder Judiciário dos Estados-partes à Convenção Americana sobre Direitos Humanos exerça o controle de convencionalidade das normas jurídicas internas que aplicam aos casos concretos.

¹²⁰ RODAS, João Grandino. *A Constituinte e os Tratados Internacionais*. São Paulo, RT. 624, out.1987.

¹²¹CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 313.

¹²² Cuida-se, especificamente, dos tratados de direitos humanos. Para Mazzuoli “a compatibilidade das leis com os instrumentos internacionais comuns chamaremos de controle de suprallegalidade [...]”. (MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério. *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 31).

¹²³ MAZZUOLI, Valério. *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. XII. Para Calogero Pizzolo, a expressão “controle de convencionalidade” é usada pela primeira vez no voto concorrente do Juiz Garcia Ramirez no caso *Myrna Mack Chang* do ano de 2003. (PIZZOLO, Calogero. *Control de Convencionalidad y su recepción por la Corte Suprema de Justicia em Argentina*. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério. *Controle de Convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro)*. In: *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 430.

O controle de convencionalidade, como salienta Néstor Pedro Sagués¹²⁴, representa nada mais que um instrumento de uniformização do tratamento dado aos direitos humanos no sistema regional com vista à constituição e solidificação de um projeto normativo transnacional, um direito comunitário regional, *jus commune* para a América, o que, em rigor, está expressamente previsto no Artigo 4º, parágrafo únicoº da Constituição Brasileira¹²⁵.

Observa-se que, a despeito do dever de zelar pelo cumprimento da Convenção Americana de todos os entes, órgãos e servidores da Administração Pública, há, ainda, a obrigação de adoção da *interpretação* adotada pela Corte Interamericana sobre os dispositivos desse acordo internacional. Com efeito, está claro na Convenção Americana, que o Estado “reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção” (art. 62.1.).

A interpretação dada, pela Corte, ao dispositivo da Convenção Americana se integra ao “material normativo controlante”¹²⁶, e é de caráter vinculativo para os Estados-partes, o que significa dizer da existência de um dever de confluência da atuação estatal de modo a obedecer aquela legítima hermenêutica levada a cabo pelo órgão internacional, seja, ela, expressa nas medidas cautelares eventualmente concedidas, nos casos contenciosos ou nas opiniões consultivas exaradas.

Luiz Guilherme Marinoni ressalta a extensão da interpretação¹²⁷ na qual se inclui, obviamente, as decisões nos processos em que o Estado foi parte, mas, sobretudo, a imposição da razão de decidir para outros casos:

Porém, a obrigatoriedade de respeito à fundamentação determinante de uma decisão nada tem a ver com a participação como parte no processo em que proferida. A parte, como é óbvio, é sujeita ao dispositivo da decisão, não podendo dela fugir. Sucede que os fundamentos determinantes ou a *ratio decidendi* expressam uma tese jurídica ou o sentido atribuído a uma norma diante de determinada realidade fática. Esta tese ou sentido, por revelarem o entendimento da Corte acerca de

¹²⁴ SAGUÉS, Néstor Pedro. Obligaciones Internacionales y Controle de Convencionalidad. *Estudios Constitucionales*, ano 8, n. 1, p. 117-136, 2010.

¹²⁵ “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

¹²⁶ Nestor Sagues usa as expressões *material normativo controlante* para o paradigma e *material normativo controlado* para o objeto propriamente dito desse exame. SAGUÉS, Néstor Pedro. Obligaciones Internacionales y Controle de Convencionalidad. *Estudios Constitucionales*, ano 8, n. 1, p. 117-136, 2010.

¹²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Controle de Convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 83.

como a Convenção deve ser compreendida em face de certa situação, certamente devem ser observados por todos aqueles que estão obrigados perante a Convenção. Como é evidente, a vinculação aos fundamentos determinantes das decisões da Corte apenas reforça a sua autoridade, atribuindo força aos preceitos da Convenção.

Integram este *jus commune* ou o *material normativo controlante* ou mesmo *bloco de convencionalidade*:

- i) os direitos humanos previstos em tratados internacionais;
- ii) a jurisprudência e interpretação da Corte Interamericana;
- iii) a interpretação dada pelos demais órgãos do sistema internacional como o Tribunal Internacional do Mar, a Corte Penal Internacional e o Tribunal Internacional de Justiça¹²⁸.

A interpretação doméstica dos direitos humanos, assim, deve perpassar uma interpretação conforme o *bloco de convencionalidade* acima descrito, permitindo-se a adequação da legislação e Constituição paroquiais àqueles padrões protetivos mínimos reinantes neste direito comum internacional. E isto se dá por meio da instituição de um diálogo jurisprudencial que “incide na devida articulação e criação de *standarts* de proteção dos direitos humanos no continente americano e na América Latina. O Direito Internacional dos Direitos Humanos se conjuga com o Direito Constitucional, ou, se se prefere, enlaça-se com o Direito Constitucional Internacional dos Direitos Humanos; o afirmado anteriormente implica, necessariamente, uma capacitação e atualização permanente dos juízes nacionais sobre a dinâmica de jurisprudência convencional”¹²⁹.
(tradução nossa)

Um exemplo claro desta integração é a consequência do julgamento do Caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* (2009), em que a Corte Constitucional daquele país, compreendendo e assimilando a força normativa convencional deu uma

¹²⁸ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Interpretacion conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*. Estudios Constitucionales, vol. 9, n. 2, p. 531-622, 2011.

¹²⁹ Trecho original: “*incide en la debida articulacion y creacion de estandartes en materia de proteccion de los derechos humanos en el continente americano e, por lo pronto, en Latinoamerica. El Derecho Internacional de Derechos Humanos se conjuga con El Derecho Constitucional, o, se si prefere, se enlazan ele Derecho Constitucional Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; lo anterior implica, necesariamente, una capacitacion y actualizacion permanente de los jueces nacionales sobre la dinamica de la jurisprudencia convencional*”. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Interpretacion conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*. Estudios Constitucionales, vol. 9, n. 2, p. 531-622, 2011.

interpretação conforme para admitir o controle difuso de constitucionalidade, antes inexistente naquele país¹³⁰.

Em rigor, a instituição de um sistema internacional de proteção e direitos humanos somente poderá ter êxito se todos os diplomas normativos, incluindo-se as Constituições e a interpretação do direito se submeterem à Corte Interamericana de Direitos Humanos, como, aliás, preconizam os tratados internacionais pertinentes. Foge da lógica (e da própria razão de ser) dos sistemas de proteção, ter as constituições locais como empecoço para a consolidação dos direitos humanos¹³¹. Na realidade, o predomínio do direito internacional tem raízes na própria concepção da Convenção de Viena, observado, é claro, o princípio *pro persona*.

Calógero Pizzolo afirma que o controle de convencionalidade irrompe como ferramenta para a garantia do princípio da supremacia do direito internacional dos direitos humanos e como garantia de aplicação efetiva das obrigações assumidas pelo Estado, ou seja, do “efeito útil” desses acordos internacionais, considerando tais como princípios desse ordenamento¹³²:

Entre esses princípios, em relação à matéria que tratamos, podemos indicar primordialmente dois: o do efeito útil das obrigações internacionais assumidas pelo Estado ao ratificarem – no exercício de sua soberania- um instrumento internacional sobre direitos humanos e o princípio da supremacia de ditas obrigações em respeito ao direito interno. (tradução nossa)

¹³⁰ FIGUEIROA ÁVILA, Enrique. *Controles de constitucionalid, de convencionalid y de legalidade. Hacia um nuevo modelo de impartición de la justicia electoral*. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juselec/cont/30/dtr/dtr5.pdf>> Acesso em: 03.jan.2014.

¹³¹ Após apontar a supremacia da Constituição sobre os tratados e ressaltar o risco da “expressão direitos humanos poderia abrir uma via perigosa para uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna”, Gilmar Ferreira Mendes defende a necessidade de um controle prévio de constitucionalidade dos tratados. (MENDES, Gilmar. A supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a Prisão Civil do Depositário Infiel no Brasil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de Convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro)*. In: *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 218-219).

¹³² PIZZOLO, Calogero. *Control de Convencionalidad y su recepción por la Corte Suprema de Justicia em Argentina*. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de Convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro)*. In: *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 428. Trecho original: “Entre esos principios, en relación a la materia que tratamos, podemos indicar primordialmente dos: el de efecto útil de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados al ratificar –en ejercicio de su soberanía- un instrumento internacional sobre derechos humanos, y el principio de primacía de dichas obligaciones respecto de todo el derecho interno”.

Marcelo Neves, contudo, registra a noção de um “modelo de articulação” entre as ordens normativas, porque, segundo ele, a perspectiva de convergência ou resistência traz “elementos potenciais de autodestruição da própria ordem constitucional ou de heterodestruição de outras ordens jurídicas”¹³³. Enfim, o autor preconiza o entrelaçamento, o diálogo dessas ordens normativas.

Mesmo que possa causar algum desconforto numa primeira e desavisada leitura no argumento da interferência externa em assunto doméstico, a jurisdição nacional já recepciona e acolhe as sentenças arbitrais estrangeiras (composição entre particulares não homologados pela jurisdição de origem¹³⁴), com supedâneo na Convenção de Nova York (Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras¹³⁵). É dizer: se se admite a autocomposição sobre a jurisdição nacional, elaborada por árbitros particulares, com mais razão, deve-se admitir a atuação de uma Corte Internacional para a tutela dos direitos humanos¹³⁶, mesmo porque, como já se disse, os tratados de direitos humanos ostentam hierarquia constitucional ou, pelo menos supralegal, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Observa-se que, no sistema europeu, se adota, em contraposição, a teoria da margem de apreciação fundada na noção de subsidiariedade da jurisdição internacional. Neste modelo, segundo André de Carvalho Ramos, “caberia ao próprio Estado estabelecer os limites e restrições ao gozo de direitos em face do interesse público”¹³⁷, não cabendo, à comunidade internacional, por exemplo, a decisão específica sobre a extensão da solução adotada no caso de reconhecida violação dos direitos humanos.

¹³³ NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo, com especial referencia a la experiencia latino-americana. In: CLÉRICO, Laura. CAPALDO, Griselda d. SIECKMANN, Jan. Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional. 1º edição. Buenos Aires : Eudeba; Fundación Alexander von Humboldt, 2012, p. 58.

¹³⁴ Em artigo sobre o tema, Arnaldo Wald aponta que a celeuma repousava na extensão do art. 102, inciso I, da CF, que assinala genericamente a competência do STF de homologação de sentença estrangeira e, não sendo a composição, sentença, exigia-se o trâmite pelo judiciário local, para depois ser homologado pelo Brasil – esvaziando de sentido o instituto da arbitragem. Com o advento da Lei n. 9.307/96, porém, houve a alteração da jurisprudência para admitir a homologação de sentenças arbitrais. No entanto, há limites materiais para a arbitragem como o objeto se circunscrever aos direitos patrimoniais disponíveis. (WALD, Arnold. A Convenção de Nova Iorque. *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, ano 5, n. 16, p. 325-332, abr./jun. 2002).

¹³⁵ Decreto nº 4.311 de 23 de julho de 2002.

¹³⁶ Na realidade, a arbitragem internacional é anterior à solução judiciária propriamente dita, sendo um capítulo recente da sociedade internacional. Segundo Sidney Guerra, a instituição pioneira foi a Corte de Justiça Centro Americana, instituída em 20 de dezembro de 1907, entre Costa Rica, El Salvador, Guatemala e Honduras, o que teve a vida curta de 10 anos. (GUERRA, Sidney. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 101.

¹³⁷ CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 115.

Em síntese, o controle de convencionalidade pretende a unificação do discurso sobre direitos humanos por meio da uniformidade de interpretação e dos ordenamentos internos de cada país, obedecidas – é claro – as peculiaridades de cada Estado, observado, nada obstante, um parâmetro mínimo comum no sistema regional. Surge um dever de interpretação conforme e um dever de adequação da legislação, em confronto com o *bloco de convencionalidade*, sob pena de responsabilidade internacional do Estado.

6.1.O Controle Difuso de Convencionalidade

O controle difuso de convencionalidade dos tratados é realizado pela Corte Americana, como visto. E é um dever impostergável do Estado Brasileiro e, como tal, uma tarefa a ser compartilhada entre Executivo, Judiciário e Legislativo¹³⁸ no esforço transnacional de constituição de salvaguardas mínimas para os direitos humanos com efetividade em cada país.

O administrador, ao definir a regra de competência ou dar uma solução para o caso concreto, deve se adequar ao disposto nas convenções internacionais.

O Poder Legislativo, ao realizar o exame da higidez das proposições, realiza este crivo de maneira mais concentrada nas comissões de justiça, mantendo-se, esses limites, como orientações para a atividade legislativa.

O Chefe do Executivo, no seu exercício de veto da legislação, deve opor seu inconformismo, também, em defesa dos tratados internacionais e provocar o controle concentrado.

¹³⁸ Os países adotam diferentes modelos de controle de constitucionalidade. Veja-se, por exemplo, a limitação exposta por Enrique Figueiroa Ávila para as autoridades administrativas mexicanas reconhecerem a inconstitucionalidade da norma: “Resulta importante aclarar que mientras las dos opciones de interpretación conforme deben ser aplicadas por todas las autoridades des país (jurisdiccionales y no jurisdiccionales), em cambio, la facultad de inaplicar normas quedó explicitamente reservada a las autoridades jurisdiccionales, siempre que previamente hubieran intetado resolver el conflicto planteado com base em las dos opciones de interpretación conforme antes enumeradas)” Tradução livre: “É importante notar que, enquanto as duas opções de interpretação conforme devem ser aplicada por todos des autoridades do país (jurisdiccional e não jurisdiccional), ao contrário, o poder de não aplicar as regras foi expressamente reservado para autoridades jurisdiccionales, sempre que tenham anteriormente intetado resolver o conflicto com fundqamneto em uma das duas oções anteriormente enumeradas)”. *Controles de constitucionalid, de convionalidad y de legalidade. Hacia um nuevo modelo de impartición de la justicia electoral*. Disponível em:

<<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juselec/cont/30/dtr/dtr5.pdf>>

E aos juízes no Brasil¹³⁹, em todas as instâncias, de igual forma, compete esse cotejo convencional, fortes na teoria da “dupla compatibilidade material vertical”. O esquema apresentado por Sagués¹⁴⁰ ilustra o papel do *juiz nacional* agora elevado à condição de *juiz interamericano*¹⁴¹:

Com efeito, se o juiz local deve fazer uma interpretação de sua constituição "conforme" o Pacto de San José de Costa Rica e na jurisprudência do Tribunal Interamericano de Direitos Humanos, o controle de constitucionalidade que também deve praticar, tem que começar a partir de uma Constituição convencionalizada, a saber, (i) a constituição depurada dos seus elementos não convencionais, e (ii) além disso, conformada ou reciclada de acordo com o referido Pacto e à jurisprudência do Tribunal. Dito de outra forma, o controle de "convencionalidade" de uma Constituição deve preceder conceitualmente "o controle de constitucionalidade" de leis, decretos, regulamentos, etc., que o mesmo juiz tem que fazer, de tal constituição convencionalizada. (tradução nossa)

Observe-se, todavia, que a atuação desses atores deve ser coincidente com a interpretação dada pela Convenção Americana, sob pena da existência de um controle de convencionalidade “à brasileira” destoante da tentativa internacional de uniformização e garantia de um “mínimo ético irreduzível”, no campo dos direitos humanos. É dizer: o controle de convencionalidade deve ser compreendido com menos autonomia e mais submissão, como meio de efetivação da interpretação da Convenção Americana realizada pela Corte Interamericana.

Flávia Piovesan traz o exemplo do Caso Gonzáles e outros contra o México em que foi reconhecida a responsabilidade do Estado, em razão do expressivo número de desaparecimentos de mulheres, sob o prisma de que a omissão estava contribuindo para

¹³⁹ Anote-se que, segundo Néstor Sagués, Uruguai, México e Costa Rica não admitem o controle de constitucionalidade difuso em seus sistemas jurídicos, mas tão-somente o controle concentrado a ser realizado por uma Corte Superior, o que representa um empecilho maior para esta empreitada.

¹⁴⁰ SAGÜÉS, Néstor Pedro. Empalmes entre el Control de Constitucionalidad y el de Convencionalidad: la “constitución convencionalizada”. In BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Estudios Avanzados de Derechos Humanos. Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo Direito Público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 10.

¹⁴¹ Trecho original: “*En efecto: si el juez local debe realizar una interpretación de su constitución “conforme” al Pacto de San José de Costa Rica y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el control de constitucionalidad, que también debe practicar, tiene que partir de una Constitución convencionalizada, vale decir, (i) de una Constitución nacional depurada de sus elementos inconventionales, y (ii) además, conformada o reciclada según el Pacto mencionado y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Dicho de otra manera, el “control de convencionalidad” de una Constitución, debe conceptualmente preceder al “control de constitucionalidad” de leyes, decretos, reglamentos, etc., que el mismo juez tiene que hacer, a partir de tal constitución convencionalizada*”.

a cultura da violência e da discriminação contra a mulher¹⁴². Outro exemplo de Flávia Piovesan,¹⁴³ dá conta do reconhecimento pela Corte Interamericana da responsabilidade do Estado da Colômbia no caso Massacre de Ituango, pela “omissão, aquiescência e colaboração com grupos paramilitares pertencentes à Autodefesa Unida da Colômbia (AUC)” que realizava ataques à comunidade de Ituango com a perda de vida de vários civis.

No que diz respeito ao controle difuso e judicial de convencionalidade, em coro, a Convenção Americana estipula a complementariedade da jurisdição internacional, assim como se vê no Estatuto de Roma, onde este princípio é, expressamente, adotado¹⁴⁴, sendo regra a obrigação primeira do Estado nacional de proteção, respeito e efetivação dos direitos humanos.

É de se salientar que inexistente na Convenção Americana qualquer previsão acerca do controle de convencionalidade. Este veio à luz por razões supranormativas, segundo Nestor Sagués, “destinada a reforçar a Corte Interamericana e do Pacto de San José, para que, em suma, o sistema interamericano de direitos humanos, todo ele cimentado em uma interpretação mutativa por adição sobre o mesmo Pacto, praticado pela Corte Interamericana cujo êxito dependerá das sentenças emitidas pela Corte (se são razoáveis, adequadas e úteis, servindo como paradigma) e da vontade de acatamento das Cortes Supremas, tribunais e salas constitucionais dos estados”¹⁴⁵. (tradução nossa).

E esta interpretação mutativa por adição da Corte Interamericana sobre a convenção surgiu no Caso *Almonacid Arellano e outros versus Governo de Chile*, em

¹⁴² Segunda a autora, “estima-se que de 260 a 370 mulheres tenha sido vítimas de assassinato em Ciudad Juarez”. (PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 161).

¹⁴³ PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p.361.

¹⁴⁴ Dispõe o artigo primeiro (Decreto n. 4.388, de 25 setembro de 2002): “É criado, pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional (“o Tribunal”). O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será *complementar* às jurisdições penais nacionais. A competência e o funcionamento do Tribunal reger-se-ão pelo presente Estatuto”.

¹⁴⁵ Trecho original: “(...) *destinadas a afianzar la autoridad de la Corte Interamericana y del Pacto de San José, al para que, em definitiva, del sistema interamericano de derechos humanos, todo ello cimentado em una interpretación mutativa por adición sobre el mismo Pacto, practicada por la Corte Interamericanam cuyo éxito dependerá de las sentencias que emita la Corte (si son razonables, adecuadas y útiles, provocarán ejemplaridad) y de la voluntad de seguimiento de las cortes supremas, tribunales y salas constitucionales de los estados*”. (SAGÜÉS, Néstor Pedro. Empalmes entre el Control de Constitucionalidad y el de Convencionalidad: la “constitución convencionalizada”. In BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Estudios Avanzados de Derechos Humanos. Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo Direito Público*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2013, p. 6.

2006, *leading case*¹⁴⁶ sobre o controle de convencionalidade, sendo mencionado, por Sagués¹⁴⁷ e por Valério Mazzuoli¹⁴⁸, o mesmo significativo parágrafo da decisão (123)¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Valério Mazzuoli refere-se a outro caso de grande relevância: o Caso *Cabrera Garcia e Montiel Flores v. México*, de 26 de novembro de 2010, onde foi afirmada, cabalmente, a doutrina sobre o controle de convencionalidade: “A partir desse momento, fixa-se também, vez por todas, a obrigação dos juízes e tribunais nacionais em aplicar a Convenção Americana segundo a interpretação que dela faz a Corte Interamericana, atribuindo-se ao controle de convencionalidade um efeito positivo ou construtivo”. (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Controle de Convencionalidade das Leis*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 101). Para Ávila, há um precedente anterior: é o Caso *Tibi v. Equador*, em 2.004. *Controles de constitucionalidade, de convencionalidad y de legalidade. Hacia un nuevo modelo de impartición de la justicia electoral*. (ÁVILA, Enrique Figueiroa. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juselec/cont/30/dtr/dtr5.pdf>>. Acesso em: 06.jan.2014.) Eduardo Ferrer Mac-Gregor aponta, ainda, os seguintes precedentes: *Myrna Mack Chang v. Guatemala* em 2003, parágrafo 27, Caso *Vargas Areco v. Paraguai*, 2006, parágrafos 6 e 12. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*. Estudios Constitucionales, vol. 9, n. 2, p. 531-622, 2011.

¹⁴⁷ SAGUES, Nestor. *Op. cit.*, p. 1.

¹⁴⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Controle de Convencionalidade das Leis*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 95.

¹⁴⁹ “123 . A obrigação legislativa acima indicada nos termos do artigo 2º da Convenção também se destina a facilitar o papel do Judiciário para que o aplicador da lei tenha uma escolha clara sobre a forma de resolver um caso particular. No entanto, quando o Legislativo falha em não suprimir ou não adotar leis contrárias à Convenção Americana, o Judiciário permanece vinculado ao dever de garantia estabelecido no artigo 1.1 da mesma e, portanto, deve se abster de aplicar qualquer regulação contrariamente a ela. O cumprimento por agentes ou funcionários do Estado de uma lei que viola a Convenção produz responsabilidade internacional do Estado e é um princípio básico do direito da responsabilidade internacional do Estado, reconhecido no Direito Internacional dos Direitos Humanos, no sentido de que todo Estado é internacionalmente responsável por atos ou omissões de qualquer de seus poderes ou órgãos na violação dos direitos, internacionalmente reconhecidos, no âmbito do artigo 1.1 da Convenção Americana. 124. A Corte está ciente de que os juízes e os tribunais estão sujeitos à regra da lei e, portanto, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratificou um tratado internacional, como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparelho do Estado, também estão sujeitos a ela, forçando-os a garantir que os efeitos das disposições da Convenção não sejam prejudicados por implementação de leis contrárias a seu objeto e finalidade, e que desde o início, carecem de efeito legal. Em outras palavras, o Judiciário deve exercer uma espécie de "controle de convencionalidade" entre as normas jurídicas internas que se aplicam em casos concretos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não só o tratado, mas também a sua interpretação feita pelo Corte Interamericana, o intérprete último da Convenção Americana”. (tradução nossa) Trecho original: “123. *La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana. 124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la*

No caso paradigma, a Comissão de Direitos Humanos encaminhou expediente para a Corte, em face da *“falta de investigación y sanción de los responsables de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano, a partir de la aplicación del Decreto Ley n. 2.191, ley de amnistía, adoptada en 1978 en Chile, así como a la supuesta falta de reparación adecuada a favor de sus familiares”*, tudo oriundo de uma representação ali apresentada no ano de 1998¹⁵⁰ por Mario Márquez Maldonado e Elvira del Rosario Gómez Olivares.

A Corte repudiou tal alegação para reafirmar que o objeto da demanda não cuidava do assassinato de Almonacid Arellano¹⁵¹, mas da violação dos direitos de seus familiares consubstanciado em três argumentos: i) na outorga de competência para o deslinde do caso para a jurisdição militar em detrimento da justiça comum; ii) na vigência do Decreto Lei n. 2.191 (referente à anistia¹⁵²) em momento posterior à entrada em vigor da Convenção Americana para o Chile; iii) na incidência e aplicação do mencionado decreto pelas autoridades judiciais militares, tudo em prejuízo dos familiares do falecido.

Em sua sentença, o juiz brasileiro Cançado Trindade reconheceu a violação estatal dos direitos consignados na Convenção Americana e condenou o Estado do Chile, obrigando-o à continuidade das investigações e punição dos responsáveis pela execução

Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

¹⁵⁰ A Corte Interamericana de Direitos Humanos somente admite a legitimidade da Comissão e de algum Estado-parte. A Convenção Europeia dos Direitos Humanos, ao contrário, admite as petições individuais.

¹⁵¹ O recorte foi expresso: *“Ni la Comisión ni el representante solicitan que la Corte se pronuncie sobre la detención y muerte del señor Almonacid Arellano, ni señalan ninguna falencia o violación procesal, o cualquier otro hecho ocurrido antes de la ratificación de la Convención”.*

¹⁵² Veja-se o texto do decreto de anistia: *“Artículo 1º- Concédese amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 10 de Marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas. Artículo 2º- Amnistíase, asimismo, a las personas que a la fecha de vigencia del presente decreto ley se encuentren condenadas por tribunales militares, con posterioridad al 11 de septiembre de 1973. Artículo 3º- No quedarán comprendidas en la amnistía a que se refiere el artículo 1º, las personas respecto de las cuales hubiere acción penal vigente en su contra por los delitos de parricidio, infanticidio, robo con fuerza en las cosas, o con violencia o intimidación en las personas, elaboración o tráfico de estupefacientes, sustracción de menores de edad, corrupción de menores, incendios y otros estragos; violación, estupro, incesto, manejo en estado de ebriedad, malversación de caudales o efectos públicos, fraudes y exacciones ilegales, estafas y otros engaños, abusos deshonestos, delitos contemplados en el decreto ley número 280, de 1974, y sus posteriores modificaciones; cohecho, fraude y contrabando aduanero y delitos previstos en el Código Tributario. Artículo 4º- Tampoco serán favorecidas con la aplicación del artículo 1º, las personas que aparecieren responsables, sea en calidad de autores, cómplices o encubridores, de los hechos que se investigan en proceso rol N° 192-78 del Juzgado Militar de Santiago, Fiscalía Ad Hoc. Artículo 5º- Las personas favorecidas por el presente decreto ley, que se encuentren fuera del territorio de la República, deberán someterse a lo dispuesto en el artículo 3º del decreto ley N° 81, de 1973, para reingresar al país”.*

de Almonacid Arellano; afastamento dos obstáculos da autoanistia para este fim específico (investigação, julgamento e responsabilização) e a obrigação de dar publicidade à sentença¹⁵³. Afastou, porém, os danos materiais e morais eis que o Estado do Chile já os havia reparado à família, com pecúnia e benefícios educacionais.

É digno de nota o fato de, antes mesmo do precedente em 2006, as Cortes constitucionais de vários países na América Latina já esboçarem a “força normativa convencional” pelo meio da constitucionalização ou nacionalização do direito internacional dos direitos humanos, o que leva Ferrer Mac-Gregor e Silva Garcia concluírem que esta prática jurisprudencial terminou por contribuir para a nova doutrina sobre o controle de convencionalidade praticado pela Corte Interamericana¹⁵⁴.

No Caso *Cabrera Garcia e Montiel Flores vs. México*, de 26 de novembro de 2010¹⁵⁵, este controle difuso ganhou corpo afirmando, a Corte, a submissão das autoridades internas (§ 225) ao tratado internacional do qual o Estado seja parte, incluídos

¹⁵³ “5. El Estado debe asegurarse que el Decreto Ley No. 2.191 no siga representando un obstáculo para la continuación de las investigaciones de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano y para la identificación y, en su caso, el castigo de los responsables, conforme a lo señalado en los párrafos 145 a 157 de esta Sentencia. 6.El Estado debe asegurarse que el Decreto Ley No. 2.191 no siga representando un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables de otras violaciones similares acontecidas en Chile, conforme a lo señalado en el párrafo 145 de esta Sentencia. 7. El Estado deberá efectuar el reintegro de las costas y gastos dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación del presente fallo, en los términos de los párrafos 164 de esta Sentencia. 8.El Estado deberá realizar las publicaciones señaladas en el párrafo 162 de la presente Sentencia, dentro del plazo de seis meses contados a partir de la notificación de la misma. 9.Supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma. Dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de esta Sentencia, el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para darle cumplimiento”.

¹⁵⁴ Após mencionar precedentes consagradores da Convenção Americana na jurisprudência de Costa Rica (1995), Argentina (2.004), Colômbia (2.000), República Dominicana (2.003), Peru (2.006) os autores concluem: “(...) la Corte IDH recibió el influjo de la práctica jurisprudencial de los jueces nacionales para crear la nueva doctrina sobre el control difuso de convencionalidad”. (FERRER MAC-GREGOR, Eduardo e SILVA GARCIA, Fernando. *El caso Castaneda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera sentencia internacional condenatoria em contra del Estado mexicano*. México, Porrúa- UNAM, 2.009, p. 15).

Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_212_esp.pdf>.

¹⁵⁵ “225 (...) Os juízes e órgão vinculados à administração da justiça em todos os níveis tem a obrigação de exercer *ex officio* um controle de convencionalidade entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas competências e das regulações processuais competentes. Nesta tarefa, os juízes e órgãos vinculados à administração da justiça devem ter em conta não apenas o tratado, mas também à interpretação do mesmo realizado pela Corte Interamericana, intérprete último da convenção Americana¹⁵⁵. (tradução nossa)”. São citados como precedentes nesta sentença: “Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, § 124; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, § 219, y *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, supra* nota 30, § 202. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, § 124; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, § 219, y *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, § 202.”

os Juízes, cuja tarefa precípua é, também, por ofício, proceder à defesa do acordo eventualmente violado.

Na decisão, são citados, os países em que o controle de convencionalidade foi tratado pelas suas cortes superiores, demonstrando-se o diálogo das fontes internacionais com a Argentina¹⁵⁶, Colômbia¹⁵⁷, Peru¹⁵⁸, República Dominicana¹⁵⁹ Bolívia¹⁶⁰ e Costa Rica¹⁶¹ e, mais importante, a reverência do Poder Judiciário aos compromissos internacionais assumidos por seus Estados, o que leva à observância daquilo decidido pela Corte Interamericana.

¹⁵⁶ “La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina ha referido que las decisiones de la Corte Interamericana “resulta[n] de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH)”, por lo cual dicha Corte ha establecido que “en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional”.

¹⁵⁷ “Además, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que en virtud de que la Constitución colombiana señala que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, se deriva “que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”.

¹⁵⁸ “229. De otro lado, el Tribunal Constitucional del Perú ha afirmado que: La vinculatoriedad de las sentencias de la C[orte Interamericana] no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o ratio decidendi, con el agregado de que, por imperio de la [Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT)] de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del [Código Procesal Constitucional], en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la C[orte Interamericana], reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal”.

¹⁵⁹ “228. Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana ha establecido que: en consecuencia, es de carácter vinculante para el Estado dominicano, y, por ende, para el Poder Judicial, no sólo la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino sus interpretaciones dadas por los órganos jurisdiccionales, creados como medios de protección, conforme el artículo 33 de ésta, que le atribuye competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes”.

¹⁶⁰ “227. Por su parte, el Tribunal Constitucional de Bolivia ha señalado que: En efecto, el Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de constitucionalidad, está constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: la primera, conformada por el preámbulo, la segunda denominada dogmática y la tercera referente a la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII de este instrumento regula a la C[orte] Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional “sistémico”, debe establecerse que este órgano y por ende las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad. Esto es así por dos razones jurídicas concretas a saber: 1) El objeto de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y, 2) La aplicación de la doctrina del efecto útil de las sentencias que versan sobre Derechos Humanos”.

¹⁶¹ “La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha señalado que: debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...], la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá – de principio- el mismo valor de la norma interpretada”.

Todavia, merece destaque o México. O Estado do México se apresenta como rico celeiro sobre a convencionalidade eleitoral, em face de alteração jurisprudencial recente que, adotando decisão da Corte Interamericana Caso *Radilla Pacheco* e outros v. México, expandiu o então proibido controle de constitucionalidade na sua forma difusa¹⁶².

Somente a partir das reformas eleitorais e constitucionais de 2007/2008, segundo Bustillo Marín (2014, p. 35), que se permitiu aos órgãos da Justiça Eleitoral a obrigação de realizar um controle de constitucionalidade no caso concreto, adicionando-se ao art. 99 da Constituição local o seguinte dispositivo: “las salas del Tribunal Electoral podrán resolver la no aplicación de leyes sobre la materia electoral contrarias a la presente Constitución”¹⁶³.

E a partir dessa alteração constitucional houve um florescimento da jurisprudência eleitoral, com vistas à adequação ao sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, tal qual se esperava com a decisão do Supremo Tribunal Federal após a adoção da tese da suprallegalidade dos tratados internacionais. De acordo com Bustillo Marín (2014, p. 36), a inserção deste tema e dos vínculos do sistema de proteção “maximizou e potencializou o exercício dos direitos políticos-eleitorais, vários temas como a igualdade de gêneros, as eleições por um sistema normativo próprio dos povos indígenas, a liberdade de expressão nas contendas eleitorais, a suspensão dos direitos político-eleitorais, a procedência dos meios de impugnação, dentre outros”¹⁶⁴.

E tal obrigação resta clara na manifestação da doutrina especializada sobre o tema, nas palavras de Avilés Albavera (2014, p. 356)¹⁶⁵: “É por isso que o dinamismo do juiz

¹⁶² Confia-se a respeito o parágrafo 339 da decisão do Caso *Radilla Pacheco* e outros v. México e ainda: FIGUEIROA ÁVILA, Enrique. *Controles de constitucionalidad, de convencionalidad y de legalidad. Hacia un nuevo modelo de impartición de la justicia electoral*. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juselec/cont/30/dtr/dtr5.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2015.

¹⁶³ Constituição do México. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/mla/sp/mex/sp_mex-int-text-const.pdf>.

¹⁶⁴ Texto original: “En dichas resoluciones se ha maximizado y potencializado la protección y ejercicio de los derechos político-electorales, varios temas como la igualdad de género, las elecciones por el sistema normativo interno de los pueblos indígenas, la libertad de expresión en las contiendas electorales, la suspensión de los derechos político-electorales, la procedencia de los medios de impugnación, entre otros”. (BUSTILLO MARÍN, 2014, p. 36).

¹⁶⁵ Texto original: “Es por ello que el dinamismo del juez local consiste en no limitarse a la materia electoral por lo que se refiere al tema de las elecciones, sino en ir más allá de ese aspecto: verificar la violación de los derechos político-electorales referentes al acceso efectivo a los cargos públicos, a los derechos y a las obligaciones inherentes al desempeño de los mismos, en atención a lo previsto, principalmente, en las normas de derecho internacional”. (AVILÉS ALBAVERA, 2014, p. 356)

local consiste em não limitar-se à matéria eleitoral no que se refere ao tema das eleições, mas ir além nesse aspecto: verificar a violação dos direitos políticos eleitorais referente ao acesso efetivo aos cargos públicos, aos direitos e obrigações inerentes ao desempenho dos mesmos, em atenção ao previsto, principalmente, nas normas de direito internacional”.

Com efeito, a partir do Caso *Radilla Pacheco* e outros v. México, a Corte Constitucional do México exarou a decisão *Expediente Varios* 912/2010, onde reconhece, expressamente:

- i) a sujeição do México não apenas à jurisdição da Corte Interamericana, mas aos seus critérios “vinculantes e orientadores”;
- ii) a obrigação do juiz mexicano de, *ex officio*, realizar o controle de convencionalidade;
- iii) o parâmetro de análise dos juízes mexicanos deve abranger os direitos humanos previstos na Constituição e na jurisprudência do Poder Judiciário nacional, nos direitos humanos previstos nos tratados internacionais e nos critérios vinculantes da jurisprudência da Corte Interamericana;
- iv) este tipo de interpretação conforme deve seguir três etapas¹⁶⁶.

¹⁶⁶ Veja-se o roteiro da interpretação conforme, nos termos da decisão da Corte Constitucional: “33. Deste modo, este tipo de interpretação pressupõe a realização de três passos: A) a interpretação conforme em sentido amplo. Isto significa que os juízes do país, assim como todas as autoridades do Estado mexicano devem interpretar a ordem jurídica à luz e conforme os direitos humanos estabelecidos na Constituição e nos tratados internacionais, nos quais o Estado mexicano seja parte, favorecendo a todo o tempo as pessoas com a proteção mais ampla. B) Interpretação conforme em sentido estrito. Isso significa que quando há várias interpretações juridicamente válidas, os juízes devem, partindo da presunção de constitucionalidade das leis, preferir aquela em que a lei concorde com os direitos humanos estabelecidos na Constituição e nos tratados internacionais nos quais o Estado mexicano seja parte, para evitar incidir na vulneração do conteúdo essencial desses direitos. C) Inaplicação da lei quando as alternativas não são possíveis. Isso não afeta ou rompe a lógica do princípio da divisão dos poderes e do federalismo, mas fortalece o papel dos juízes como último recurso para assegurar a supremacia e a aplicação efetiva dos direitos humanos estabelecidos na Constituição e nos tratados internacionais nos quais o Estado mexicano seja parte”. Tradução do seguinte trecho: “33. De este modo, este tipo de interpretación por parte de los jueces presupone realizar tres pasos: A) Interpretación conforme en sentido amplio. Ello significa que los jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. B) Interpretación conforme en sentido estricto. Ello significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos. C) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Ello no afecta o rompe con la lógica del principio de división de poderes y del federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva

A decisão exibe a relação direta e inafastável entre a constitucionalidade e a convencionalidade e, talvez, mais importante, orienta a interpretação para um diálogo, com vistas à harmonização, entre as fontes normativas nacional e internacional, sob suas diversas roupagens (jurisprudência, tratados internacionais, recomendações).

Destarte, é devida à realização do controle de convencionalidade pela jurisdição doméstica, com fundamento na abertura constitucional do Artigo 5^o¹⁶⁷ e à interpretação emprestada pela Corte Interamericana, conforme alerta do Min. Celso de Mello no RE 466.343/SP¹⁶⁸.

É relevante ressaltar que a própria decisão judicial violadora da Convenção Americana ou da interpretação dada pelo tribunal pode ser objeto de apreciação da Corte Interamericana¹⁶⁹, de acordo com a sua jurisprudência.

A Corte Interamericana tem sido incisiva no controle de convencionalidade com vista à obediência dos tratados, em especial, da Convenção Americana de Direitos Humanos, como se sabe dos precedentes *Almonacid Arellano e outros versus Governo de Chile*; *La Cantuta vs. Peru* de 2006; *Boyce e outros vs. Barbados* de 2007; *Trabalhadores do Congresso vs. Peru*¹⁷⁰.

de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte.” Disponível em: <http://fueromilitar.scjn.gob.mx/Resoluciones/Varios_912_2010.pdf>

¹⁶⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 65-177.

¹⁶⁸ “O Juiz, no plano de nossa organização institucional, representa o órgão estatal incumbido de concretizar as liberdades públicas proclamadas pela declaração constitucional de direitos e reconhecidas pelos atos e convenções internacionais fundados no direito das gentes. Assiste, desse modo, ao Magistrado, o dever de atuar como instrumento da Constituição - e garante de sua supremacia - na defesa incondicional e na garantia real das liberdades fundamentais da pessoa humana, conferindo, ainda, efetividade aos direitos fundados em tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Essa é a missão socialmente mais importante e politicamente mais sensível que se impõe aos magistrados, em geral, e a esta Suprema Corte, em particular”.

¹⁶⁹ No mesmo precedente, isto foi taxativamente afirmado: “19. *Por el contrario, sí compete a la Corte verificar si en los pasos efectivamente dados a nivel interno se violaron o no obligaciones internacionales del Estado derivadas de los instrumentos interamericanos que le otorgan competencia al Tribunal. Por ello, la jurisprudencia reiterada de la Corte señala que la determinación de si las actuaciones de órganos judiciales constituyen o no una violación de las obligaciones internacionales del Estado, puede conducir a que la Corte deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos para establecer su compatibilidad con la Convención Americana. Ello sucede porque, si se reclama que un fallo ha sido incorrecto en virtud de la violación del debido proceso, la Corte no podrá referirse a esta solicitud en la forma de una excepción preliminar, ya que deberá considerar el fondo del asunto y determinar si este derecho convencional fue o no violado*”.

¹⁷⁰ SAGÜÉS, Nestor. *El Control de Convencionalidad en Particular Sobre las Constituciones Nacionales*. La Ley, Buenos Aires, ano 73, n. 35, 19 fev. 2009.

7. O SISTEMA ONU E A HIGIDEZ DO PROCESSO DE FORMAÇÃO DOS TRATADOS QUE ILUMINAM O CASO

O sistema global compreende, naquilo, o relevante ao tema estudado, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Carta das Nações Unidas, tratado ratificado pelo Brasil¹⁷¹ em 1945, o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) não é um tratado, mas o reconhecimento de se tratar de costume internacional lhe deu pleno vigor como se acordo internacional fosse. A DUDH é a pedra fundante do regime internacional dos direitos humanos no ideal de sua universalização, surgido, com mais vigor, no período pós-Segunda Guerra.

Percebe-se, que a proteção dos indivíduos é a forma mais adequada para afastar os regimes totalitários, porque, em última análise, é sobre o corpo do homem, concretamente considerado, onde se reúnem as condições para as violações coletivas dos direitos, sendo, inegável, a relação entre direitos humanos e democracia. Esta noção está noutro, considerando a DUDH, quando é dito que “o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade”.

Seyla Benhabib recorta uma imagem forte de Hannah Arendt para explicar o Holocausto e, também, o próprio surgimento do tipo penal dos crimes contra a humanidade¹⁷², o que tem pertinência com a concepção de universalização dos direitos humanos:

Tivesse o tribunal em Jerusalém entendido que havia distinções entre discriminação, expulsão e genocídio, teria tornado-se claro que o crime supremo foi o extermínio físico dos judeus, foi um crime contra a humanidade, perpetrados sobre o corpo do povo judeu, e que somente a escolha das vítimas, e não a natureza do crime poderia ser derivado da longa história de ódio aos judeus e o anti-semitismo. Como as

¹⁷¹ Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945, Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas.

¹⁷² BENHABIB, Seyla. Arendt's Eichmann in Jerusalem. In VILLA, Dana (ed.). *The Cambridge companion do Hannah Arendt*. Cambridge: Cambridge University, 2000, p. 65-85.

vítimas eram judeus, era certo e apropriado que um tribunal judaico devesse participar, mas na medida em que o crime foi um crime contra a humanidade, é necessário um tribunal internacional para fazer justiça a ele.¹⁷³ (tradução nossa)

E o devido processo legal é o meio hábil para a construção e universalização dos direitos fundamentais, porque, ao se proteger o corpo do indivíduo contra arbitrárias intervenções estatais, se impede a infligência de violações coletivas, razão pela qual é curial para a sobrevivência do Estado Democrático e de Direito.

Não por outra razão, tem-se garantido na DUDH, nos Artigos VIII a XII, o direito ao recurso a um tribunal, o direito de não ser arbitrariamente preso, detido ou exilado, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal, o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa, da anterioridade da lei penal e da sua irretroatividade com aumento da sanção.

Afirma-se, ainda, a fundamentalidade dos direitos políticos, da participação e do direito universal do homem de tomar parte no governo. Dispõe, ainda, a DUDH a preponderância da vontade do povo e de sua autoridade sobre o governo, devendo tal ser auferido por meio de “eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto” (art. XX e XXI).

No Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos¹⁷⁴, os Estados se comprometem a assegurar o acesso a recurso a qualquer pessoa cujo direito tenha sido violado e de ter o “direito determinado pela competente autoridade judicial, administrativa ou legislativa ou por qualquer outra autoridade competente prevista no ordenamento jurídico do Estado em questão” (art. 2º), o de não ser privado arbitrariamente de sua vida (art. 6º) ou de sua liberdade, “salvo pelos motivos previstos

¹⁷³ Trecho original: “*Had the court in Jerusalem understood that there were distinctions between discrimination, expulsion and genocide, it would immediately have become clear that the supreme crime it was confronted with the physical extermination of the Jewish people, was a crime against humanity, perpetrated upon the body of the Jewish people, and that only choice of victims, not the nature of the crime could be derived from the long history of Jew-hatred and Anti-semitism. Insofar as the victims were Jews, it was right and proper that a Jewish court should sit in judgement: but insofar as the crime was a crime against humanity, it needed an international tribunal to do justice to it*”.

¹⁷⁴ Decreto nº 592 de 5 de julho de 1992.

em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos” (art. 9º), as garantias do Artigo 14¹⁷⁵.

O pedido do ex-Presidente Lula da Silva é comunicação individual e tem como fundamento convencional o Pacto de Direitos Cíveis e Políticos sobre o qual não há controvérsia sobre a integridade de seu processo de formação.

Os tratados internacionais são formados a partir da superação de diversas fases num procedimento inaugurado pela negociação entre os Estados contratantes, sendo a principal fonte de obrigação do Direito Internacional.

A Convenção de Viena de 1969¹⁷⁶, diploma fundamental sobre a matéria, é considerada o “tratado dos tratados” ao dispor deste processo de formação, das definições

¹⁷⁵ 1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá torna-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou o processo diga respeito às controvérsias matrimoniais ou à tutela de menores. 2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. 3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: a) De ser informado, sem demora, numa língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada; b) De dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha; c) De ser julgado sem dilações indevidas; d) De estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado ex-offício gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo; e) De interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação; f) De ser assistida gratuitamente por um intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua empregada durante o julgamento; g) De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada. 4. O processo aplicável a jovens que não sejam maiores nos termos da legislação penal levará em conta a idade dos mesmos e a importância de promover sua reintegração social. 5. Toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei. 6. Se uma sentença condenatória passada em julgado for posteriormente anulada ou se um indulto for concedido, pela ocorrência ou descoberta de fatos novos que provem cabalmente a existência de erro judicial, a pessoa que sofreu a pena decorrente dessa condenação deverá ser indenizada, de acordo com a lei, a menos que fique provado que se lhe pode imputar, total ou parcialmente, a não revelação dos fatos desconhecidos em tempo útil. 7. Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país.

¹⁷⁶ Segundo Mazzuoli a “chamada Lei dos Tratados, Código dos Tratados ou ainda Tratado dos Tratados a Convenção de Viena de 1969 é um dos mais importantes documentos já concluídos na história do Direito Internacional Público. Ela não se limitou apenas à codificação do conjunto de regras gerais referentes aos tratados concluídos entre os Estados, mas também se preocupou em regular todo tipo de desenvolvimento progressivo daquelas matérias ainda não consolidadas na arena internacional. A Convenção regulou desde questões pré-negociais (capacidade para concluir tratados e plenos poderes), até o processo de formação dos tratados (adoção assinatura, ratificação, adesão reservas, etc.), sua entrada em vigor, aplicação provisória, observância e interpretação, bem assim a nulidade, extinção e suspensão de sua execução”.

atinentes e demais aspectos relevantes sobre os acordos internacionais. Este documento define tratado como “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”. O acordo será sempre escrito e entre sujeitos de direito internacional¹⁷⁷.

Observa-se, da definição convencional, que os tratados se assentam sobre o consenso dos Estados-sinatários e obrigam, criando vinculações às partes¹⁷⁸ calcadas no direito internacional, por várias formas, como preceitua o Artigo 11: “O consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado pode manifestar-se pela assinatura, troca dos instrumentos constitutivos do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou por quaisquer outros meios, se assim acordado”.

Quanto ao processo de formação no direito brasileiro, este é previsto nos Artigos 49, inciso I e 84, inciso VIII da Constituição Federal¹⁷⁹, afirmando-se a competência conjunta do Legislativo e do Executivo. É esclarecedora a síntese de Flávia Piovesan¹⁸⁰:

Em geral, o processo de formação dos tratados tem início com os atos de negociação, conclusão e assinatura do tratado, que são da competência do órgão do Poder Executivo. A assinatura do tratado, por si só, traduz, um aceite precário e provisório, não irradiando efeitos jurídicos vinculantes [...] Após a assinatura do tratado pelo Poder Executivo, o segundo passo é a sua apreciação e aprovação pelo Poder Legislativo. Em sequência, aprovado o tratado pelo legislativo, há o seu ato de ratificação pelo Poder Executivo. **A ratificação significa a subsequente conformação formal por um Estado de que está obrigado ao tratado. Significa, pois, o aceite definitivo, pelo qual o Estado se obriga pelo tratado no plano internacional.** A ratificação é o ato jurídico que irradia necessariamente efeitos no plano internacional.

(MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito dos Tratados*. SP: RT, 2011, p. 35). No Brasil, a Convenção foi objeto do Decreto nº 7.030, de 2009: Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66.

¹⁷⁷ Importante notar que os tratados de direitos humanos nada obstante sejam firmados entre entes de direito público externos, via de regra, produzem obrigações entre si e perante a comunidade internacional, todavia, o seu foco é mesmo o de garantir direitos aos cidadãos, formando uma teia protetiva mínima dos direitos humanos. Pode-se dizer, em síntese, que, se cabem, aos Estados, obrigações de proteção e implementação dos direitos, aos indivíduos, é reservado o usufruto desses.

¹⁷⁸ Como dispõe a Convenção de Viena: “Art. 26. Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé. Art. 27. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46”.

¹⁷⁹ “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; [...] Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;”.

¹⁸⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 109.

Além do procedimento descrito envolvendo os Poderes Executivo e Legislativo, há a troca ou depósito do instrumento de ratificação no órgão internacional competente. A partir da ratificação, tem-se o aceite definitivo pelo Estado na seara internacional.

Esses são, de forma resumida, os elementos para a correta formação do tratado, segundo a Constituição da República de 1988: i) assinatura do tratado pelo Executivo; ii) aprovação pelo Legislativo; iii) ratificação, o aceite definitivo pelo Executivo.

O Pacto de Direitos Civis e Políticos como o Segundo Protocolo obedeceram a todos os requisitos da Convenção de Viena e da Constituição Federal. O Segundo Protocolo, aquele que permite as comunicações individuais- não foi objeto do decreto do Chefe do Poder Executivo, o que, sob a mirada da responsabilidade internacional do Estado e a vinculatividade do país ao plano externo, não tem qualquer relevância.

Todavia, por lealdade é preciso reconhecer que o Supremo Tribunal Federal, contudo, para além do regramento já delineado e contrariamente ao direito internacional, em especial, da Convenção de Viena, decidiu, na ADIn nº 1.480¹⁸¹, da necessidade da edição de um decreto do Chefe do Executivo para trazer ao ordenamento nacional o conteúdo normativo do documento, inaugurando-se, assim, a sua vinculatividade.

Não custa lembrar que para o direito internacional, o direito interno e manifestações como essa do STF tem a qualidade de mero fato, incapazes de inibir os efeitos dos tratados devidamente formados sob a luz da Convenção de Viena.

O preciosismo desalentador toma o dever regulamentar como algo que cria o direito no plano interno. Em razão disso, inescapável a discussão sobre a feição do poder regulamentar, para se apontar o desalinho e a desnecessidade de qualquer decreto para a eficácia normativa dos tratados internacionais.

¹⁸¹ Foram objeto da ação direta de inconstitucionalidade o Decreto Legislativo nº 68, de 16.09.92, e o Decreto nº 1.855, de 10.04.96. (Promulga a Convenção 158 sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, de 22 de junho de 1982).

7.1.A feição do dever regulamentar e a inadequação à sua participação na gênese dos tratados

Previu o legislador originário a participação dos Chefes dos Executivos Federal, Estadual e Municipal, para, através de regulamento, possibilitar a aplicação da lei. O filósofo Norberto Bobbio¹⁸² preleciona, *in verbis*:

Os regulamentos são como as leis, normas gerais e abstratas, mas à diferença das leis, a sua produção é confiada geralmente ao Poder Executivo por delegação do Poder Legislativo, e uma de suas funções é a de integrar leis muito genéricas, que contém somente diretrizes de princípio e não poderiam ser aplicadas sem serem ulteriormente especificadas. É impossível que o Poder Legislativo formule todas as normas necessárias para regular a vida social; limita-se então a formular normas genéricas, que contêm somente diretrizes, e confia aos órgãos executivos, que são muito mais numerosos, o encargo de torná-las exequíveis.

Desta forma, a lógica haurida da natureza própria do regulamento reproduz o artigo 5º, inc. II da CF/88, o princípio da legalidade que enuncia: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. O poder regulamentar, nesta perspectiva, é encarado como uma função ou até mesmo, como defendem alguns autores, um dever regulamentar¹⁸³, porque serve para a concretização da norma através da edição de regulamentos.

O regulamento do Chefe do Executivo veiculado através de decreto é expedido com a finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução da lei, cuja aplicação demande atuação da Administração Pública. Vê-se, pois, que o regulamento é exigível quando a lei assim requer, como imperativo prático para sua aplicação, pois se esta não carecesse de minudências e uniformização, o regulamento seria apenas redundância. Assim, tendo em vista o caráter subsidiário da norma legislativa, pode-se afirmar que o regulamento tem, como limite, a própria legislação da qual é acessório, mesmo porque é, a lei, a sua fonte.

¹⁸² BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Polis, 1991, p.40.

¹⁸³ Costuma-se referir a atribuição regulamentar conferida ao Chefe do Poder Executivo como “*poder regulamentar*”. [...] Melhor seria designar tal atribuição como “*dever regulamentar*”, pois o que o Chefe do Executivo tem é o dever de regulamentar as leis que demandem tal providência, e não, meramente, um poder de fazê-lo. (MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 193).

Com efeito, depreende-se do texto constitucional que qualquer obrigação que o Poder Público pretenda impingir aos administrados, não poderá subsistir em outra forma que não a de lei, porquanto, a norma citada não menciona Portarias, Decretos, Resoluções ou Provimentos, mas lei, pois, como preleciona Seabra Fagundes¹⁸⁴:

Prende-se (o regulamento) em essência ao texto legal. O seu objetivo é tão somente, facilitar, pela especificação do processo executório e pelo desdobramento minucioso do conteúdo sintético da lei, a execução da vontade do Estado expressa em ato legislativo. Tanto o seu âmbito será maior ou menor, conforme menos ou mais minudente seja a lei à qual se prenda. [...] Não lhe cabe alterar situação jurídica anterior, mas, apenas, pormenorizar as condições de modificação originária doutro ato (lei). Se o fizer, exorbitará, significando uma invasão do Poder Executivo da competência legislativa do Congresso.

Aliás, óbvio que há inovação com o regulamento, porque como afirma Clèmerson Merlin Clèves¹⁸⁵ “(...) ainda outros pretendem demonstrar que cabe a lei inovar a ordem jurídica, enquanto o regulamento nada mais faz do que precisar seus termos. Diógenes Gasparini promove importante crítica a esta concepção, demonstrando que, não apenas a lei, mas inclusive o regulamento inova a ordem jurídica. E deve, afinal, inová-la sob pena de repetir a lei e se tornar inútil. (...) O regulamento inova a ordem jurídica, mas não do mesmo modo que a lei. Esta inova, originariamente, ao passo que o regulamento inova, sim, mas de modo derivado, limitado, subordinado, ou seja, sem a autonomia da lei”.

Mais uma vez, o regulamento jamais poderá “a título primário” restringir a liberdade, limitar a propriedade, alterar as condições de qualquer relação de trabalho, aumentar vencimentos, etc., uma vez que, somente e tão apenas, a lei impõe obrigação de fazer ou não fazer. Portanto, qualquer inferência de regulamento em órbita de lei, consoante os publicistas citados, ruptura de princípio fundamental do Estado brasileiro¹⁸⁶ e do princípio insculpido na norma (art. 5º, inc. II da Constituição da República).

¹⁸⁴ FAGUNDES, M. Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 24.

¹⁸⁵ CLÈVES, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo, RT, p. 226.

¹⁸⁶ O princípio federativo é princípio fundamental na tipologia proposta pelo constitucionalista Luís Roberto Barroso, que assim o define: “[...] são aqueles que contêm as decisões políticas estruturais do Estado [...]” e em outra passagem “[...] constituem o núcleo imodificável do sistema, servindo como limite às mutações

Em razão da natureza do regulamento, não se enxerga a possibilidade de tal poder regulamentar ter o condão de realizar a integração normativa de um tratado internacional, nem tampouco de permitir a irradiação dos efeitos da vontade do Estado brasileiro assumida perante a comunidade internacional no plano doméstico. **Tomar um decreto do Executivo como fonte de direito da obrigação internacional do Estado destoa do ordenamento internacional e da Constituição.**

A regulamentação da lei somente exsurge diante da necessidade para sua fiel execução. Se a lei não carece de pormenorização, inexistente razão para a existência do regulamento e esta “faculdade regulamentar”¹⁸⁷ não pode ser exercida. Na hipótese dos tratados, não há qualquer exigência da participação regulamentar para o nascedouro de qualquer obrigação internacional.

Ademais, conter os efeitos de uma obrigação internacional assumida pelo Estado, com fundamento num ato subordinado – existente, exclusivamente, para a fiel execução da lei – seria olvidar a promulgação de um decreto legislativo pelo Parlamento, a ratificação do Chefe do Executivo, o aceite definitivo e a palavra própria do país dada, solenemente, no cenário dos organismos internacionais. Mais do que isso. Afronta sua natureza de elemento necessário para a boa execução das leis, no processo de pormenorização da legislação e de sua subordinada, a possibilidade de se ter o decreto como elemento indispensável para a incorporação de um tratado internacional no ordenamento nacional.

A faculdade regulamentar, no caso, deve também ser repudiada por causar a dissintonia entre os momentos em que os tratados promovem seus efeitos. Pela tese vencedora do Supremo, neste particular julgamento, – como inexistente prazo para essa integração –, o Estado brasileiro pode estar inadimplente, violando disposições das convenções por si ratificadas, para seu embaraço, até que o Executivo decida dar a publicidade e, por conseguinte, efetividade aos tratados na ordem doméstica, afrontando a boa-fé vigente no Direito Internacional¹⁸⁸. E um inconveniente afrontoso, a mais, à

constitucionais”. (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 145-146).

¹⁸⁷ CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 253.

¹⁸⁸ Flávia Piovesan, ao mencionar a boa-fé e a sistemática inadequada do regime nacional sobre os tratados (“lacunosa, falha e imperfeita”), traz o exemplo muito pertinente do longo prazo de ratificação da Convenção de Viena assinada pelo Estado brasileiro em 1969, tendo, o depósito do instrumento de ratificação, sido realizado em 25 de setembro de 2009. (PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 112).

lógica: poderá o Estado Brasileiro se valer do tratado no plano externo, em seu benefício ou para exigir de outro Estado o cumprimento, no mesmo passo em que se encontra desobrigado no plano doméstico pela ausência de um decreto? A anomalia é evidente.

Por isso mesmo, a Convenção de Viena e a Corte Interamericana¹⁸⁹ repudiam o descumprimento do tratado realizado por conta de norma do ordenamento interno e exigem o adimplemento dos Estados signatários em seus Artigos 26 e 27¹⁹⁰, afastando-se, inclusive, de elementos estranhos para determinação de validade e vigência¹⁹¹ dos tratados internacionais. Imperam, no direito internacional público, o *pacta sunt servanda* e a boa-fé e a interpretação jurisprudencial não pode ignorar os compromissos internacionais assumidos pelo Estado. **É, em suma, a credibilidade do Estado brasileiro em jogo.**

A mesma Convenção prevê várias formas de manifestação do consenso e de submissão à vinculatividade convencional do Estado como a assinatura, troca dos instrumentos constitutivos do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou por quaisquer outros meios, se assim acordado (art. 11), repelindo, de maneira inexorável, a solução do Supremo Tribunal Federal.

Por oportuno, corrobora Hildebrando Accioly, em 1986, ao tratar sobre a ratificação que “durante muito tempo, os autores em geral, consideraram que o que dá força obrigatória aos tratados é a ratificação. Antes desta, o acordo firmado era tido como mera promessa condicional. Hoje em dia, porém, essa formalidade, em muitos casos, já não é tida como indispensável, tanto assim que a Convenção de Viena de 1969 prevê que

¹⁸⁹ Veja-se a seguinte Opinião Consultiva na qual consta, expressamente, a posição da Corte Interamericana e do Direito internacional de exclusão de responsabilidade do descumprimento de obrigação com fundo em dispositivo do direito interno: “35. *Una cosa diferente ocurre respecto a las obligaciones internacionales y a las responsabilidades que se derivan de su incumplimiento. Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aún tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia [Caso de las Comunidades Greco-Búlgaras (1930), Serie B, n. 17, p. 32; Caso de Nacionales Polacos de Danzig (1931), Series A/B, n. 44, p. 24; Caso de las Zonas Libres (1932), Series A/B, n. 46, p. 167; Aplicabilidad de la obligación a arbitrar bajo el Convenio de Sede de las Naciones Unidas (Caso de la Misión del PLO) (1988), p. 12 a 31-2, §47]. Asimismo estas reglas han sido codificadas en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969” (Pinión consultiva oc-14/94 del 9 de diciembre de 1994, responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la convención [arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos]).*

¹⁹⁰ “Art. 26. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Art. 27. Una parte no puede invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar el inadimplemento de un tratado. Esta regla no perjudica el artículo 46”.

¹⁹¹ “Art. 42. §1. A validade de um tratado ou do consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado só pode ser contestada mediante a aplicação da presente Convenção”.

o consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado pode manifestar-se pela assinatura, troca dos instrumentos constitutivos do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou por quaisquer outros meios, se assim acordado (art. 11)”¹⁹².

Em adição, a Constituição não prevê tal função para o decreto, sendo a construção pretoriana, mesmo fundada na tradição, sem correlação com o texto constitucional.

Também insustentável, o argumento da exigência de publicidade do acordo aventado, como fundamento para o uso do decreto presidencial. O depósito do tratado nos organismos internacionais respectivos (ONU e OEA, por exemplo) supre tal necessidade e, como lembra Accioly, a Convenção de Havana sobre tratados em seu Artigo 4º estipulou que a obrigação de publicidade “não prejudicará a vigência dos tratados”¹⁹³.

A Constituição da República não concede, a qualquer ente, a competência de integrar os tratados internacionais ao ordenamento jurídico nacional na esteira do entendimento de André de Carvalho Ramos¹⁹⁴.

Como já visto, no procedimento complexo de formação dos acordos, existe previsão de celebração de tratados pelo Presidente da República (art. 84, VIII) e ao Congresso Nacional (art. 49, inciso I) de “resolver definitivamente sobre tratados” [...] quando “gravosos ao patrimônio nacional”. Por isso mesmo, a ausência de atribuição de competência para um órgão determinado na Constituição para cumprir tal tarefa depõe a favor da incorporação automática dos tratados de direitos humanos, como é a norma em vários países¹⁹⁵.

¹⁹² ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 126.

¹⁹³ ACCIOLY, Hildebrando. *Op.cit.*, p. 129. Assinada em Havana (VI Conferência Interamericana) em 20 de fevereiro de 1929. Objeto do Decreto nº 5.647, de 8 de janeiro de 1929. Ratificada em 30 de julho de 1929, objeto do Decreto nº 18.596, de 22 de outubro de 1929.

¹⁹⁴ CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 285.

¹⁹⁵ A Constituição Portuguesa de 1976 é de uma clareza ímpar: “Artigo 8.º §1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português. §2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português. §3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram diretamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos”. Na mesma direção é a Lei Fundamental da República alemã: “Artigo 25 [Preeminência do direito internacional] As regras gerais do direito internacional público são parte integrante do direito federal. Sobrepõem-se às leis e constituem fonte direta de direitos e obrigações para os habitantes do território federal”.

Valério Mazzuoli, em raciocínio mais elaborado, obtempera ao comentar o texto do § 1º do Artigo 5º¹⁹⁶:

Se a promulgação e publicação de tratados têm sido exigidas para os tratados comuns, tais atos são dispensáveis quando em jogo um tratado de direitos humanos. Ora, a Constituição diz (no art. 5º, §2º) que os direitos nela expressos não excluem outros decorrentes dos tratados (de direitos humanos) dos quais a República Federativa “seja parte”. A Constituição não diz o que significa ser parte de um tratado internacional, mas a Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados de 1969, sim. Segundo o texto de Viena, ser “parte” significa ratificar um tratado em vigor (art. 2º, §1º, alínea g); assim, por autorização de uma norma (Convenção de Viena de 1969) que o Brasil ratificou (no ano de 2009) e que integra a coleção de normas jurídicas nacionais, e que, além disso, complementa o sentido da expressão “seja parte”, é que se entende devam ser os tratados de direitos humanos imediatamente aplicados pelo Poder Judiciário, independentemente de promulgação e publicação oficiais.

Por essas razões, a tese mais consentânea com a natureza dos tratados, com a Convenção de Viena e com a Constituição da República, em especial, daqueles pertinentes aos direitos humanos, assim, é a aplicabilidade imediata tão logo seja o acordo ratificado, segundo a doutrina de Flávia Piovesan¹⁹⁷ – o que representa o aceite definitivo e início dos efeitos da vontade do Estado na quadra internacional, sendo de se considerar a incorporação automática¹⁹⁸, isto é, desnecessidade de qualquer outro ato após a ratificação – verdadeira fonte de direito da obrigação internacional do Estado – para fazer valer o caráter obrigacional dos acordos internacionais de direito humanos.

¹⁹⁶ Para arrematar, conclui o autor que os tratados “continuam dispensando a edição de decreto de execução presidencial e ordem de publicação para que irradiem seus efeitos nas ordens internacional e interna, uma vez que tem aplicação imediata no sistema jurídico brasileiro”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Controle de Convencionalidade das Leis*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 77.

¹⁹⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 110.

¹⁹⁸ Conforme a lição de Mazzuoli, “entrar em vigor significa ter o tratado aplicabilidade plena entre as partes contratantes; significa que o compromisso já tem todas as condições de ser juridicamente exigível, nos termos e sob as condições por ele próprio estabelecidos”, sendo que, via de regra, ou entrará em vigor na data aprazada ou quando houver o consentimento de todos os Estados. Por isso, entende-se por automática a desnecessidade de qualquer outro ato interno para os fins da vinculatividade do tratado, malgrado isto não signifique que o tratado valerá a partir daí mesmo no plano internacional. A vigência se inaugura, geralmente, nos tratados multilaterais gerais ou abertos, depois de cumprido um prazo a partir das adesões necessárias (condição de vigência), mas isso dependerá da estipulação específica do ato convencional. (MAZZUOLI, Valério. *Direito dos Tratados*. São Paulo: RT, 2011, p. 181). O Estatuto de Roma foi assinado em 1998, mas entrou em vigor em 2012 com o depósito do 60º Estado-signatário. Na mesma linha, o exemplo de Flávia Piovesan sobre o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ilustra o assunto, pois foram firmados em 1966 pela Assembléia Geral da ONU, contudo, vigoraram somente em 1976.

7.2. O Comitê de Direitos Humanos da ONU

O Comitê de Direitos Humanos da ONU surge com o Pacto dos Direitos Civis e Políticos¹⁹⁹ e é composto por nacionais dos Estados parte, sendo pessoas de reputação moral e reconhecida competência em matéria de direitos humanos, como resta assinalado no art. 28 do tratado.

O Decreto n. 592 deixa clara a assunção inequívoca do Brasil aos ditames do Pacto quando assinala já no seu art. 1º que ele “será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém”.

Este grupo de especialistas internacionais produz relatórios a serem encaminhados para a Assembleia Geral, por meio do Conselho Econômico e Social. Na mesma medida, os relatórios apresentados pelos próprios Estados sobre o cumprimento do Pacto são encaminhados para o Comitê que exerce a função de monitoria e fiscalização.

Observa-se, assim, *ab ovo*, a compulsoriedade das decisões emitidas pelo Comitê, órgão responsável pelo acompanhamento e aferição do cumprimento pelos Estados do Pacto de Direitos Civis e Políticos.

Este poder-dever dos Estados membros de acatarem as decisões do Comitê vem assentado não apenas nos precedentes e inúmeras medidas cautelares já concedidas, mas pela própria interpretação que o Comitê tem sobre seu escopo de atuação, como pode ser visto no Comentário Geral n. 31 sobre a natureza da obrigação geral e legal imposto aos Estados de *compliance* com o Comitê.

7.3. Medidas cautelares do Comitê de Direitos Humanos

O Pacto dos Direitos Civis e Políticos estabelece o Comitê de Direitos Humanos como principal organismo para implementação de seu conteúdo, em todos os seus três distintos procedimentos: i) a primeira função do Comitê é a de estudar os relatórios enviados pelos Estados, de acordo com o art. 40 do Pacto; ii) a segunda é regular a forma das comunicações interestatais (artigos 41 e 42); iii) finalmente, a apreciação de

¹⁹⁹ Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992, Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação.

comunicações individuais submetidas ao Primeiro Protocolo Opcional, onde repousa a última competência de supervisão e de exarcação de medidas cautelares.

Na sua primeira reunião, o Comitê adotou o artigo 92²⁰⁰ das suas Normas de Procedimento (*Rules of Procedure*), dispositivo que permite a emissão de informe ao Estado dando conta da necessidade de uma cautelar para evitar um dano irreparável à parte ou prejuízo para a vítima da alegada violação. Ao fazê-lo, a comunicação se torna pública, cumprindo ainda esclarecer que esta informação não diz respeito ao mérito propriamente dito.

É evidente a importância de mecanismo de *injunctive relief* ou uma *interim measure of relief*²⁰¹, em casos de descumprimento cabal dos direitos humanos. O Comitê teria esvaziada sua competência se lhe retirassem as armas necessárias para também preservar os direitos, em casos de danos irreparáveis à vítima. São cerca de 2447 comunicações registradas de 89 países, com o reconhecimento de violação ao Pacto em 975 casos²⁰².

Essas medidas cautelares foram concedidas quando, segundo Ghandi²⁰³: i) a saúde ou o bem estar da vítima estavam em risco (*Fernando v. Sri Lanka*); ii) quando sua vida estava em risco (*Tshishimbi v. Zaire*); iii) nos casos de deportação de extradição (*Stewart v. Canadá*); iv) havia ameaça à tradicional forma de vida (*Ominayak, Chefe do Lubicon Lake Band v Canadá* e *Jouni Lansman v Finlândia*); v) para preservação de provas de uma violação aos direitos humanos (*Shin v. República da Korea*) e, mais importante, para impedir a pena de morte, em um julgamento não considerado justo.

²⁰⁰ Diz o art. 92: “The Committee may, prior to forwarding its Views on the communication to the State party concerned, inform that State of its Views as to whether interim measures may be desirable to avoid irreparable damage to the victim of an alleged violation. In doing so, the Committee shall inform the State party concerned that such an expression of its Views on interim measures does not imply a determination on the merits of the communication”.

²⁰¹ GHANDI, Sandy. *The Human Rights Committee and Interim Measures of Relief*. *Canterbury Law Review* [Vol 13, 2007], p. 205.

²⁰² Nos termos do “Statistical survey of individual complaints dealt with by the Human Rights Committee under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights”.

²⁰³ Op. cit. p. 208.

7.4. Força vinculativa das medidas cautelares ditadas pelo comitê de direitos humanos

Os comentários gerais ou observações gerais do Comitê de Direitos Humanos buscam trazer luzes sobre os métodos, a natureza de suas funções de demais aspectos relacionados aos temas sob sua supervisão. São fontes de interpretação autêntica do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos.

No caso, vale a lembrança da Observação Geral n. 31, aprovada em 29 de março de 2004 que trata exatamente do tema objeto deste estudo, ou seja, da “natureza jurídica geral imposta aos Estados-parte no Pacto”. Ali há uma exortação para que os Estados acolham as comunicações interestatais, de modo a propiciar o incremento da fiscalização sobre o cumprimento do Pacto.

Há, como já dito, no art. 2 do Pacto uma delimitação do alcance das obrigações assumidas pelos Estados de tornar todos os seus nacionais titulares de direitos previstos neste tratado internacional, sendo obrigações *erga omnes*, de “promover o respeito universal e efetivo, assim como a observância, de todos os direitos humanos e das liberdades fundamentais”, nos termos da Carta das Nações Unidas.

Deste modo, cabe o Estado, de acordo com a Observação Geral n. 31, “a obrigação geral de respeitar os direitos reconhecidos no Pacto e garantir o usufruto a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e estejam sujeitos à sua jurisdição”, porque como preconiza “o artigo 26 da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, os estados Parte devem cumprir de boa-fé as obrigações que lhes impõe o Pacto”.

Esse esclarecimento n. 31 também afasta o eventual descumprimento do Pacto, em razão da divisão política interna ou da separação de poderes acrescentando: “todos os poderes (executivo, legislativo e judiciário) e demais autoridades públicas ou governamentais, seja qual for sua posição- nacional, estadual ou regional- estão em condições de comprometer a responsabilidade do Estado parte”, porque as obrigações vinculam o Estado em sua *totalidade*. E isso decorre do art. 27 da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, em virtude do qual um Estado parte “não poderá invocar as disposições de seu direito interno como justificção do descumprimento de um tratado”, mesmo aquelas normas de índole constitucional.

A preocupação com o descumprimento de medidas cautelares pelo Comitê é, em si, uma grave violação do Pacto dos Direitos Civis e Políticos. Com efeito, no caso *Piandiong v. Filipinas*, houve a edição de medida cautelar para impedir o cumprimento da pena de morte. O Estado filipino, no entanto, por entender que o direito a um *fair trial* havia sido seguido no caso concreto prosseguiu com a execução. Ao julgar o mérito, dispôs o Comitê, de forma enfática²⁰⁴:

“ (...) o Estado parte do Pacto reconhece a competência do Comitê de Direitos Humanos para receber e considerar comunicações de indivíduos alegando serem vítimas de violação de qualquer dos direitos estabelecidos no Pacto (Preâmbulo e artigo 1). Implícito na adesão ao Protocolo é um esforço de cooperar com o Comitê, em boa fé, de modo a permitir e considerar tais comunicações, de após exame encaminhar as manifestações ao Estado e ao indivíduo (art. 5 (1, (4)). É incompatível com essas obrigações o Estado tomar qualquer atitude que impediria ou frustraria o Comitê de examinar nas suas considerações e exame das comunicações, e na expressão de seus relatórios”.

Observa-se o grave tom da manifestação neste precedente ao afirmar que **o Estado comete grave infração às suas obrigações quando previne ou frustrar a apreciação pelo Comitê de uma comunicação** de uma vítima (“a State party commits grave breaches of its obligations under the Optional Protocol if it acts to prevent or frustrate consideration by the Committee of a communication”) ou **o fato de ser inescusável ao Estado prosseguir no seu intento, mesmo após a concessão de medida cautelar do art. 92 pelo Comitê** (“It is particularly

²⁰⁴ Tradução de parte do original: “[b]y adhering to the Optional Protocol, a State party to the Covenant recognises the competence of the Human Rights Committee to receive and consider communications from individuals claiming to be victims of violations of any of the rights set forth in the Covenant (Preamble and article 1). Implicit in a State’s adherence to the Protocol is an undertaking to cooperate with the Committee in good faith so as to permit and enable it to consider such communications, and after examination to forward its views to the State party and to the individual (art 5 (1), (4)). It is incompatible with these obligations for a State party to take any action that would prevent or frustrate the Committee in its consideration and examination of the communication, and in the expression of its Views. Quite apart then from any violation of the Covenant charged to a State party in a communication, **a State party commits grave breaches of its obligations under the Optional Protocol if it acts to prevent or frustrate consideration by the Committee of a communication alleging a violation of the Covenant, or to render examination by the Committee moot and the expression of its Views nugatory and futile.** In respect of the present communication, the authors allege that the alleged victims were denied rights under articles 6 and 14 of the Covenant. Having been notified of the communication, the State party breaches its obligations under the Protocol, if it proceeds to execute the alleged victims before the Committee concludes its consideration and examination, and the formulation and communication of its Views. **It is particularly inexcusable for the State to do so after the Committee has acted under its rule [92] to request that the State party refrain from doing so”.**

inexcusable for the State to do so after the Committee has acted under its rule [92] to request that the State party refrain from doing so”).

Em *Ashby v. Trindade e Tobago*, o descumprimento da medida cautelar levou às seguintes considerações de mérito do Comitê: “A conduta do Estado parte **representa uma falha chocante de demonstração da mais elementar boa-fé** requerida de um Estado-parte em relação ao Pacto e a seu Protocolo Opcional”

Na mesma direção do descumprimento das obrigações internacionais estão *Mansaraj v. Serra Leoa* e *Khalilov v. Tajikistão*, o que levou, igualmente, à condenação de mérito dos Estados violadores.

Em *Roberts v. Barbados*, o Comitê ressaltou: “To this extent, it is an obligation for the State party to adopt appropriate measures to give legal effect to the views of the Committee as to the interpretation and application of the Covenant in particular cases arising out of the Optional Protocol. This includes the Committee’s views under rule [92] of the rules of procedure on the desirability of interim measures of protection to avoid irreparable damage to the victim of the alleged violation”.

A Observação Geral n. 33 ao reconhecer o inadimplemento de alguns Estados veio reforçar aquilo já positivo e esclarecer os efeitos da ausência de cooperação do Estado:

10. Según la experiencia del Comité, algunos Estados no siempre respetan esa obligación. Al no responder a una comunicación, o al responder de forma incompleta, el Estado contra el que se presenta la comunicación se coloca **en situación de desventaja, pues el Comité se ve obligado a examinar la comunicación sin disponer de toda la información** relativa a ella. En tales circunstancias, **el Comité puede concluir que las alegaciones formuladas en la comunicación son verídicas**, si resultan corroboradas habida cuenta de todas las circunstancias.

E sobre as características da **medida cautelar** essa Observação Geral n. 33 reconhece que “os ditames emitidos pelo Comitê, em conformidade com o Protocolo Facultativo apresentam algumas das **principais características de uma decisão judicial**”:

- i) são emitidas com espírito judicial, isto é, incluem a imparcialidade e independência de seus membros, a ponderação interpretação do Pacto e o caráter determinante de decisões;
- ii) os ditames emitidos pelo Comitê representam um pronunciamento autorizado de um órgão estabelecido pelo próprio pacto e encarregado da interpretação desse instrumento. O caráter e a importância desses ditames dimanam da função integral que incumbe ao Comitê com fundamento no Pacto de Direitos Civis e Políticos.

8. DO REGISTRO DE CANDIDATURA DO SR. LULA DA SILVA E DA ALTERAÇÃO JURÍDICA E FÁTICA SUPERVENIENTE

Nada obstante tudo que se disse, muitas vezes, a implementação das decisões oriundas dos tratados e organismos internacionais esbarra nas dificuldades próprias da dinâmica dos Parlamentos. Nos casos dos mandados de criminalização ou outras formas de adequação da legislação local há a necessidade da participação de vários entes como Senado, Câmara, Executivo para a promulgação de determinada medida legislativa.

Observa-se, assim, o esforço com a Emenda 45/2004 e a federalização das graves violações aos direitos humanos, para superar a impossibilidade de cumprimento de decisões, relacionadas com a competência dos órgãos federados. A repartição de competências poderia ser um entrave para a alteração da legislação local de um Estado determinado, mas não poderia valer como exoneração da responsabilidade internacional do país.

O Brasil foi condenado ou teve que se submeter à decisões cautelares por atos praticados por Estados-membros como o Caso Damião Lopes (Ceará), Caso José Pereira, das Crianças Emascaradas no Maranhão, dentre outros.

Importante salientar que, quanto ao direito interno, de acordo com Flávia Piovesan, se uma Corte Internacional fixar uma compensação à vítima, haverá um título

executivo contra o Estado²⁰⁵ que ainda deverá seguir os procedimentos internos da execução da sentença.

No caso concreto está se discutindo neste momento a constituição judicial da candidatura do Sr. Lula da Silva, a saber, um processo em trâmite e, portanto, sujeito ainda às alterações fáticas a jurídicas da sua tramitação normal. A legislação nacional (Lei n. 9.504/97, art. 11, § 10), em nome da preservação dos direitos políticos fundamentais, muito embora situe ao tempo do registro o marco temporal do cumprimento dos requisitos da elegibilidade, expressamente afirma e aproveita eventos posteriores e supervenientes em prol da candidatura. Em outras palavras, alterações fáticas ou jurídicas supervenientes ao tempo de registro que afastem a inelegibilidade contam e devem ser levadas em consideração.

O Tribunal Superior Eleitoral tem emblemático acórdão sobre o tema em que aduz a violação ao art. 5, inciso LXXVIII da Constituição Federal a não apreciação dessas alterações relevantes sobre a elegibilidade, vez que impactantes da própria soberania popular:

3. Desconsiderar a liminar obtida pelo embargante no Superior Tribunal de Justiça nega a própria proteção efetiva judicial segundo a qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, inciso XXXV, da CF/1988), não competindo ao intérprete restringir essa garantia constitucional e, por via de consequência, negar ao cidadão o próprio direito constitucional de se apresentar como representante do povo em processo eleitoral não encerrado.

4. Negar o fato superveniente que afasta a inelegibilidade constitui grave violação à soberania popular, traduzida nos votos obtidos pelo candidato, plenamente elegível antes do encerramento do processo eleitoral, isto é, da diplomação dos eleitos. Entendimento em sentido contrário, além de fazer do processo eleitoral não um instrumento de resguardo da soberania popular, mas um processo exageradamente formalista em detrimento dela, pilar de um Estado Democrático, nega o próprio conceito de processo eleitoral definido pelo Supremo Tribunal Federal, o qual se encerra com a diplomação dos eleitos.

5. A não apreciação do fato superveniente neste momento violaria o art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/1988, segundo o qual "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação", pois simplesmente haverá uma indesejável postergação de solução favorável ao candidato, considerado o eventual manejo de rescisória, admitido pelo Plenário do TSE no julgamento da AR nº 1418-47/CE, redatora para o acórdão Min. Luciana Lóssio, julgada em 21.5.2013.

0000294-62.2014.6.25.0000

²⁰⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 348.

**Marcelo Peregrino Ferreira
Advogados Associados**

RO - Embargos de Declaração em Recurso Ordinário nº 29462 - ARACAJU - SE

Acórdão de 11/12/2014

Relator(a) Min. Gilmar Ferreira Mendes

Publicação:

PSESS - Publicado em Sessão, Data 11/12/2014

Pendia ao tempo do registro e sobre a elegibilidade do Sr. Lula, *prima facie*, a condenação criminal por órgão colegiado (art. 1º, inciso I alínea “e”, Lei Complementar n. 135/2010).

A decisão do Comitê da ONU representa uma alteração fática e também jurídica posterior ao tempo do registro e que explicitamente trata do tema da elegibilidade. Em primeira mão, há alteração fática pela intervenção de um órgão internacional, onde o fato em si carregado com a inelegibilidade (condenação criminal em segundo grau) é objeto de exame pelo Comitê. Por esta razão isolada e da possibilidade da reversão daquele fato gerador da inelegibilidade, em processo judicial internacional, o registro já mereceria ser deferido, em nome da interpretação mais benfazeja ao direito político fundamental, em aplicação simples do princípio *pro persona*, já delineado.

Sob o prisma jurídico, há decisão quase-judicial e jurídica, de um órgão da ONU, Comitê de Direitos Humanos, competente para monitoria e fiscalização do cumprimento do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, reconhecendo a necessidade do acionamento do mecanismo de *injunctive relief* ou de uma *interim measure of relief*²⁰⁶, somente presente em casos de extrema gravidade e de danos irreparáveis para a vítima. Por evidente, ao prolatar medidas tais, o Comitê faz uma análise da probabilidade do reconhecimento do direito no momento da apreciação do mérito da reclamação, o que reforça a necessidade de cumprimento da medida.

Por outro lado, inexistindo qualquer dúvida sobre a efetiva cautelar concedida, cumpre à Justiça Eleitoral tão-somente cuidar das consequências, no plano eleitoral, dessas alterações fáticas e jurídicas, ou seja, deferir o registro. No Tribunal Superior Eleitoral, veja-se, a propósito, a liminar concedida no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, para suspender efeitos de uma sentença em ação civil pública que tornara um candidato inelegível. O TSE limitou-se a tratar das consequências jurídicas

²⁰⁶ GHANDI, Sandy. The Human Rights Committee and Interim Measures of Relief. *Canterbury Law Review*. Vol. 13, 2007, p. 205.

aquela decisão, sem contudo, alterar-lhe o comando, afirmando pertencer à outra jurisdição:

RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÕES 2016. PREFEITO. REGISTRO DE CANDIDATURA. INELEGIBILIDADE. ART. 1º, I, L, DA LC 64/90. DIREITOS POLÍTICOS SUSPENSOS. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. OBTENÇÃO. LIMINAR INCOMPETÊNCIA. JUSTIÇA ELEITORAL. EXAME. ACERTO OU DESACERTO. JURISPRUDÊNCIA. PROVIMENTO.

(...)

31. **Em segundo lugar, descabe à Justiça Eleitoral modificar conteúdo de decisum de outro órgão judicial** para assentar ocorrência de coisa julgada e reconhecer os efeitos que dela decorreriam. Precedentes: REspe 132-73/RS, Rel. Min. Henrique Neves, sessão de 27.10.2016, REspe 32-77/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 20.10.2016; REspe 151-43/PB, Rel. Min. Luciana Lóssio, DJe de 25.6.2014; AgR-RO 708-12/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, sessão de 25.9.2014; REspe 493-45/PB, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 3.10.2013.

32. Dessa forma, **é inequívoco que os efeitos da sentença estão suspensos por liminar oriunda da Justiça Comum, não cabendo à Justiça Eleitoral imiscuir-se** em seu teor.

Decisão:

O Tribunal, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial eleitoral para deferir o registro de candidatura de Alexandre Carvalho Costa ao cargo de Prefeito do município de Dom Pedro/MA, nas Eleições 2016, nos termos do voto do Relator. Votaram com o Relator os Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, Sérgio Banhos, Luiz Fux, Rosa Weber e Gilmar Mendes (Presidente).

RESPE - Recurso Especial Eleitoral nº 23658 - DOM PEDRO – MA; Acórdão de 10/10/2017; Relator Min. HERMAN BENJAMIN; Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 225, Data 21/11/2017, Página 30/32

De todo jeito, como já visto, de acordo com o intérprete do Pacto dos Direitos Civis e Políticos é decisão com incidência normativa e que deve ser cumprida, imediatamente.

E aqui no caso deste parecer, ao contrário das imensas dificuldades de cumprimento de outras decisões judiciais internacionais, adrede mencionadas, basta a interpretação para o fiel cumprimento da *interim measure* do Comitê. É que a própria Lei das Inelegibilidades trouxe a novidade do art. 26-C ao admitir que uma cautelar poderá suspender a inelegibilidade. Na mesma toada, mitigada a exigência do “órgão colegiado”, ao incidir na espécie o previsto na Súmula nº 44 do TSE, segundo a qual "o disposto no art. 26-C da LC nº 64/90 não afasta o poder geral de cautela conferido ao magistrado pelo Código de Processo Civil".

Destarte, tendo em vista o art. 26-C, da Lei Complementar 64²⁰⁷, a medida cautelar oriunda do Comitê tem o condão inexorável de afastar a inelegibilidade, decorrente da condenação criminal em segundo grau, em face das alterações fáticas e jurídicas no caso sob lume (Lei n. 9.504/97, art. 11, § 10).

9. RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Os sistemas internacionais de direitos humanos entrelaçam-se e, com auxílio dos Estados firmatários de seus documentos fundantes, buscam assegurar um piso mínimo de respeito aos direitos humanos. É, sobretudo, um esforço civilizatório, cuja turbacão pelo não cumprimento das obrigações *erga omnes* ali contidas leva à responsabilidade internacional do Estado delinquente.

Por isso mesmo, a exortação do direito interno para afastar uma obrigação assumida por meio da assinatura de um tratado internacional não tem qualquer relevância.

Sobre este assunto, vale mencionar a decisão da Corte sobre o filme “A Última Tentação de Cristo” (Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos e outros*) v. *Chile*, sentença de 5 de fevereiro de 2001) cuja veiculação fora proibida, no Chile, por força de dispositivo constitucional²⁰⁸. Com a condenação do Estado do Chile pela ofensa ao Artigo 13 da Convenção Americana (liberdade de manifestação e expressão) e à obrigação positiva de adequação de seu ordenamento interno, posteriormente, houve a alteração da Constituição para fins de obediência aos ditames da Convenção Americana negando a possibilidade da censura prévia²⁰⁹. Na mesma medida, o exemplo de Barbados,

²⁰⁷ Art. 26-C. O órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra as decisões colegiadas a que se referem as alíneas *d, e, h, j, l e n* do inciso I do art. 1º poderá, em caráter cautelar, suspender a inelegibilidade sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso.

²⁰⁸ Houve, na realidade, uma decisão judicial proibindo a veiculação do filme. O objeto da violação foi, assim, esta decisão judicial. Isto porque o artigo 19, 12 da Constituição do Chile de 1980 estabelecia “*sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica*”. O fundamento legal de tal decisão foi objeto de censura da Corte.

²⁰⁹ Colhe-se da decisão: “*97. Respecto del artículo 13 de la Convención, la Corte considera que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico con el fin de suprimir la censura previa, para permitir la exhibición cinematográfica y la publicidad de la película “La Última Tentación de Cristo”, ya que está obligado a respetar el derecho a la libertad de expresión y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción.98. En relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, las normas de derecho interno chileno que regulan la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica todavía no han sido adaptadas a lo dispuesto por la Convención Americana en el sentido de que no puede haber censura previa. Por ello el Estado continúa incumpliendo los deberes generales a*

Caso *Boyce* (2007), em que a Corte Interamericana, de igual modo, fez o controle de convencionalidade de norma constitucional local²¹⁰. Em ambos os casos, observa-se que a existência de dispositivo constitucional não serviu de empeco para a condenação internacional.

Flávia Piovesan menciona outro exemplo de adequação compulsória aos parâmetros convencionais: o Caso *Hillaire, Constantine e Benjamin*, em que a Corte determinou a Trinidad e Tobago afastar a legislação que impunha a pena de morte para o homicídio²¹¹. Na mesma medida, de acordo com Flávia Piovesan, são os precedentes relacionados às leis de anistia (*Barrios Alto, Blake, Almonacid Arellano, Lori Berenson Mejía*), no qual o Brasil desponta com o representativo Caso *Gomes Lund e outros* (2010).

A propósito, a responsabilidade internacional do Estado, segundo Sidney Guerra²¹², tem um importante precedente no paradigmático *Velasquez Rodrigues vs. Honduras*, em 1998. Flávia Piovesan esclarece ser este caso “referência obrigatória” por se tratar de um caso de desaparecimento forçado em que a Corte Interamericana, ao interpretar a Convenção, impôs ao Estado de Honduras o dever de investigar certas violações de direitos humanos e punir os responsáveis²¹³.

que se refieren aquéllas disposiciones convencionales. En consecuencia, Chile debe adoptar las medidas apropiadas para reformar, en los términos del párrafo anterior, su ordenamiento jurídico interno de manera acorde al respeto y el goce del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en la Convención”. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/jurisprudencia>>. Acesso em: 19.01.2014.

²¹⁰ O art. 26 da Constituição de Barbados não permite a impugnação da constitucionalidade de leis anteriores à Constituição ou quando o fim da revisão seja analisar se o diploma viola direitos e liberdades fundamentais. Assim, o art. 26 (cláusula de exclusão) impede que o dispositivo da legislação interna que prevê a pena de morte obrigatória nos casos de homicídio (art. 2º da Lei de Delitos contra as Pessoas- “[c]ualquier persona condenada por homicidio será sentenciada a, y sufrirá, la muerte”) possa ser considerado como violador do art. 15.1. da mesma Carta que proíbe tratamento desumano e degradante, porque é anterior à Carta. No caso *Boyce* restou assinalado pela Corte, na parte resolutiva da sentença um apelo ao legislador de Barbados: “8. El Estado debe adoptar, dentro de un plazo razonable, contado a partir de la fecha de notificación de la presente Sentencia, aquellas medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para asegurar que la Constitución y la legislación de Barbados cumplan con la Convención Americana y, en especial, eliminar el efecto del artículo 26 de la Constitución de Barbados con respecto a la inimpugnabilidad de las “leyes existentes”, en los términos de los párrafos 127(c) a 128 de este Fallo.”

²¹¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 158-161.

²¹² GUERRA, Sidney. O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade. São Paulo: Atlas, 2013, p. 101

²¹³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 349.

Sidney Guerra²¹⁴ detalha as consequências da violação dos direitos humanos pelo Estado nacional, o que pode levar: "i) restituição na íntegra, eliminando-se os efeitos da violação levando-se a reparação do dano emergente e lucros cessantes; ii) cessação do ilícito, considerada exigência básica para a eliminação das consequências do ilícito internacional, devendo o Estado violador interromper sua conduta ilícita, esclarecendo-se que isso não impede outras formas de reparação; iii) satisfação, entendida como um conjunto de medidas capazes de fornecer fórmulas extremamente flexíveis de reparação a serem escolhidas em face de casos concretos, pelo juiz internacional; iv) indenização, cabendo ao Estado infrator indenizar pecuniariamente a vítima pelos danos causados, caso a violação não possa ser completamente eliminada pelo retorno ao *status quo*; v) garantias de não repetição, que são a obtenção de salvaguardas contra a reiteração da conduta violadora de obrigação internacional".

Importante salientar, ainda, que, quanto ao direito interno, de acordo com Flávia Piovesan, a “decisão da Corte tem força jurídica vinculante e obrigatória, cabendo ao Estado seu imediato cumprimento”, valendo como título executivo contra o Estado²¹⁵.

E não é de se olvidar o constrangimento internacional, o *power of embarrassment* derivado de tais violações com a comunicação, à Assembleia Geral da Organização, do descumprimento de suas sentenças (art. 65 da Convenção), bem assim a consequente perda da “legitimidade política na arena internacional”, fator considerado por André de Carvalho Ramos como uma das causas para a assinatura de tratados internacionais²¹⁶.

Também, cabe apontar que o descumprimento das obrigações internacionais pode ser dar por entes da federação como os Estados, Municípios e Províncias ou funções do Estado, como o Legislativo, Executivo ou Judiciário e que isto não desonera o Estado signatário da sua responsabilidade. A Corte Interamericana já fixou este entendimento no precedente *Caso Garrido e Baigorria vs. Argentina*, sentença de 27 de agosto de 1998,

²¹⁴ GUERRA, Sidney. *Op. cit.*, p. 101.

²¹⁵ PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 348.

²¹⁶ CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 81.

parágrafo nº 46²¹⁷, porque, de acordo com André de Carvalho Ramos²¹⁸, “a Federação responde pela conduta de seus entes internos. Esse entendimento é parte integrante do Direito dos Tratados e do Direito Internacional costumeiro. Com efeito, a ausência de “competência federal” é matéria de Direito Interno e não de Direito Internacional”. Aliás, não por outra razão a previsão na EC 45/04 da federalização das graves violações aos direitos humanos²¹⁹.

Ademais, conforme Piovesan²²⁰, “os princípios federativos e da separação de Poderes não podem ser invocados para afastar a responsabilidade da União em relação à violação de obrigações contraídas no âmbito internacional”. No Caso *Escher e outros vs. Brasil*²²¹, 6 de julho de 2009, a Justiça Global, Rede Nacional de Advogados Populares, Terra de Direitos, Comissão Pastoral da Terra (CPT) e Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) afirmaram a violação pelo Estado brasileiro de vários dispositivos da Convenção Americana em razão da quebra de sigilo telefônico e posterior divulgação de conteúdo levado a cabo pela Polícia Militar do Paraná, tendo, como vítimas, integrantes da Cooperativa Agrícola de Conciliação Avante Ltda. (COANA) e Associação Comunitária de Trabalhadores Rurais (ADECON).

Relevante é a “omissão inconveniente” decorrente do descumprimento dos deveres assumidos pelo Estado ao integrar determinado tratado. André de Carvalho Ramos menciona a omissão quanto às normas do Mercosul, conforme Artigo 42 do Protocolo de Ouro Preto: “Ao jurisdicionado brasileiro, prejudicado pela falta de implementação da normatividade do Mercosul, então, resta apenas invocar a proteção

²¹⁷ “46. (...) *Em cuanto a las “dificultades” invocadas por el Estado en la audiencia de 20 de enero de 1998, la Corte estima conveniente recordar que, según una jurisprudencia centenaria y que no ha variado hasta ahora, un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional (Cfr.: sentencia arbitral de 26.VII.1875 en el caso del Montijo, LA PRADELLE-POLITIS, Recueil des arbitrages internationaux, Paris, 1954, t. III, p. 675; decisión de la Comisión de reclamaciones franco-mexicana del .VI.1929 en el caso de la sucesión de Hyacinthe Pellat, U.N., Reports of International Arbitral Awards, vol. V, p. 536)*”. Disponível em : <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_39_esp.pdf>.

²¹⁸ CARVALHO RAMOS, André de. Análise crítica dos casos brasileiros Damião Ximenes Lopes e Gilson Nogueira de Carvalho na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, v. 1, p. 29-30, 2007.

²¹⁹ “Art. 109 (...)§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal”.

²²⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14º ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 395.

²²¹ Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_esp1.pdf>

jurisdicional contra omissão do Poder Executivo ou Poder Legislativo em cumprir seus deveres previstos no Artigo 42 do Protocolo de Ouro Preto, que, no Brasil, tem previsão na menção ao mandado de injunção”²²².

O Brasil, segundo Flávia Piovesan²²³, já foi condenado pela Corte Interamericana em casos de violação de direitos humanos. O Caso Damião Ximenes Lopes inaugurou, em 2 de julho de 2006, esta triste lista de condenações, “em virtude de maus tratos sofridos pela vítima, portadora de transtorno mental, em clínica psiquiátrica do Ceará”. Posteriormente, em 6 de julho de 2009, sobreveio o Caso Escher, já mencionado, o Caso Garibaldi, relacionado à execução sumária ocorrida em despejo de um grupo de sem-terra em Querência do Norte- PR, novembro de 2009 e, também, o Caso Gomes Lund também citado.

Finalmente, o descumprimento de uma medida cautelar do Comitê de Direitos Humanos irá integrar o relatório desse órgão que será apresentado perante a Assembleia Geral da ONU, conforme Observação Geral n. 33.

10. CONCLUSÕES

1. A eventual declaração de inelegibilidade por condenação criminal precária, confirmada em segundo grau, desobedece à Convenção Americana (art. 23.2) e a jurisprudência da Corte Interamericana que exige uma condenação criminal transitada em julgado (Caso Petro Urrego, 2017);
2. O Comitê de Direitos Humanos da ONU é órgão integrante do sistema de proteção internacional, responsável pelo monitoramento e fiscalização do cumprimento

²²²CARVALHO RAMOS, André de. *A integração Regional e a Constituição – Vinte Anos depois*. Brasília, ano 45, n. 179, jul./set. 2008.

²²³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 435-440.

Marcelo Peregrino Ferreira
Advogados Associados

pelos Estados do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, e suas decisões são de observância obrigatória;

3. O descumprimento de uma decisão do Comitê representa uma violação em si do Pacto de Direitos Civis e Políticos e gerará responsabilidade internacional do Estado brasileiro e, para constrangimento de todos, uma situação internacional de não *compliance* com o Pacto de Direitos Civis e Políticos;
4. O Brasil sofrerá a responsabilidade internacional pelo descumprimento dessas obrigações *erga omnes* relacionadas aos direitos políticos fundamentais do Sr. Lula da Silva e oriundas de tratados internacionais ratificados;
5. A decisão do Comitê de Direitos Humanos da ONU vale por si mas, pode, em uma interpretação harmônica com o ordenamento interno, ser considerada como decisão do art. 26-C, da Lei Complementar 64²²⁴, como alteração fática e jurídica para suspender a inelegibilidade (art. 11, § 10, Lei n. 9.504/97), porquanto seu caráter cautelar é idêntico ao efeito suspensivo alinhavado na lei nacional.

Fpolis, 28 de agosto de 2018.

Marcelo Ramos Peregrino Ferreira
Doutorando na Universidade Federal de Santa Catarina
Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Observador Internacional nas Eleições da Colômbia 2018
Advogado e Ex-juiz do TRE/SC 2012-2014

Prof. Dr. Orides Mezzaroba
Professor nos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade
Federal de Santa Catarina

²²⁴ Art. 26-C. O órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra as decisões colegiadas a que se referem as alíneas *d, e, h, j, l e n* do inciso I do art. 1º poderá, em caráter cautelar, suspender a inelegibilidade sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso.