

A eficácia precária das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos frente à falta de sua definição expressa como última instância jurídica na Constituição brasileira

Precarious effectiveness of the decisions of Inter-American Court of Human Rights in relation to their lack of definition expressed or last instance in the brazilian legal Constitution

Francisco de Assis França Júnior¹

Resumo: Com a análise da eficácia precária das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos frente à falta de sua definição expressa como última instância jurídica na constituição brasileira, por intermédio da consulta e da coleta de dados de importantes obras e decisões judiciais, procura-se identificar os problemas da falta de efetividade das garantias expressas na Convenção Americana da qual o Brasil faz parte, demonstrando, por oportuno, a resistência do Supremo Tribunal Federal no reconhecimento da autoridade da Corte Convencional, relegando-se, assim, a obrigação assumida pelo país à categoria de mero dever moral, sem natureza vinculativa real. A modificação no texto constitucional, com a reanálise de tradicionais institutos como a soberania, a coisa julgada, a separação dos poderes, entre outros, seria necessária na medida em que deixa expresso o vínculo brasileiro às decisões da Corte Interamericana de proteção aos direitos humanos.

Palavras-chave: Direitos Humanos, eficácia, efetividade, decisões.

Abstract: With the analysis of the effectiveness of the poor decisions of the Court of Human Rights against the lack of a definition expressed as ultimately legal in the Brazilian constitution, through consultation and data collection of important works and judicial decisions, seeks to identify problems of lack of effectiveness of the express warranties in the American Convention to which Brazil is a party, demonstrating, for timely, the resistance of the Supreme Court in recognition of the Court's authority Conventional, relegating it is therefore the obligation assumed by the country to the category mere moral duty without actual binding. The change in the Constitution, with the reanalysis of traditional institutions such as sovereignty, res judicata, the separation of powers, among others, would be required to the extent that makes the bond expressed Brazilian decisions of the Inter-American human rights protection.

Keywords: Human Rights, effectiveness, responsiveness, decisions.

Sumário: 1. Introdução. 2. O atual cenário na comunidade jurídica. 3. Cortes nacionais (Constituições) *versus* Corte Interamericana (Convenção Americana de Direitos Humanos). 4. Conclusão. Referências.

¹ Advogado criminalista, professor de Direito Penal e Processo Penal, e membro da Coordenação Nacional de Acompanhamento do Sistema Carcerário do Conselho Federal da OAB. Especialização em andamento em Direitos Humanos na Universidade Federal de Pernambuco. Recife/PE – Brasil. E-mail: francajuniorDireito@ig.com.br

1 Introdução

Em nosso hemisfério, o legado do exercício do poder militar durante longos períodos em países como Brasil, Argentina, Chile e Uruguai, orientados sob a égide de um regime da lei e da ordem a qualquer custo, além das trágicas experiências das duas grandes guerras, reforçou a cobrança, tão logo floresceu a democracia, por um sistema de proteção dos direitos humanos como parte de uma obrigação moral internacional.

Criada em 1948, a Organização dos Estados Americanos – OEA editou um conjunto de normas regionais de proteção aos direitos humanos, chamado de Pacto de São José da Costa Rica ou Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em 1969, tendo sido subscrito por países de todas as partes da América, com normas programáticas e mecanismos constritivos pra fazer valer suas disposições.

O diploma regional adotado pelo Brasil, conforme verificado no Decreto 678 de 1992, amplia a possibilidade recursal em nosso sistema processual, uma vez que, a previsão do item 44 da mencionada Convenção Americana, prescreve que qualquer um “pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-parte”², que podem ser, em último caso, julgadas pelo órgão jurisdicional garantidor das disposições convencionais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Importa frisar, que o Brasil se submeteu (*pacta sunt servanda*) sem reservas, não apenas aos ditames da convenção,³ como também, através do Decreto Legislativo 89/98, à competência contenciosa do órgão jurisdicional regional supra,⁴ encarregado, como se percebe, de julgar as demandas provenientes das violações convencionais.

² Artigo 44 - Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-parte.

³ Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos. 1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

⁴ Artigo 68 - 1. Os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.

A propósito disto, a Corte Interamericana foi proposição brasileira por ocasião da Nona Conferência Internacional Americana, em 1948, na cidade de Bogotá, na Colômbia (PIOVESAN, 2000).

Corroborando o compromisso brasileiro frente à comunidade internacional, a Constituição Federal de 1988, especificamente em seu art. 5º, §2º, estabelece que as normas sobre direitos humanos que ingressam em nosso sistema, depois de assinadas e referendadas, complementam as já existentes no Direito posto.⁵

Em termos práticos, as decisões do Supremo Tribunal Federal, tradicionalmente consolidado como a última instância jurídica do país,⁶ comportariam, em determinadas circunstâncias, remédio jurídico que as contestassem, podendo, portanto, produzir consequências contra o Estado brasileiro em face de violações de direitos humanos não refutadas pelo órgão máximo de seu judiciário.

A Convenção de Viena, também adotada pelo Brasil, através do Decreto Legislativo 496/2009 e do Decreto 7.030/2009, arremata, portanto, a impossibilidade de um Estado Parte arguir seu Direito interno para justificar o inadimplemento da obrigação assumida.

O principal reflexo desta medida de incorporação ao nosso sistema normativo posto, inegavelmente, reflete imediata e profundamente em garantias pétreas da República brasileira, exaltados e positivados expressamente pelo Poder Constituinte Originário.

Institutos tradicionais como a coisa julgada, a separação dos poderes, a segurança jurídica, a unidade do ordenamento, a vedação da proteção deficiente e a soberania tornam-se os focos das discussões. Nenhum deles, como uníssono entre os juristas, são categorias revestidas de caráter absoluto.

É natural que, no exercício de sua soberania, o Estado, através de seu órgão jurisdicional máximo, tenha a última palavra em matéria de resolução de conflito que envolva violações

⁵ Art. 5º. (...) § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁶ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: (...).

normativas, o que nos parece, foi deslocado para a Corte Interamericana, que, nos moldes existentes, carece de efetividade, ou seja, de capacidade para servir de garantia real de respeito às suas decisões.

Nesse contexto, a falta de definição expressa da Corte Interamericana como última e vinculativa instância no julgamento de conflitos que interferem nos direitos humanos tornam, no campo prático, as normas de proteção previstas na Convenção Americana sobre direitos humanos, em mandamentos de cunho mais moral do que jurídico, fragilizando, assim, todo o sistema convencional. É justamente sobre isso que discutiremos.

2 O atual cenário na comunidade jurídica

Há aqui, por oportuno, que se destacar certa “marginalização” da Convenção Americana no meio acadêmico e jurídico em geral, inclusive os de nosso continente, uma vez que as citações mais comuns de regramentos internacionais sobre direitos humanos em obras jurídicas e decisões se referem aos organismos ligados diretamente a Organização das Nações Unidas – ONU ou aos regramentos da Corte Europeia sobre direitos humanos, reconhecendo-se o seu grau avançado de uniformização de procedimentos.

Essa complementariedade (mecanismos internos e externos de proteção), muito bem vinda, por sinal, porque, como dissemos, tem a intenção de tornar mais efetiva a proteção dos direitos humanos, não afastando, portanto, a possibilidade de conflitos entre os órgãos jurisdicionais encarregados de operar esses mecanismos.

Diante do conflito, qual excluir/afastar/paralisar no caso concreto? A norma ou competência interna ou a internacional ou regional? Adotaríamos o princípio do *pro homine* em todos esses casos?

Sobre as normas, poderíamos argumentar com a ideia de “sopesamento” ou “otimização” principiológica de ALEXY (2011), tendo como parâmetro o *pro homine*, o que até pode-se admitir, para a resolução de casos concretos, mas a definição clara de quem dará a

última palavra nos casos, fazendo, definitivamente, transitar em julgado a decisão ficaria em aberto.

Esses problemas ganham relevo e importância quando o mundo adere de forma definitiva aos efeitos do capitalismo globalizado. A mola propulsora do desenvolvimento tão desejado por todos os países é o acúmulo de capital. Assim, em grande parte, o poder econômico tem ditado as normas nas relações internacionais, o que nos faz questionar: o que nos garante que esse poder não tenha força suficiente para, de forma transversa, aderindo a um discurso aparentemente humanitário, influenciar de modo que lhes favoreçam na confecção das normas que serão adotadas pelos países pactuantes?

Os bastidores que antecedem as deliberações sobre tratados e convenções não estão imunes aos acordos financeiros com países endividados e governantes precisando implantar políticas públicas que melhorem sua situação perante o seu eleitorado.

O principal objetivo deste trabalho é aprofundar a discussão que envolve todos aqueles institutos já mencionados, mas muito especialmente a soberania, diante de casos complexos que podem ser regulados pela Convenção Americana de Direitos Humanos, cujo órgão jurisdicional máximo é a Corte Interamericana e não o órgão máximo de jurisdição interna dos Países Partes, no nosso caso o Supremo Tribunal Federal.

A intenção, portanto, é trazer luz à discussão sobre a convivência entre as estruturas dos institutos nacionais já indicados, pilares constitucionais, com o poder de vinculação das decisões da Corte Interamericana com a qual o Brasil se comprometeu. É de fundamental importância uma definição clara sobre o que fazer em caso de colisões (de normas – internas e externas – e instituições – Supremo Tribunal Federal e Corte Interamericana), sob pena de deixarmos à deriva a proteção dos direitos humanos.

O próprio Supremo Tribunal Federal parece resistir à força normativa da Convenção Americana de Direitos Humanos, quando no julgamento paradigmático do Recurso Extraordinário nº. 466.343, por 5 votos a 4, reconheceu que os tratados que versam sobre direitos humanos, quando incorporados ao nosso sistema, detém apenas o valor de uma norma supralegal, ou seja, acima dos demais dispositivos legais, mas abaixo de nossa Constituição, quando não passam pelo crivo do procedimento especial estabelecido pela EC/45 (STF, 2013).

Nesse caso, como submeter-se integralmente (com um dos poderes máximos da república demonstrando certa resistência em determinados casos) às decisões da Corte Interamericana quando a baliza principal de nossa Suprema Corte interna não tem sido a norma regional de proteção aos direitos humanos?

O mestre italiano FERRAJOLI (1999, p. 15) nos alerta para o fato de que há uma “crise do tradicional conceito de soberania (os Estados decidem cada vez menos seus destinos, que frequentemente são ditados e guiados por órgão internacionais)”.

GOMES e VIGO (2008, p. 23) fazem coro nesse sentido, destacando que “as decisões da justiça brasileira, em matéria de direitos humanos, já podem não constituir a última palavra (que está reservada, no nosso âmbito, à Corte Interamericana de Direitos Humanos)”.

Há uma clara opção dos Estados que aderem e se submetem a esses organismos jurisdicionais internacionais ou regionais à prevalência de uma das facetas da soberania. A liberdade de ação, portanto, nesses casos, tem prevalecido diante da autoridade jurídica, mas nossa Suprema Corte parece resistir como no caso que demonstraremos adiante.

O problema é que essa opção do Estado, pela liberdade de ação, acaba, na prática, esvaziando a outra faceta, ou seja, a autoridade jurídica, àquela que confere ao Estado a última palavra no âmbito da resolução de conflitos submetidos ao Direito, que é, assim, assumida pelo organismo regional em matéria de direitos humanos, além de remeter a unidade de nossa legislação à Convenção.

Nesse aspecto, tivemos um caso paradigmático no Brasil com o julgamento do chamado “Caso Araguaia”. O Supremo Tribunal Federal, em 29 de abril de 2010, por conta da ADPF 153, apresentada pela Ordem dos Advogados do Brasil, decidiu que os crimes praticados naquela oportunidade estavam prescritos e abarcados pela Lei de Anistia de 1979, fato que a Corte Interamericana negou, alegando a impossibilidade de uma auto-anistia e o desrespeito ao Pacto de São José da Costa Rica em diversos artigos, determinando, assim, em controle de convencionalidade, a apuração e punição dos responsáveis com base na imprescritibilidade de crimes que trazem à tona graves violações aos direitos humanos (Lei no 6.683/1979).

Até aqui, o governo do Brasil não cumpriu efetivamente a determinação da Corte, mas, como forma de “satisfação”, instituiu mediante o advento da Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011, a Comissão Nacional da Verdade para apurar e indicar os responsáveis pelos atos contra os direitos humanos durante o período apontado acima.⁷

Por compromisso moral e legal assumido com a comunidade internacional, o Brasil teria, nesse caso, que desrespeitar a decisão de sua Corte Suprema interna, órgão máximo do judiciário brasileiro, e cumprir a decisão da Corte Interamericana, uma vez que não há uma simples recomendação, mas uma condenação impositiva. Mas como fazer isso se nossa constituição prevê a Corte interna como órgão máximo de resolução de conflitos?

Desse modo, tanto a coisa julgada proveniente de um processo legítimo e que assegura grau considerável de certeza na relação jurídica, quanto a soberania, no que tange a independência no plano externo e a supremacia interna, ambas consideradas cláusulas pétreas, acabaram sendo afetadas profundamente pela adesão do Brasil ao Pacto Regional. Seria isso possível em termos constitucionais?

E a tripartição harmônica e independente dos Poderes da República? O entendimento da uníssona doutrina internacionalista é o de que os tratados (termo genérico para pactos e convenções) entram em vigor no momento do depósito de sua adesão na secretaria dos organismos internacionais de proteção aos direitos humanos, tal como se prevê na Convenção (art. 76, item 2 da Convenção).⁸

As referenciadas normas passam a integrar o corpo normativo brasileiro, ainda que haja discussão sobre sua vigência, a partir desse suporte fático (a publicação da assinatura ratificadora), como pontua MELLO (2012, p. 117):

“Em razão das peculiaridades de seu processo de criação, os tratados internacionais passam a integrar o ordenamento jurídico nacional (= existir como ato normativo)

⁷ Art. 1º É criada, no âmbito da Casa Civil da Presidência da República, a Comissão Nacional da Verdade, com a finalidade de examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período fixado no [art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias](#), a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional.

⁸ Art. 76. (...) 2. Tais emendas entrarão em vigor para os Estados que as ratificarem, na data em que houver sido depositado o respectivo instrumento de ratificação, por dois terços dos Estados-partes nesta Convenção. Quanto aos outros Estados-partes, entrarão em vigor na data em que eles depositarem os seus respectivos instrumentos de ratificação.

somente após a publicação de sua ratificação pela autoridade competente. Enquanto não houver a ratificação o tratado é norma jurídica *in fiere*.”.

Aqui, portanto, a possibilidade de o Presidente da República, mediante representação nas assembleias deliberativas, por ato único (assinatura de ratificação), fazer incidir, em nosso território, normas internacionais, legislando indiretamente, ao arrepio do crivo prévio do Congresso Nacional, que, *a posteriori*, pode não convalidar o ato.

Some-se ainda ao fato de que, como dissemos, as normas internacionais são produzidas por representantes dos executivos dos Estados-Membros, reunidos em assembleia, sem que haja qualquer interferência significativa dos legislativos, que já recebem os textos prontos e ratificados (existentes em nosso ordenamento), nesse processo de produção do direito internacional público. É evidente o exercício de uma função pelo executivo que, em nosso sistema, foi reservado ao legislativo legitimamente eleito para tal finalidade.

Interessante, ademais, neste aspecto, a atenção que nos toma FLETCHER (2008, p. 141), discorrendo criticamente sobre o julgamento do caso “Erdomovic” pelo Tribunal Internacional *ad hoc* para a ex Yugoslávia, *in verbis*:

“Nunca debemos olvidar que los tribunales están integrados por personas sin grandes aspiraciones vinculadas a las autoridades políticas apropiadas. Estas estructuras tampoco tiene legitimidad democrática. Esto es especialmente visible em el ámbito internacional. A menudo los miembros de las Naciones Unidas son líderes políticos que se han autodesignado em tales cargos, o que han sido nombradas por gobiernos dictatoriales. No hay ninguna razón evidente que haga que debamos dar a las decisiones de los tribunales el mismo mérito que a las leyes dictadas por órganos legislativos democráticamente elegidos. (Erdemovic Prosecutor v. Drazen Erdemovic, case nº IT-96-22-A, 7/10/97)”.

E o que pode ser mais relevante nesta discussão é que o órgão jurisdicional internacional regional, do qual tratamos neste trabalho, em tese, teria poder, com base na Convenção Americana, para determinar efeito suspensivo, através de medidas cautelares, ao recurso interposto, obstando o cumprimento da decisão com trânsito em julgado interno (como é o caso de prisão proveniente de sentença condenatória com trânsito em julgado), caso admitamos a validade dos dispositivos internacionais em sobreposição à Constituição Federal.⁹

⁹ Artigo 63. (...) 2. Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão.

GOMES e VIGO (2008, p. 47), a respeito dessa “nova instância” jurídica brasileira avaliam:

“em matéria de direitos humanos já se pode falar no Brasil (finalmente) numa **quinta instância** (de Justiça) , que é a Corte Interamericana de Direitos Humanos (sediada em São José da Costa Rica), que integra (ao lado da Comissão Interamericana de Direitos Humanos) nosso sistema (regional) interamericano de proteção dos direitos humanos. De muitas pode-se explicar a presença dessa **quinta instância** na vida do brasileiro. Mas talvez a mais contundente esteja no fato de a Corte estar começando a condenar o Brasil nas suas violações aos direitos humanos (o Caso Ximenes Lopes é emblemático).

O que nos desperta o interesse inicialmente, e, certamente tem intrigado a ciência jurídica tradicional, é, nas precisas lições do professor NEVES (2009, p. 83):

“a pretensão dessas novas ordens jurídicas de se afirmarem impreterivelmente, seja como ordens jurídicas que prescindem do Estado, seja como ordens jurídicas que prevalecem contra os Estados, pondo em xeque o próprio princípio da soberania estatal, viga mestra do direito internacional público clássico”.

Mais adequado, na concepção de NEVES (2009), seria a ideia de um transconstitucionalismo construído com base em uma “conversação” ou um “entrelaçamento” constante entre os atores jurisdicionais diante de todo tipo de arcabouço normativo (formal ou informal) sem que haja necessariamente uma valoração hierárquica entre eles.

Os eventuais conflitos poderiam ser resolvidos, ou até evitados, indica o autor, com a utilização desse método e não simplesmente com a criação de normas *erga omnis*, vinculantes aos países-partes (NEVES, 2009).

NEVES (2009) traz-nos, pois, aquilo que seria o ideal, uma cooperação mútua entre as nações sem narcisismos com vistas a aplicar normas inclusivas de proteção do ser humano na sociedade e de reduzir sua exclusão dos sistemas estatais. Ocorre que, esse ainda não é o mundo em que vivemos e talvez nunca o alcancemos dada multiplicidade de circunstâncias (sociais, econômicas, históricas, etc.) que parecem conspirar contrariamente.

O entusiasmo doutrinário é patente diante de um Direito que se encarrega de garantir a amplitude, a integridade e a efetividade dos direitos humanos em um âmbito globalizado, mas pode acabar esbarrando nas dificuldades das jurisdições internas de superar os conceitos das estruturas tradicionais que apontamos no início.

Uma postura vacilante quanto a efetividade das decisões da Corte Interamericana pode expor à perigo direitos e garantias fundamentais.

RONIGER e SZNAJDER (2004, p. 322) expõe com precisão o problema do descompasso entre a teoria (nesse caso, a previsão convencional) e a prática, alertando que “é na fissura existente entre a teoria e a prática que ocorrem violações de direitos humanos de um novo tipo, enquanto persiste a falta de resolução do legado de violações dos direitos no passado”.

Nosso foco deve ser o aprofundamento nessas questões, procurando esclarecer se não estaria o Brasil violando, por omissão, seu compromisso ao não adequar sua norma constitucional à Convenção, esclarecendo no texto eventuais discordâncias entre a Suprema Corte interna e a Corte Interamericana. Estaria nossa Carta Magna “inconvencional” quando prevê como sua última instância o STF?

Abriu-se de fato a possibilidade do órgão jurisdicional interamericano desconstituir uma sentença terminativa em território brasileiro, estabelecendo consequências já afastadas pelo Supremo Tribunal Federal?

Limites, portanto, é o que também pretendemos delinear nessa relação entre normas internas e externas de proteção aos direitos humanos com vistas a otimizar seus efeitos, sobretudo no momento atual em que vivenciamos uma sociedade de riscos (BECK, 2010).

Sistemas coesos que preservem a soberania nacional, que respeitem a coisa julgada e a segurança jurídica, que não deixem o Estado-Membro dependente demasiadamente de normas estatuídas por tribunais que não gozam de legitimação direta perante a sociedade local, que reforcem a confiança desta mesma sociedade nos seus próprios legisladores e no seu próprio sistema normativo, e que, por fim, no sistema de “entrelaçamento”, louvável para dirimir conflitos, privilegiem o arcabouço interno por expressarem a mais autêntica forma de manifestação autônoma da vontade popular em um regime democrático de direito.

Como afirmou BOBBIO (2004, p. 39-40):

“só será possível falar legitimamente de tutela internacional dos direitos do homem quando uma jurisdição internacional conseguir impor-se e superpor-se às jurisdições nacionais, e quando se realizar a passagem da garantia *dentro* do Estado – que é ainda a característica predominante da atual fase – para a garantia *contra* o Estado”.

Investigar uma fórmula que faça com que as normas desses organismos transnacionais sejam admitidas com maior naturalidade pelas cortes internas, deve nortear o trabalho, provavelmente com a proposta de que Cortes transnacionais (como a Interamericana) sejam compostas por juízes das supremas cortes dos estados-membros, por gozarem de legitimação jurisdicional interna direta, e que a elaboração das normas passe por representantes dos parlamentos locais, por gozarem de legitimação popular interna direta (os tratados submetidos aos congressos dos estados-membros não são objeto de deliberação sobre o seu conteúdo, mas apenas sobre sua aceitação ou não em nosso sistema).

3 Cortes nacionais (Constituições) *versus* Corte Interamericana (Convenção Americana de Direitos Humanos)

11

A evolução das sociedades, sob a perspectiva do aperfeiçoamento das formas de comunicação, de contato, de troca rápida e constante de informações e produtos, e, sobretudo, os “traumas” advindos das inúmeras guerras e regimes totalitários implantados outrora em diversos países (tal como o nazismo na Alemanha, o comunismo na Rússia e o fascismo na Itália), gerou no inconsciente coletivo mundial a necessidade do estabelecimento de regras para que todos, no gozo desses instrumentos da modernidade, observem limites que respeitem os direitos humanos.

Além do conjunto de normas regionais de proteção, chamado de Pacto de São José da Costa Rica ou Convenção Americana de Direitos Humanos, o Brasil também faz parte do sistema global, criado pela Organização das Nações Unidas – ONU, conhecido por Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966.

O diploma regional reconhecido plenamente pelo Brasil, através do Decreto 678 de 1992, amplia, na prática, a possibilidade recursal em nosso sistema processual, conforme previsão do item 44 da Convenção, senão vejamos:

“Artigo 44 - Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-Membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-parte”.

Além disso, as disposições dos artigos 1 e 68 da Convenção, adotadas sem reservas pelo Brasil, asseveram:

“Artigo 1 - Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos...”.

(omissis)

“Artigo 68 - Os Estados-Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.”

A única ressalva brasileira, quanto ao conteúdo integral da Convenção, foi sobre a previsão de visitas, inspeção ou investigação (itens 43 e 48, alínea “d”) em território nacional sem autorização, o que pode ser verificado no decreto presidencial citado alhures, cujos artigos determinam:

Art. 1º A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, apensa por cópia ao presente decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém.

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".

Com base na Convenção de Viena de 1969, o Brasil, com esse decreto, não fez qualquer reserva ao conteúdo da Convenção Americana, mas apenas externou uma interpretação própria que não possui força vinculante no plano jurídico. Não o exime, pois, de cumprir suas obrigações perante os organismos internacionais e de respeitar a inteireza das normas por eles criadas.

A propósito, a Convenção de Viena de 1969, também reconhecida e aprovada pelo Brasil, através do Decreto Legislativo 496/2009 e do Decreto 7.030/2009, arremata a impossibilidade de um Estado-Parte arguir seu Direito Interno para justificar o inadimplemento de um tratado. É justamente aqui que o problema começa a se desenhar!

Por via de consequência, uma série de institutos se vê na necessidade de melhor adequação a essa nova realidade. A coisa julgada, por exemplo, que, como consequência do trânsito em julgado definitivo internamente, fica condicionada, no plano internacional, ao transcurso dos seis meses previstos no artigo 46, alínea “b” da Convenção, oportunidade em que o sujeito poderá recorrer à Corte Interamericana.

O que dizer da soberania nacional? “Entregue”, na seara jurídica, a mesma Corte Interamericana.

Cumprir destacar, que o termo “soberania” que aqui utilizamos, comporta o poder estatal de autodeterminar-se sem embaraços e de fazer valer suas “vontades” no âmbito interno perante a comunidade internacional.

Não que tenhamos a soberania como uma garantia absoluta, de fato, não é, assim como todas as outras também não são, vez que nossa própria legislação infraconstitucional assim dispõe, como é o caso do Decreto-Lei 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), que regula a incidência de normas alienígenas em nosso território (art. 8º), mas o sistema regional adotado formalmente pelo Brasil traz flagrante esvaziamento ou flexibilização de suas normas internas, o que nos leva a indagar sobre a segurança jurídica, já que a última palavra em matéria de direitos humanos deverá ser da Corte Interamericana.

A Corte Interamericana, por sua vez, vai além e em seus julgados tem assentado o seguinte:

“No que concerne à denominada “cláusula federal” estabelecida no artigo 28 da Convenção Americana, em ocasiões anteriores a Corte teve a oportunidade de referir-se ao alcance das obrigações internacionais de direitos humanos dos Estados federais. Recentemente, no *Caso Escher e outros*, o Tribunal aduziu que, em sua competência contenciosa, tem estabelecido claramente que “segundo jurisprudência centenária e que não variou até agora, um Estado não pode alegar sua estrutura federal para deixar de cumprir uma obrigação internacional” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1998).

Tem, portanto, como certo a Corte Interamericana, seu caráter de instância jurídica superior de todos os países que aderiram à mesma, conforme o voto, “é responsabilidade da Corte Interamericana, e não do Estado, determinar se o direito interno estatal, incluindo sua Constituição, está compatível com os direitos protegidos pela Convenção Americana” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001).

No caso *Castillo Petruzzi e outros Vs. Peru*, a Corte citou relatório da Comissão Interamericana que reforçava a força vinculante de suas decisões, que dizia que “a supremacia das obrigações internacionais sobre o direito interno constitui um dos pilares do direito internacional, consagrado no artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1999).

Ademais disso, recorde-se, a Convenção de Viena em 1993 foi toda negociada sob a coordenação do Brasil (ALVES, 2012).

A mesma conclusão encontramos no caso *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Peru*, onde a Corte alerta que:

“De conformidad con los principios generales del derecho internacional y tal como se desprende del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, las decisiones de los órganos de protección internacional de derechos humanos no pueden encontrar obstáculo alguno para su plena aplicación en las reglas o institutos de derecho interno” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2004).

Nesse mesmo sentido, CARVALHO (2007, p. 30) arremata:

“alegar obediência ao Direito Interno (por exemplo, o governo federal afirmar não poder ‘invadir’ esfera de atribuição de outro estado federado) não é aceito como excludente da responsabilidade internacional do Estado. Nos tratados internacionais de direitos humanos, então, observa-se a regra pela qual um Estado-Parte ao aderir ao tratado, deve ter ciência da impossibilidade de se escusar, com base em sua forma interna de organização, de pretensas violações de direitos humanos”.

14

Sob este mesmo aspecto, o Brasil já foi condenado, por omissão do Estado do Ceará, como lembram os professores GOMES e MAZZUOLI (2010, p. 203), no caso Maria da Penha (Caso 12.051, de 16 de abril de 2001).

Contundente o que tem sustentado o órgão jurisdicional interamericano, corroborado pela doutrina internacional e que, ainda que encontre resistências em tribunais constitucionais de alguns estados, surge como tendência entre as Cortes Internacionais.

Em alguns tribunais superiores de países partes da Convenção, tornou-se muito comum, em suas decisões, como frequentemente faz o da Costa Rica, a citação de pareceres e decisões da Comissão e da Corte Interamericana.

No Brasil, na grande maioria dos casos, o STF tem como balizas fundamentais norteadoras seus próprios precedentes, dificultando, de certa forma, um “diálogo” próximo com o sistema normativo internacional (GOMES e MAZZUOLI, p. 335).

Segundo Anne-Marie Slaughter, citado pelo professor Marcelo Neves, as cortes constitucionais “citam-se reciprocamente não como precedente, mas como autoridade persuasiva”, da qual não demonstra com tanta frequência em seus julgados querer abrir mão o

STF, cujo “diálogo” com normas e Cortes internacionais tem se restringido a casos emblemáticos (como o das células tronco – ADI 3.510/DF, julgamento de 29/05/2008).

Na mesma esteira, só que de forma ainda mais acentuada, a Corte Suprema Americana, que não aderiu à competência contenciosa da Corte Interamericana, tem se destacado por seu “bairrismo” (NEVES, p. 119).

O tema já foi enfrentado em tribunais superiores de outros países do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, como é o caso da Argentina e da Bolívia, como bem salienta em seus escólios os professores GOMES e MAZZUOLI (2010, p. 222):

“Discute-se se as sentenças da Corte Interamericana, frutos de sua competência contenciosa, devem ter o efeito de conduzir a jurisprudência dos tribunais internos. Ainda que existam várias dúvidas a esse respeito, o certo é que na Argentina, nos casos Simón (2005) e Mazzeo (2007), já se fez referência (v.g., foi esse o entendimento do juiz BOGGIANO) à necessidade de se seguir a jurisprudência da Corte estabelecida no caso Barrios Altos de 2001. Na Bolívia, por sua vez, o Tribunal Constitucional tem considerado que a jurisprudência estabelecida pela Corte Interamericana (em razão da regra prevista no art. 62, 1, da Convenção – v. comentários infra) “é de caráter vinculante para os tribunais judiciais do Estado boliviano [inclusive as opiniões consultivas da Corte]; portanto, ao interpretar os direitos fundamentais, ao resolver as diferentes ações tutelares submetidas a seu conhecimento, o Tribunal Constitucional vem aplicando a jurisprudência do órgão referido”.

Há, dessa forma, os que defendem que os tratados sobre direitos humanos gozam de status supraconstitucional. Além do ex-ministro do STF Xavier de Albuquerque, que, em voto vencido (no REExt 80.004/SE – RTJ 83/813), sustentou o primado das normas internacionais sobre normas internas, destacam-se Bidart Campos e Celso de Albuquerque, citados no voto do Ministro Cezar Peluso no RE 466.343-1 de São Paulo, quando de sua exposição sobre as teorias sobre a natureza jurídica de tais tratados, são exemplos dessa linha de pensamento.

Estaríamos diante de mais uma – e radical! – adaptação da conhecida pirâmide de Kelsen (também desenvolvida por Adolf Merkel), onde às normas internacionais sobre direitos humanos repousariam acima de nossa Constituição? Teríamos uma nova classificação na natureza jurídica das normas provenientes dos tratados assinados pelo Brasil? O que poderíamos denominar de “supremanormatividade”.

A propósito, não percamos de vista que o célebre jurista austríaco acima, em sua Teoria Pura do Direito, discorreu cuidadosamente sobre o tema. Para Kelsen, “o domínio material de

validade de uma ordem jurídica global, porém, é sempre ilimitado, na medida em que uma tal ordem jurídica, por sua própria essência, pode regular sob qualquer aspecto a conduta dos indivíduos que lhe estão subordinados” (KELSEN, p. 16).

Até mesmo por intermédio de um dos mais tradicionais métodos interpretativos, ou seja, o silogismo, a conclusão não poderia ser outra. **Premissa Maior:** é de inteira responsabilidade da Corte Interamericana afirmar o que está ou não no Direito Interno de acordo com os direitos humanos consagrados na Convenção. **Premissa Menor:** o Brasil é signatário da Convenção que tem como órgão jurisdicional máximo a Corte Interamericana. **Conclusão:** as decisões da Corte gozam de “supremanormatividade” (acima da Constituição, como tem decidido a Corte Interamericana).

Assim, um dos inúmeros questionamentos que podemos (e devemos) fazer diante do tema é, por exemplo, sobre o reconhecimento da constitucionalidade da *Lei da Ficha Limpa* no Brasil.

O referido instrumento legal, validado em votação apertada no Supremo em 2012, traz reflexos, de forma inequívoca, ao princípio da presunção de inocência (os debates no plenário do Pretório gravitaram em torno disso), expressamente homenageado na Convenção Americana como garantia fundamental (art. 8).

No Regulamento da Corte Interamericana, aprovado em 2009 (em vigor desde janeiro de 2010), em seu art. 72, há, inclusive, previsão de que o Estado-Parte da Convenção, como é o caso do Brasil, pode solicitar parecer consultivo sobre a convencionalidade de suas normas internas.

E se a Corte Interamericana, uma vez provocada, empregasse interpretação diversa da que o STF empregou? E se a Corte entendesse ter ocorrido violação da presunção de inocência com o advento da Lei em nosso ordenamento, tendo proibido pessoas sem condenação definitiva, portanto iguais a todas as outras que sequer foram processadas um dia, de concorrer a um cargo eletivo?

Nada impede, portanto, que a Corte Interamericana considere nesse caso, que houve uma violação do chamado “efeito cliquet”, ou seja, que houve regressão por normas internas de

matéria sobre direitos humanos, limitando-se a presunção de inocência como direito e garantia fundamental do ser humano. Estaríamos diante de uma “quebra positiva” de direitos humanos?¹⁰

Enquanto princípio reitor de um Estado Democrático de Direito, como o nosso, a presunção de inocência, ao invés de sofrer maximização, pelo fato de ser direito fundamental, acabou, assim pensamos, sofrendo uma minimização, ou excessiva relativização. A proibição do regresso de direitos e garantias fundamentais é tema pacífico na comunidade jurídica internacional.

Em que pese a força dos argumentos favoráveis a validade da “ficha limpa”, vitoriosos no STF, deve-se atentar para o fato de que a relativização da presunção de inocência, residente na categoria dos bens péticos mais importantes em um Estado Democrático de Direito, assim como a vida e a liberdade, tidos como inalienáveis, indisponíveis, inegociáveis, pode não ser bastante para “massagear o ego social”, que sempre recorre a essas relativizações em momentos de tensão.

Outras garantias fundamentais, como as já acima citadas, podem ser, por força desse precedente, relativizadas com a mesma finalidade. Veja-se, por oportuno, a crescente demanda da sociedade leiga por pena de morte no Brasil.

Consideremos ainda que, provocada por uma associação ribeirinha das margens do São Francisco, a Corte Interamericana entenda que as obras da transposição do rio deve gerar grave violação aos direitos fundamentais das pessoas ali historicamente residentes, influenciando em aspectos culturais e sociais, conflitando assim, com um eventual “carimbo” de constitucionalidade conferido pelo STF ao empreendimento. E se a Corte reconhecer que, nesse caso, maximiza-se a autonomia da vontade da administração, em detrimento de direitos fundamentais? De quem será a última palavra? A que órgão caberia esta função?

Imaginemos ainda, insisto, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, uma vez provocada, declare violação aos seus dispositivos (artigos 7º e 9º) a vigência da lei 11.900/09,

¹⁰ Expressão atribuída a J.J. Canotilho na aula sobre “O sistema acusatório” apresentada no dia 05/03/13, das 18:30hs às 22h30minhs, pelo professor Geraldo Prado, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciência Penais – Universidade Anhanguera-Uniderp/REDE LFG.

que estabelece a possibilidade de interrogatório por videoconferência, em aparente afronta à garantia de presença física do réu perante o magistrado. Partamos aqui, do pressuposto de que o STF, que ainda não se pronunciou sobre a lei, a declare constitucional.

A certeza (de forma e conteúdo – “como?” e “o que?”) na definição dos papéis de cada órgão jurisdicional se reveste de importância vital numa sociedade regida pelo Estado Democrático de Direito. As irrepreensíveis lições de BOBBIO (2010, p. 27), quando de sua crítica à teoria da instituição, são muito pertinentes ao problema apresentado e nos mostra a postura mais adequada para a proteção das garantias fundamentais:

“em um ordenamento jurídico, são necessárias três condições: 1) que se definam os fins a que a instituição deverá tender; 2) que se estabeleçam os “meios”, ou pelo menos os meios principais, que se consideram apropriados para atingir esses fins; 3) **que se atribuam as funções específicas de cada um dos componentes do grupo para que, através dos meios previstos, colaborem para a obtenção do fim**”.

Na Alemanha, vinculada ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos (análogo a Corte Interamericana), por exemplo, o Tribunal Constitucional Federal (a Suprema Corte alemã) decidiu, no caso *Caroline de Mônaco II*, de 15 de dezembro de 1999, que prevaleceria, naquelas circunstâncias (divulgação de fotos), a liberdade de imprensa, em detrimento da proteção da intimidade de pessoas proeminentes.

Ocorre que, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em 24 de junho de 2004, decidiu o contrário, ou seja, que deveria prevalecer, naquele caso, a intimidade da autora. Sedimentou-se, internamente, com isso, que as decisões da Corte Internacional não têm o condão de vincular a Corte Suprema do Estado (NEVES, p. 138-139).

O fato é que o Brasil vem se submetendo, até aqui, às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Apesar da escassa utilização no dia-a-dia forense das normas internacionais incorporadas pelo Brasil em seu ordenamento, alguns julgados podem ser verificados no órgão jurisdicional que trazem o Brasil como parte, onde podemos observar, inclusive, a determinação de medidas urgentes até então atendidas, como foi, por exemplo, quando a Corte Interamericana determinou medidas provisórias em 25 de novembro de 2009, no caso da rebelião na penitenciária de Urso Branco, em Rondônia.

Não seria o caso de mudança do texto constitucional? Adaptando-o a previsão de uma Corte Internacional, cujas decisões têm força jurídica reconhecida pelo Brasil e natureza de supremanormatividade.

A propósito disso, o art. 2 do Pacto de São José da Costa Rica prevê a necessidade de adequação da legislação interna às suas normas. Sobre isso os professores GOMES e MAZZUOLI (2010, p. 28) sustentam:

“Mas caso o direito interno do Estado não reconheça os direitos e liberdades consagrados pela Convenção ou os **reconheça em menor grau**, passa a ser também um dever seu (do Estado) adaptar sua legislação interna (inclusive expurgando do sistema de direito interno a norma incompatível) às disposições convencionais mais benéficas, sob pena de responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos”. (grifei)

Por ocasião da censura à exibição do filme “*A última tentação de Cristo*”, de 1988, de Martin Scorsese, no Chile, sob a égide da ditadura de Augusto Pinochet, com base em um dispositivo constitucional, a Corte Interamericana determinou em 2001, que o Estado-Parte fizesse modificação em sua Carta Magna para permitir a veiculação da obra.

O Congresso chileno, em 09 de dezembro de 2002, aprovou uma legislação que se adequava às recomendações da Corte, sendo o filme exibido poucas semanas depois.

Interessante notar ainda, que em seu art. 28 a Convenção obriga os Estados partes a operarem essa modificação, podendo inclusive, invadir competência dos estados federados para garantir a implementação das normas pactuadas.

A violação aos direitos e garantias fundamentais por estados federados, muito comum em penitenciárias, pode tornar parte demandada na Corte Interamericana não o estado federado, mas o Brasil, único com personalidade jurídica internacional.

Ademais disso, não percamos de vista a nova mentalidade difundida internacionalmente entre países que se propõem a adotar e a respeitar os direitos humanos prescritos em tratados.

A ideia de um Estado Constitucional Internacionalista ou Transnacional de Direito, segundo interessante observação do professor Luiz Flávio Gomes, nasce como uma evolução

das fases legalista e constitucionalista do Estado e nos estaria colocando numa nova era, uma era, diríamos, de “novos direitos”.¹¹

E nessa “onda” de transnacionalidade e humanismo jurídico, ousamos concluir: o respeito às normas de organismos internacionais (mais benéficas ao ser humano), e, por consequência, ao órgão máximo encarregado de interpretá-las e aplicá-las, nesse caso, a Corte Interamericana, impõe-se ao Estado brasileiro.

Tese que se corrobora com a edição da Súmula Vinculante nº. 25 do STF, que acaba com a prisão civil do depositário infiel. O que fez a Suprema Corte brasileira senão reconhecer que, mesmo havendo previsão constitucional (art. 5º, LXVII), a prisão seria inviável por obediência às normas internacionais.

O “malabarismo” jurídico para que não se reconhecesse expressamente essa supremacia do Direito Internacional ao Direito Interno desaguou na classificação de “supralegalidade”, mantendo-se no ápice da pirâmide kelseniana nossa Constituição e, por via de consequência, o STF como a *ultima ratio*, servindo-se o mesmo, de ponto de partida (e, portanto, limite) para a garantia da unidade de nosso ordenamento.

Mas podem surgir problemas nessa reconstrução hierárquico-normativa, que ganha força entre os internacionalistas, sobretudo diante do fato de normas internacionais, que já existem ou podem vir a existir, que diminuem garantias fundamentais encartadas como cláusulas pétreas no direito brasileiro. É o caso da garantia da vedação de pena de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, b).

O Tribunal Penal Internacional, ao qual se submete o Brasil, prevê como uma de suas penas a privação perpétua. Nesses casos, poderíamos nos deparar com a seguinte situação: o Brasil aderiu ao Tribunal Penal Internacional, que prevê, por sua vez, prisão perpétua. Tendo entrado em nosso ordenamento com status constitucional ou supraconstitucional, essa norma conflita com proibição pétrea de nossa Constituição. Se aplicarmos a regra de que as

¹¹ GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Luiz Flávio Gomes e Valerio de Oliveira Mazzuoli, 3º ed., 2010, coleção ciências criminais, editora Revista dos Tribunais, pág. 76.

disposições novas, recém-incorporadas ao nosso sistema, afastam as velhas ou que norma hierarquicamente superior invalida inferior, valerá a prisão perpétua!

Outro exemplo desse tipo de incompatibilidade entre norma internacional e norma interna mais benéfica pode-se abstrair do artigo 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal. Na norma do sistema interamericano temos a franca possibilidade de prisão civil por inadimplemento de dívida de natureza alimentar, sem previsão de exceções nesses casos, já na norma interna temos a mesma previsão, mas com possibilidades de exceções, como a involuntariedade e escusabilidade da obrigação (situação de miserabilidade, desemprego, etc.).

Como compatibilizar isso? Parece-nos lógico, em respeito ao princípio do *pro homine* e da proibição do regresso de garantias, que especificamente nessas situações, prevalece a norma de direito interno em detrimento da norma internacional. E se surgirem outras não tão simples de resolver?

Como já frisamos, nossa Constituição estabelece como última instância jurídica o Supremo Tribunal Federal, mas com a adesão ao Pacto, o Brasil acabou ampliando a possibilidade de recurso, sendo assim, com base em dispositivos sobre direitos humanos, ampliou-se uma garantia que estava limitada num âmbito menor (interno).

Valendo, portanto, a regra da ampliação de garantias, tal como se propõe nessa nova “onda” de transnacionalismo jurídico-humanista, e quanto a isso não nos opomos, é correto imaginar que os processos com origem no STF, formalmente nossa última instância, nos casos de foro por prerrogativa de função, cujos julgamentos tenham sido condenatórios, deve, a Suprema Corte, para mandar cumprir sua decisão, aguardar o prazo de recurso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Art. 46, b, da Convenção), uma vez que a Convenção garante o duplo grau de jurisdição.

Antes que surja o argumento sobre a validade imediata das decisões da Comissão e da Corte Interamericana, alerta ainda, providencialmente, o professor internacionalista MAZZUOLI (2009, p. 819-822), que as decisões da Corte Interamericana não precisam passar pelo trâmite de homologação determinado pelo art. 105, I, alínea i, da Constituição brasileira.

Ou seja, as sentenças da Corte não se enquadram como “estrangeiras”, pois fazem parte de órgão jurisdicional vinculado ao Brasil.

Destarte, as indagações e as construções teóricas que fizemos a respeito do tema ao longo deste trabalho, apesar de considerarmos a complementariedade na maioria dos casos, traz-nos uma sensação de tensão permanente entre as normas constitucionais internas e as normas internacionais sobre direitos humanos, assim como entre as decisões da Suprema Corte interna e a Suprema Corte Interamericana.

O jurista alemão Gunther Teubner, citado pelo professor NEVES (2009, p. 109), chega a sustentar certa “emancipação do direito em relação ao Estado nacional com o surgimento de ordens jurídicas plurais que se desenvolvem mediante acoplamentos estruturais com os respectivos sistemas mundiais autônomos”.

Dessa forma, se afastarmos a norma ou competência interna em homenagem à norma e competência regional ou internacional abre-se a discussão, em nosso sentir, sobre a relativização excessiva ou o considerável esvaziamento dos princípios, garantias e direitos fundamentais encartados em nossa Constituição. Estaríamos, assim, diante de uma soberania condicionada, uma soberania por conveniência frente às normas de organismos internacionais ou regionais.

Por fim, nossos principais questionamentos sobre o tema procuram esclarecer os seguintes pontos: Não estaria o Brasil violando, por omissão, o Pacto ao não adequar sua norma constitucional à Convenção? Haveria o fenômeno de ampliação de uma garantia (de recorrer a instâncias superiores), estabelecido instância superior ao STF? Estaria nossa Carta Magna “inconvencional” quando prevê como sua última instância o STF? Não estaria a norma supralegal, assim definida pela maioria dos ministros do STF, com prevalência sobre a Carta Magna? Abriu-se a possibilidade de um Órgão Jurisdicional Interamericano desconstituir uma sentença terminativa em território brasileiro?

Além das implicações que já indicamos, é de se destacar que os organismos internacionais ou regionais trazem à baila ainda a responsabilização penal da pessoa jurídica (Estado) e o “castigo” societário ou coletivo, preceitos basilares do Direito Penal moderno,

conquistados a duras penas, abarcados (por que não?!) pelo efeito *cliquet*, por serem mais benéficas ao homem (*pro homine*).

Nessa esteira, o delito praticado por uma pessoa qualquer e que afetasse gravemente os direitos humanos, recairia sobre todas as outras (representadas pelo Estado, como o único com personalidade jurídica para figurar na Corte Interamericana) com a responsabilização do Estado brasileiro, já que o dever (penal e cível) de indenizar, de reparar, de restaurar a situação provocada pela violação teria que ser suportado pelos contribuintes, com o pagamento de multas pelos cofres públicos, adotados os parâmetros da Convenção Americana.

No mundo globalizado em que vivemos, é inegável o reconhecimento de uma “troca” constante de informações e uma sintonia (cultural e política) cada vez mais próxima entre os povos. Nesse contexto, os organismos internacionais têm ajudado na construção de uma sociedade consciente de suas responsabilidades perante a proteção dos direitos humanos, mas devem existir limites ou pelo menos um sistema de frenagem que garanta a valorização das normas internas.

Uma garantia efetiva dos fundamentos basilares do Estado brasileiro, dos direitos encartados em nossa Constituição, só será possível, em nosso sentir, com a adoção de um rígido sistema que dificulte sua modificação ou limitação não só por atuação legislativa interna, como também pela atuação desses organismos internacionais.

Sobre efetividade, é importante assinalar a lição de BARROSO (2010, p. 328):

“Efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza a efetividade, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever ser* normativo e o *ser* da realidade social. O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não autoaplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador.”

Limites, portanto, ou sistemas que preservem a soberania nacional, que respeitem a coisa julgada e a segurança jurídica, que não deixem o Estado-Membro dependente demasiadamente de normas estatuídas por tribunais que não gozam de legitimação direta perante a sociedade local, que reforcem a confiança desta mesma sociedade nos seus próprios legisladores e no seu próprio sistema normativo, e que, por fim, no sistema de “entrelaçamento”

ou “conversação”, louvável para dirimir conflitos, privilegiem o arcabouço interno por expressarem a mais autêntica forma de manifestação autônoma da vontade popular em um regime democrático de direito como o nosso.

Conclusão

Como ficou patente, é preciso reestruturarmos o sistema que hoje opera os organismos internacionais, isso se quisermos dar maior efetividade à proteção aos direitos humanos. É lapidar a lição de BOBBIO (2004, p.37), que, apesar de longa, imprescindível para termos a noção da relação dos organismos internacionais e os estados hoje, senão vejamos:

“Para retomar uma velha distinção, empregada outrora para descrever as relações entre Estado e Igreja, poder-se-ia dizer – com o grau de aproximação que é inevitável nas distinções muito nítidas – que os organismos internacionais possuem, em relação aos Estados que os compõem, uma *vis directiva* e não *coactiva*. Ora, quando falamos de proteção jurídica e queremos distingui-la de outras formas de controle social, pensamos na proteção que tem o cidadão (quando a tem no interior do Estado, ou seja, numa proteção que é fundada na *vis directiva* e da *vis coactiva* quanto à eficácia, é um problema complexo, que não pode ser abordado aqui. Limito-me à seguinte observação: para que a *vis directiva* alcance seu próprio fim, são necessárias, em geral, uma ou outra destas duas condições, melhor sendo quando as duas ocorrem em conjunto: a) o que a exerce deve ter muita autoridade, ou seja, deve inculcar, se não temor reverencial, pelo menos respeito; b) aquele sobre o qual ela se exerce deve ser muito razoável, ou seja, deve ter uma disposição genérica a considerar como válidos não só os argumentos da força, mas também os da razão. Ainda que toda generalização seja indébita e as relações entre os Estados e os organismos internacionais possam ser de natureza muito diversa, é preciso admitir que existem casos nos quais faltam uma ou outra das duas condições, quando não faltam ambas. E é precisamente nesses casos que se pode verificar mais facilmente a situação de insuficiente, e até mesmo de inexistente, proteção dos direitos do homem, situação que deveria ser remediada pela comunidade internacional.”

24

Assim, tal como se encontra nosso ordenamento constitucional, as decisões da Corte Interamericana carecem de efetividade naquilo a que se propõem, ou seja, a proteção concreta aos direitos do homem. De que forma resolvermos, portanto?

Como afirma BOBBIO (2010, p. 83):

“no campo do direito público, o ideal a que o Estado tende é o *Estado democrático*. E o que é o Estado democrático senão o Estado fundado no princípio da autonomia, ou seja, no princípio de que as leis, que devem ser cumpridas pelos cidadãos, devem ser feitas pelos próprios cidadãos?”

Ainda a respeito dessa segurança jurídica, por oportuno, nunca é demais lembrar o escólio de Kelsen em sua Teoria Pura do Direito, que nos alertava incisivamente, com sua

pirâmide, da necessidade de uma hierarquização entre as normas. Para o mestre positivista, “o fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada”.

O que propomos? Que seja remodelada a estrutura internacional ou regional de proteção aos direitos humanos, respeitando-se, para além da segurança jurídica interna, os demais princípios, direitos e garantias de nossa Carta Magna. Que as cortes desses organismos, caso as admitamos como *ultima ratio*, sejam compostas por juízes das supremas cortes dos estados-membros, por gozarem de legitimação jurisdicional interna direta, e que a elaboração das normas passe por representantes dos parlamentos locais, por gozarem de legitimação popular interna direta (os tratados submetidos aos congressos dos estados-membros não são objeto de deliberação sobre o seu conteúdo, mas apenas sobre sua aceitação ou não em nosso sistema).

25

Caso contrário, só nos resta uma alternativa, a de somente permitirmos a incidência de normas desses organismos, depois de incorporadas formalmente ao texto constitucional, sendo a Constituição o vértice da unidade do ordenamento, passando pelo processo formal pelo qual todas as leis passam no país.

Nesse contexto, os organismos internacionais ou regionais sobre direitos humanos funcionariam como meras cortes propositivas, orientativas, sugestivas de como deveria agir o Estado para continuar como integrante do sistema efetivo de proteção. Exerceria, portanto, a Corte Interamericana, influência e não poder sobre o ordenamento brasileiro (BOBBIO, p. 2004).

Mas se a opção for pela supremacia das decisões da Corte Interamericana, não resta alternativa senão alterar nossa Constituição para que isso fique claro, dando, assim, maior efetividade às suas decisões e à proteção dos Direitos Humanos, portanto.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva, 2ªed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMBOS, Kai. BOHM, Maíra Laura. ALFLEN, Pablo Rodrigo. Crime de desaparecimento forçado de pessoas. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

ÁVILA, Flávia de; CURY, Paula Maria Nasser. Os princípios jurídicos e a efetividade das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. Minas Gerais: Meritum. In: Revista de Direito da Universidade FUMEC, 2012, Vol.4.

BARROSO, Luís Roberto. Direitos humanos e globalização [recurso eletrônico] : fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica / org. David Sánchez Rúbio, Joaquín Herrera Flores, Salo de Carvalho. – 2. ed. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, p. 328. In: http://www.ufpe.br/ppgdh/images/documentos/dh_david_herrera.pdf. Acesso em: 25/09/2013.

BECK, Ulrich. Sociedade de Risco – rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. Teoria geral do direito. Trad. Denise Agostinetti, revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. 3ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Comentários à convenção americana de direitos humanos - coleção ciências criminais. 3º ed.. São Paulo: RT, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. VIGO, Rodolfo Luis. O Estado de Direito Constitucional e Transnacional: riscos e precauções – navegando pelas ondas evolutivas do Estado, do Direito e da Justiça. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. Madri: Trota, 1999.

FLETCHER, George P. Gramática del Derecho Penal, 1ª ed. Trad. em espanhol: Francisco Muñoz Conde. Hammurabi, 2008.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, 8ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ALVES, José Augusto Lindgren. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n86/a03.pdf>. Acesso em: 13/10/2013.

MARTIN-CHENUT, Kathia. A valorização das obrigações positivas de natureza penal na jurisprudência da CIDH: o exemplo das graves violações de direitos humanos cometidos durante as ditaduras dos países do Cone-Sul. Trad. Priscila Akemi Beltrame e Pedro Augusto Simões da Conceição. In: Revista brasileira de ciências criminais, São Paulo, Ano 21, V. 103, p. 97 – 127, jul./ago. 2013.

MAZZUOLI, Valério Oliveira. Curso de Direito internacional público, 3. ed. rev., atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2009.

MELLO, Marcos Bernardes. Teoria do Fato Jurídico – plano da existência. 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos globais, Justiça Internacional e o Brasil. In: Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, Ano 8, V. 15, p. 93 – 110, jan./jun. 2000.

CARVALHO, André Ramos. Análise crítica dos casos brasileiros Damião Ximenes Lopes e Gilson Nogueira de Carvalho na Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: Brant, Leonardo Nemer Caldeira (coord.). II Anuário Brasileiro de Direito Internacional. Belo Horizonte: Cedin, 2007.

RONIGER, Luis. SZNAJDER, Mario. O legado de violações dos direitos humanos no cone sul. Trad. Margarida Goldszajn. São Paulo: Perspectiva, 2004.

Data de submissão: 01/10/2014

Data de aprovação: 21/01/2015.