

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO**

**BRUNO JOSÉ PEDROSA DE ARRUDA GONÇALVES**

**O TRANSCONSTITUCIONALISMO NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL  
PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:  
O DIÁLOGO ENTRE ORDENS JURÍDICAS DISTINTAS COMO MECANISMO  
DE MOTIVAÇÃO E FORTALECIMENTO DAS DECISÕES QUE VERSAM  
SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS PROFERIDAS ENTRE 2010 E 2017.**

**RECIFE, 2018**

Bruno José Pedrosa de Arruda Gonçalves

O TRANSCONSTITUCIONALISMO NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL  
PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

O diálogo entre ordens jurídicas distintas como mecanismo de motivação e fortalecimento das decisões que versam sobre direitos fundamentais proferidas entre 2010 e 2017.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Constitucional, Direitos Humanos, Sociedade e Democracia.

Orientadora: Profa. Dra. Vanessa Pedroso.

Recife, 2018

G635t      Gonçalves, Bruno José Pedrosa de Arruda  
O transconstitucionalismo na jurisprudência do tribunal pleno do Supremo Tribunal Federal : o diálogo entre ordens jurídicas distintas como mecanismo de motivação e fortalecimento das decisões que versam sobre direitos fundamentais proferidas entre 2010 e 2017 / Bruno José Pedrosa de Arruda Gonçalves, 2018. 108 f.

Orientadora: Vanessa Alexandra de Melo Pedroso  
Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Programa de Pós-graduação em Direito. Mestrado em Direito, 2018.

1. Brasil. Supremo Tribunal Federal. 2. Corte Interamericana de Direitos humanos. 3. Direitos fundamentais. I. Título.

CDU 342.7(81)

Bruno José Pedrosa de Arruda Gonçalves

O TRANSCONSTITUCIONALISMO NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL  
PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

O diálogo entre ordens jurídicas distintas como mecanismo de motivação e fortalecimento das decisões que versam sobre direitos fundamentais proferidas entre 2010 e 2017.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovada em

BANCA EXAMINADORA

---

Professora Dra. Vanessa Alexandra de Melo Pedrosa  
Orientadora Universidade Católica de Pernambuco

---

Professor Dr. Marcelo Labanca Corrêa de Araújo  
Avaliador Interno - Universidade Católica de Pernambuco

---

Professor Dr. Thales Cavalcanti Castro  
Avaliador Interno - Universidade Católica de Pernambuco

---

Professor Dr. Leonam Baesso da Silva Liziero  
Avaliador Externo - Universidade Federal do Rio de Janeiro

**Ao meu filho, Bento.**

## AGRADECIMENTOS

A Juliana, essa mulher incrível com quem tenho o prazer de compartilhar minha vida há 11 anos. Ela é responsável pelos meus voos mais altos. Sem ela, nada seria igual.

Ao meu pai Roberto, por incontáveis referências e por me proporcionar a melhor formação acadêmica e me incentivar a dar o meu melhor, sempre.

À minha mãe Sydia, por me estimular a traçar caminhos mais distantes, me fazendo acreditar que sou capaz de ir sempre além.

Ao meu irmão Thiago, que acha a vida acadêmica uma loucura e que tenta me convencer, todos os dias, que dentre os loucos, eu sou o melhor deles.

Ao “Tucupi Tacacá”, meus amados primos com quem compartilho todas minhas incertezas, alegrias e conquistas.

A Francisco e Arthur, dois sorrisos que me impulsionam a seguir.

Ao Karine, um refúgio de abraços, mesmo quando a barra pesa.

A Julia Arraes, pelo olhar que compartilhamos há tanto tempo, sempre avante.

A Dora Amorim, por me fazer acreditar que a vida, de fato, é uma verdadeira loucura e por isso seguimos juntos no caminho certo.

A Marina de Brito e Rafael Carvalho, por tantas alegrias compartilhadas e por sermos tão perto, mesmo quando longe.

A Daniel Longhi, pela inteligência que inspira.

A André Baudel e Juliana Santa Cruz, pelo companheirismo que tranquiliza e dá segurança.

A Ester Simões, pela sensatez, calma e firmeza transmitidas no olhar.

A Larisse Salvador, por toda parceria firmada nesses anos de Mestrado.

Conciliar a vida de advogado com a vida acadêmica não é tarefa fácil. Ousaria dizer que essa tarefa seria, para mim, impossível, se eu não tivesse cruzado com verdadeiros parceiros no meio do caminho. Por isso, agradeço, profundamente, a todos que fazem parte do escritório Martorelli Advogados, minha segunda casa, onde encontrei amigos que me permitiram e, sobretudo, me incentivaram a concluir esse curso de Mestrado.

Em especial, aos amigos Adriano, Dóris, Socorro, Kamila, Tâmara, Carolina, Paulo Victor, Maria Luiza, Thereza, Gabrielle, Patrícia, Ana Cláudia e Arthur.

Aos professores Marcelo Labanca, José Luciano, Gustavo Ferreira Santos e aos demais docentes do PPGD.

Por fim, um agradecimento especial à Professora Vanessa Pedroso, quem me orientou de forma categórica, sempre disponível a meu chamado, o que foi de uma contribuição imensurável para a feitura do presente trabalho.

## RESUMO

Em toda a história da humanidade, de alguma maneira, o ser humano sempre teve como objetivo conhecer não só as pessoas integrantes de sua sociedade, como também os outros povos espalhados pelo mundo. Nesse contexto de globalização e de surgimento de uma “sociedade global”, o direito pátrio não se mostrou suficiente para solucionar questões constitucionais. Assim, surgem direitos de diversas ordens jurídicas distintas, de natureza local, supranacional, regional, internacional, transnacional etc. Esse foi o cenário perfeito para dar vez à discussão acerca do transconstitucionalismo. No presente trabalho, demonstrará que o diálogo travado entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos proporciona um mecanismo de fortalecimento e motivação das decisões que envolvem direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Transconstitucionalismo. Supremo Tribunal Federal. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Direitos Fundamentais.

## **ABSTRACT**

Throughout human history, human beings has always desired to know not only the people in their society, but all people around the world. In this globalized context, and with the rise of a "global society," the national law has been insufficient to solve constitutional issues. Therefore, rights from different legal orders have emerged; such as local, supranational, regional, international, transnational etc. This has created the perfect setting for the transconstitutionalism debate. Through this study it will be shown that the dialogue between the Supreme Court (STF) and the Inter-American Court of Human Rights provides an encouraging mechanism for the fundamental rights verdicts.

**Keywords:** Transconstitucionalism. Federal Supreme Court. Inter-American Court of Human Rights. Fundamental Rights.

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AP – Apelação

CDI - Comissão de Direito Internacional

CEDH – Corte Europeia de Direitos Humanos

CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

CIJ – Corte Internacional de Justiça

DH – Direitos Humanos

ECHR – European Convention on Human Rights

EctHR – European Court of Human Rights

HC – Habeas Corpus

Min. – Ministro

OEA – Organização dos Estados Americanos

ONU – Organização das Nações Unidas

PIDCP – Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos

RE – Recurso Extraordinário

RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos

TJ – Tribunal de Justiça

TJCE – Tribunal de Justiça da Corte Europeia

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	12
1 A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA E INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O SURGIMENTO DE SISTEMAS GLOBAIS E REGIONAIS .....	16
1.1 SURGIMENTO E POPULARIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS, A PARTIR DO CONCEITO DE EMPATIA DE LYNN HUNT .....	16
1.2 AS DECLARAÇÕES UNIVERSAIS E A REGULAMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	18
1.2.1 A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e a Revolução Francesa .....	19
1.2.2 A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948 .....	20
1.3 INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A FORMAÇÃO DA SOCIEDADE MUNDIAL .....	22
1.4 UNIVERSALISMO E RELATIVISMO CULTURAL.....	24
1.4.1 Viés filosófico .....	26
1.4.2 Viés cultural.....	28
1.5 REGIONALIZAÇÃO DO SISTEMA GLOBAL .....	30
2 O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS .....	33
2.1 CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS .....	33
2.2 A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	37
2.2.1 Composição e atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos .....	38
2.3 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS .....	41
2.3.1 Composição e atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos ..	42
2.4 O RECONHECIMENTO DA JURISDIÇÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E OS CONFLITOS ENTRE	

AS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	44
3 O TRANSCONSTITUCIONALISMO.....	46
3.1 A SOCIEDADE MUNDIAL E O CONCEITO DE GLOBALIZAÇÃO .....	46
3.2 NOÇÕES GERAIS DO TRANSCONSTITUCIONALISMO.....	50
3.3 A CONSTITUIÇÃO TRANSVERSAL.....	55
3.4 TRANSCONSTITUCIONALISMO EM DIVERSAS ESFERAS .....	55
3.4.1 Transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais .....	59
3.4.2 Transconstitucionalismo entre direito estatal e direito local.....	62
3.4.3 Transconstitucionalismo entre direito estatal e o direito regional .....	64
3.4.4 Transconstitucionalismo entre direito estatal e direito transnacional .....	65
3.4.5 Transconstitucionalismo entre direito estatal e direito supranacional.....	68
4 A PRESENÇA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO NOS JULGADOS DO TRIBUNAL PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO MECANISMO DE FORTALECIMENTO DAS DECISÕES.....	71
4.1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A COOPERAÇÃO COM A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS .....	71
4.2 ADPF Nº 153/DF - CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL X PRESIDENTE DA REPÚBLICA E CONGRESSO NACIONAL - REVISÃO DA LEI DE ANISTIA DE 1979 .....	72
4.2.1 Sinopse fática do caso .....	72
4.2.2 Identificação do transconstitucionalismo .....	75
4.3 AGRAVO REGIMENTAL NA AP Nº 470/MG – MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL X JOSÉ DIRCEU DE OLIVEIRA E SILVA E OUTROS - ADMISSIBILIDADE DOS EMBARGOS INFRINGENTES - DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E NO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA .....	84
4.3.1 Sinopse fática do caso .....	84
4.3.2 Identificação do transconstitucionalismo .....	85

4.4 PROCESSO DE EXTRADIÇÃO N° 1362/DF – GOVERNO DA ARGENTINA X SALVADOR SICILIANO – PRESCRIÇÃO NOS TERMOS DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A PRESENÇA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO NO JULGADO .....	89
4.5 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N° 2404/DF – PARTIDO TRABALHISTA BRASILEIRO X PRESIDENTE DA REPÚBLICA E CONGRESSO NACIONAL - SANÇÃO A EMISSORA POR PROGRAMA FORA DO HORÁRIO INDICATIVO E A PRESENÇA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO .....	90
4.6 RECURSO EXTRAORDINÁRIO N° 592581/RS – MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL X ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – POSSIBILIDADE DO JUDICIÁRIO OBRIGAR REALIZAÇÃO DE OBRAS EM PRESÍDIOS E A PRESENÇA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO .....	93
4.7 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N° 4815/DF – ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS X PRESIDENTE DA REPÚBLICA E CONGRESSO NACIONAL – INEXIGIBILIDADE DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO PARA BIOGRAFIAS E A PRESENÇA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO .....	94
4.8 RECURSO EXTRAORDINÁRIO N° 591054/SC – MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA X SANDRO GASPARI – INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO E A CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES E A PRESENÇA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO.....	96
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	99
REFERÊNCIAS.....	102
ANEXO A – EMENTA DAS DECISÕES ANALISADAS .....	108

## INTRODUÇÃO

O objetivo dessa pesquisa é identificar se o fenômeno do transconstitucionalismo, conceituado por Marcelo Neves, é capaz de fortalecer as decisões que versam sobre direitos fundamentais, proferidas pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, desenvolveu-se uma pesquisa quantitativa e qualitativa, na qual se tentou analisar o comportamento do Supremo Tribunal Federal através de levantamento de dados que expressassem essa realidade.

O primeiro passo dado foi restringir à pesquisa um lapso temporal, a fim de viabilizar o levantamento de dados necessários. Considerando que o Supremo Tribunal Federal (STF) atua já há um considerável espaço de tempo, criando entendimento através de suas decisões e que a importância dessa pesquisa só seria válida sob a hipótese de serem examinadas jurisprudências atuais, decidiu-se por avaliar as decisões dos anos de 2010 até 2017.

Além disso, as decisões proferidas pelo STF são divididas em decisões emanadas pela Primeira Turma, pela Segunda Turma e pelo Tribunal Pleno. Foi escolhido para esse trabalho apenas as decisões exaradas pelo Tribunal Pleno da Suprema Corte, com o intuito de poder avaliar a conduta e o posicionamento de todos os ministros integrantes de tal Tribunal.

Após feito o corte temporal e ter restringindo o campo de estudo para as decisões emanadas apenas pelo Tribunal Pleno, decidiu-se que o fenômeno do transconstitucionalismo seria identificado através do diálogo do STF, com a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), corte latino-americana.

Sendo assim, foi acessado o endereço eletrônico do STF<sup>1</sup> e, através dos mecanismos de filtros e buscas, os quais são de fácil utilização, filtrou-se todas as decisões em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos foi mencionada em alguma parte do inteiro teor do julgado.

Foram encontradas 28 (vinte e oito) decisões, entre recursos extraordinários, agravo regimentais, arguição de descumprimento de preceito fundamental, procedimento de extradição, entre outros tipos de ação.

---

<sup>1</sup> Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 20 jan. 2018.

Das 28 (vinte e oito) decisões, 03 (três) foram proferidas pela Primeira Turma, enquanto que 08 (oito) foram proferidas pela Segunda Turma. As outras 17 (dezesete) foram todas proferidas pelo Tribunal Pleno do STF.

As 17 (dezesete decisões) foram dissecadas e percebeu-se que em algumas delas, apesar do termo “Corte Interamericana de Direitos Humanos” ter sido devidamente mencionado, não foi utilizada para dar embasamento a algum argumento técnico ou usado como analogia a algum outro caso.

Esse foi o exemplo do Inquérito nº 2606, de origem do Mato Grosso, em que constou-se no julgamento realizado em setembro de 2014, que estava “ausente, justificadamente, o Ministro Joaquim Barbosa (Presidente), para participar da celebração do Dia Mundial da Liberdade de Imprensa, na corte Interamericana de Direitos Humanos, em São José, Costa Rica”.

As decisões como essa foram descartadas para o estudo, levando em consideração apenas as decisões em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos foi citada com o intuito de estabelecer uma discussão, entre as ordens jurídicas, acerca de uma temática constitucional.

Dito isso, foram analisadas 11 (onze) decisões em que, de fato, houve um diálogo entre as ordens jurídicas distintas (STF e CIDH), com o objetivo de solucionar uma temática constitucional. Essas decisões foram examinadas com o intuito de comprovar a hipótese de que quando isso ocorre, as decisões se mostram de uma maneira mais fortalecida, ante a sociedade.

Ainda debruçando-se sobre as 11 (onze) decisões, duas delas tiveram bastante repercussão midiática, razão pela qual foi decidido elaborar uma análise mais profunda sobre elas, tendo as demais sofrido uma apreciação mais concisa, pontual e objetiva.

Feitas tais considerações, é importante destacar que no primeiro capítulo foi feita toda uma lembrança acerca da construção histórica dos direitos humanos até a estruturação dos sistemas globais e regionais de proteção aos Direitos Humanos.

Nesse capítulo, foi utilizado o marco teórico de Lynn Hunt, quem atribui à categoria de direitos humanos a peculiaridade da “autoevidência”. Isso significa dizer que os direitos humanos não possuem um marco de surgimento, e sim que eles sempre existiram e passaram apenas a se tornar evidentes.

No pensamento de Lynn Hunt, essa "autoevidência" se justifica através de uma série de mudanças sociais e experiências culturais vividas pelas sociedades do século XVIII, abrindo espaço para o surgimento da autonomia individual e da empatia, dois pressupostos sobre os quais, segundo ela, se apoia a noção de direitos humanos.

Ao longo do trabalho, detalha-se a existência de um desses sistemas regionais, qual seja, o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. O sistema regional que visa regulamentar toda e qualquer violação que venha a ser praticada por um país signatário do Pacto San Jose da Costa Rica.

Isso porque para que um sistema jurídico tenha força vinculante perante seus Estados, se faz por necessário, algum documento que assim o garanta. Essa máxima não é relativizada quanto ao Sistema Interamericano.

Todos os países que assinaram a Convenção Americana de Direitos Humanos (conhecida por Pacto San José da Costa Rica), aceitaram, por consequência, a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão julgador do Sistema Interamericano, no que diz respeito à temática relativa aos direitos humanos.

Além da Corte Interamericana, o Sistema também nos traz outro órgão tão importante quanto aquele, muito embora não tenha função jurisdicional. Trata-se da Comissão Interamericana, que é responsável pelo primeiro contato do particular com o Sistema Americano de Proteção aos Direitos Humanos.

Este órgão tem a função de realizar um juízo de admissibilidade e, posteriormente, tentar uma conciliação entre vítima e Estado repressor. Nos casos em que esta tentativa seja frustrada, a própria Comissão levará o caso concreto ao conhecimento da Corte para que esta proceda com o julgamento do Estado.

Dando continuidade, no terceiro capítulo, foi dissecado o conceito do fenômeno do transconstitucionalismo, através do estudo de Marcelo Neves. Nesse sentido, foram identificadas, nessa parte do trabalho, as categorias de transconstitucionalismo e de que forma elas se revelam nas discussões jurídicas.

Já no quarto e último capítulo, foram feitos os estudos de casos concretos, a fim de identificar o fortalecimento envidado às decisões proferidas

pelo STF, em decorrência do diálogo estabelecido com a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

# 1 A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA E INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O SURGIMENTO DE SISTEMAS GLOBAIS E REGIONAIS

## 1.1 SURGIMENTO E POPULARIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS, A PARTIR DO CONCEITO DE EMPATIA DE LYNN HUNT

Lynn Hunt dá início ao seu estudo, através da verificação de uma incongruência na definição do que seriam os direitos humanos: a questão da autoevidência. O questionamento feito pela historiadora era como é que os direitos humanos tornaram-se "autoevidentes" no século XVIII, ao ponto de ninguém ter necessidade de fundamentar a sua existência ou delimitar o seu conteúdo — simplesmente se sabia que ele "estava lá"?

No raciocínio de Lynn Hunt, essa "autoevidência" teve por causa uma série de mudanças sociais e experiências culturais por que passaram as sociedades do século XVIII, que ocasionaram o surgimento da autonomia individual e da empatia, dois pressupostos sobre os quais, segundo ela, se apoia a noção de direitos humanos.

Meu argumento depende da noção de que ler relatos de tortura ou romances epistolares teve efeitos físicos que se traduziram em mudanças cerebrais e tornaram a sair do cérebro como novos conceitos sobre a organização da vida social e política. Os novos tipos de leitura criaram novas experiências individuais (empatia) que por sua vez tornaram possíveis novos conceitos sociais e políticos (os direitos humanos). [...] Acredito que a mudança social e política — nesse caso, os direitos humanos— ocorre porque muitos indivíduos tiveram experiências semelhantes, não porque todos habitassem o mesmo contexto social, mas porque, por meio de suas interações entre si e com suas leituras e visões, eles realmente criaram um novo contexto social. [...] Qualquer relato de mudança histórica deve no fim das contas explicar a alteração das mentes individuais. Para que os direitos humanos se tornassem autoevidentes, as pessoas comuns precisaram ter novas compreensões que nasceram de novos tipos de sentimentos.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 32.

Segundo Hunt,<sup>3</sup> os direitos humanos são difíceis de determinar porque sua definição, e mesmo sua existência, dependem tanto das emoções quanto da razão. A reivindicação de autoevidência se baseia num apelo emocional: ela é convincente se ressoa dentro de cada indivíduo.

Como já indicava Diderot, a qualidade mais importante dos direitos humanos é que eles requeriam certo "sentimento interior" amplamente partilhado (empatia).

Ao lado da empatia, o outro sentimento por trás dos direitos humanos é a autonomia. O que dava sustentáculo ao ideal de liberdade e de direitos era um aglomerado de inferências acerca da autonomia individual.

Em sua obra, o filósofo contemporâneo Schneewind<sup>4</sup> examinou "a invenção da autonomia" (título este que futuramente deu nome à sua conhecida obra). Através desse estudo, o autor afirma que a autonomia, sob o prisma da moral, surgiu no fim do século dezoito, fundada na máxima de que todas as pessoas ditas como normais são igualmente capacitados de viver em sociedade, numa espécie do que foi denominado "moralidade de autocontrole".

Nestes termos, percebe-se que duas peculiaridades entrelaçadas, todavia diferentes, estavam envolvidas: a habilidade de estabelecer raciocínios e a liberdade de tomar decisões por si mesmo.

No entendimento de Claude Lefort,<sup>5</sup> os direitos humanos não podem ser definidos definitivamente porque a sua base emocional continua a se deslocar, em parte como reação às declarações de direitos. Os direitos permanecem sujeitos à discussão porque a percepção de quem tem direitos e do que são esses direitos muda constantemente. Logo, a revolução dos direitos humanos é, por definição, contínua.

No século XVIII uma série de mudanças sociais, como a proliferação dos jornais e dos ditos romances epistolares imensamente populares sobre o amor e o casamento, contribuiu para uma real percepção da separação e do autocontrole dos corpos individuais, junto com a possibilidade de empatia do outro.

---

<sup>3</sup> HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

<sup>4</sup> SCHNEEWIND, Jerome B. **A invenção da autonomia**. São Paulo: Unisinos, 2001, p. 67.

<sup>5</sup> LEFORT, Claude. **A invenção democrática**: os limites da dominação totalitária. São Paulo: Autêntica Editora, 2011, p. 113.

Essas experiências ajudaram a difundir as práticas da autonomia e da empatia, criando o que Benedict Anderson<sup>6</sup> chama de "a comunidade imaginada", concepção que serve como fundamento dos direitos humanos. É imaginada não no sentido de ser inventada, mas no sentido de que a empatia requer a possibilidade de imaginar que alguma outra pessoa é como você.

Além disso, Lynn Hunt<sup>7</sup> acrescenta:

[...] os relatos de tortura produziam essa empatia imaginada por meio de novas visões da dor. Os romances geravam-na induzindo novas sensações a respeito do eu interior. Cada um à sua maneira reforçava a noção de uma comunidade baseada em indivíduos autônomos e empáticos, que podiam se relacionar com valores universais maiores, para além das famílias imediatas, das associações religiosas, ou mesmo das nações.

O argumento de Hunt está baseado na concepção de que o fato de ler relatos que abordavam temáticas como a tortura ou até mesmo ler os romances epistolares proporcionou consequências físicas que se transpassaram em mudanças de intelecto, libertando ideias como novas definições acerca da sistematização da vida social e política.

Em outras palavras, os novos hábitos de leituras, que antes não aconteciam, trouxeram à tona experiências individuais inovadoras (a empatia), as quais, por seu turno, tornaram viáveis a utilização de nova visão social e política (os direitos humanos em si).

## 1.2 AS DECLARAÇÕES UNIVERSAIS E A REGULAMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Muito se discute acerca do marco inicial da regulamentação dos direitos humanos no mundo. Alguns autores afirmam que sua efetividade só se deu após a declaração Universal de 1948, outros consolidam a aparição do mesmo com a Revolução Francesa, datada de 1789. Tudo depende de um ponto de vista. A realidade, é que, aliado à tese da historiadora Lynn Hunt, os direitos

---

<sup>6</sup> ANDERSON, Benedict. **Imagined Communities**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 25.

<sup>7</sup> HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 30.

(subjetivos) humanos são coexistentes, através de uma ficção jurídica, com a própria inexistência de condições mínimas de sobrevivência necessárias a um cidadão, independente de cor, gênero, raça, sexo etc.

Para Celso Ribeiro Bastos,<sup>8</sup> o melhor conceito para direito subjetivo

É a situação jurídica consagrada por uma norma em que o titular tem direito a um determinado ato, face ao seu destinatário, que por sua vez tem o dever de praticar esse ato. O direito subjetivo se concretiza em determinados indivíduos que se tornam legitimados para perseguirem a sua realização.

Partindo desta premissa, na Antiguidade, os bárbaros sofriam sérias discriminações. Logo depois, surgiu o cristianismo, afirmando que todos os homens nasciam livres e iguais. Em contrapartida, a escravidão, em épocas modernas, foi apoiada e implantada pelas autoridades cristãs, clara e explicitamente em contraste com a doutrina de liberdade e igualdade, anteriormente proclamada.

Além disso, as várias declarações de direitos firmados por países, excluía determinadas pessoas da condição de detentor dos direitos do homem. O *Bill of Rights*, por exemplo, não considerava os negros escravos iguais aos homens livres, sendo exclusivamente estes os possuidores de certos direitos. Seguindo o mesmo raciocínio, no entanto, relativo às mulheres, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa não considerava as mulheres como sujeitas de direitos iguais aos dos homens.

### **1.2.1 A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e a Revolução Francesa**

Indubitavelmente, a Revolução Francesa foi de enorme contribuição para a consagração dos direitos do homem. O manifesto revolucionário da nova França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, estabeleceu princípios inovadores que marcaram a história dos direitos do homem, no mundo como um todo e serviu como embasamento para a futura Constituição Francesa de 1791.

---

<sup>8</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 226.

Liberdade de opinião, liberdade de expressão, liberdade religiosa e expressões como “a lei deverá ser a mesma para todos”, preencheram algumas lacunas que amedrontavam os franceses, naquela época.

No entanto, neste mesmo diapasão, desta vez analisando de forma contrária e, mais uma vez, utilizando as sábias palavras de José Damião:<sup>9</sup>

Houve outros silêncios eloquentes de várias das dimensões da igualdade evitadas pelos constituintes: o sufrágio universal nem sequer foi mencionado, a igualdade entre sexos não chegou a ser cogitada (o “homem” do título da Declaração era mesmo só o do gênero masculino) [...] o direito do trabalho foi esquecido etc. [...] Assim, tão importante quanto às ideias que a Declaração contém são as ideias que ela não contém.

A Declaração e, conseqüentemente, sua famosa tríade “Liberdade, Igualdade e Fraternidade” foi o estopim do antigo regime, abrindo caminho, então, para a proclamação da República Francesa.

### 1.2.2 A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948

A consequência trazida pela Segunda Guerra Mundial foi um elevadíssimo número de mortos e feridos, que superou qualquer número anteriormente já atingido por qualquer outra guerra. Outrossim, foi causadora de uma brusca mudança no mundo inteiro. Leonardo Jun Ferreira Hidaka<sup>10</sup> afirma, no mesmo sentido, que

[...] o mundo testemunhou o início de uma era atômica e a dizimação de um número incontestável de seres humanos, na sua maioria civis, estimados em cinquenta e cinco milhões, o que significou a ruptura da ordem internacional com os direitos humanos, notadamente pela frustração do objetivo de manter a paz nacional e pelo tratamento cruel dispensado aos prisioneiros de guerra. Durante este período, a violação aos direitos humanos foi tamanha, que com o seu fim, as pessoas foram como que obrigadas a voltar a sua atenção para o tema.

---

<sup>9</sup> TRINDADE, José Damião de Lima. **História Social dos Direitos Humanos**. São Paulo: Petrópolis, 2003, p. 55.

<sup>10</sup> HIDAKA, Leonardo Jun Ferreira. Introdução ao direito internacional dos direitos humanos. In LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto. **Manual de direitos humanos internacionais**. Acesso aos sistemas global e regional de proteção dos direitos humanos. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 24.

Então, em 1945, diante desses destroços deixados como consequência das duas guerras mundiais, dos regimes totalitários, do extermínio dos judeus com a era Hitler e do lançamento da bomba atômica que atingiu Hiroshima e Nagasaki, foi criada, mediante ajuste das grandes potências nacionais, a Organização das Nações Unidas (ONU), tendo sido estabelecido como sua premissa maior garantir a paz mundial, promovendo a efetivação do que era chamado na época de “direitos naturais”.

Pouco mais de três anos após a criação da ONU, em 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas, enxergou a necessidade de estabelecer uma espécie de pacto internacional que tornasse viável a reconstrução de uma paz duradoura no mundo. Foi então criada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, posteriormente conhecida somente por Declaração Universal de 1948, dando forma e embasamento jurídico aos direitos do homem, os quais ainda careciam de aplicabilidade.

Logo em seu primeiro artigo, a declaração não se intimida em fazer referência aos direitos naturais (motivo ensejador da criação da ONU): “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. São dotadas de razão e de consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.<sup>11</sup>

Os redatores da Declaração Universal de 1948, também não hesitaram ao, intencionalmente, utilizar de expressões que deixasse claro a mesclagem das três principais correntes ocidentais, no intuito de encontrar um ponto de consenso, o mais amplo possível. Sendo assim, empregou três palavras de ordem da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

Norberto Bobbio<sup>12</sup> comenta com grande maestria tal fato:

Considero um sinal dos tempos o fato de que, para tornar sempre mais irreversível esta radical transformação das relações políticas, convirjam, sem se contradizer, as três grandes correntes do pensamento político moderno: o liberalismo, o socialismo e o cristianismo social.

---

<sup>11</sup> NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro, dez. 2009. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2018, p. 4.

<sup>12</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 262.

A realidade mundial naquele momento era a existência de dois grandes blocos do pós-guerra, o bloco socialista e o bloco capitalista, com interesses totalmente adversos. O advento da Declaração Universal de 1948 unificou o conjunto de direitos das revoluções burguesas (direitos civis e políticos), estendendo-os a uma série de pessoas que anteriormente não eram consideradas sujeitos de tais direitos, com os direitos defendidos pela tradição socialista (direitos econômicos e sociais).

Diante dessa negociação entre os personagens principais da Guerra Fria, houve um certo consenso, apesar das divergências. Foi nesse período que, com a Declaração Universal de 1948, os direitos humanos suplantaram os limites territoriais e tomaram conta do cenário internacional. Assim ensina André de Carvalho Ramos:<sup>13</sup>

Depois de 1948, a proteção dos direitos humanos fica a cargo de um conjunto de normas, previstas em declarações e tratados, visando à garantia da dignidade da pessoa humana. Essa rede de proteção legal ficou definida como o Direito Internacional dos Direitos Humanos, ou seja, conjunto de direitos e faculdades que garante a dignidade da pessoa humana e se beneficia de garantias internacionais institucionalizadas.

### 1.3 INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A FORMAÇÃO DA SOCIEDADE MUNDIAL

Em face às atrocidades que vinham acontecendo no mundo, a sociedade despertou para buscar uma verdadeira e efetiva proteção de uma série de direitos que possibilitariam uma vida digna.

As pessoas passaram a se revestir de uma preocupação da qual antes não se tinha tanto conhecimento. A população iniciou um processo de conscientização, cujo efeito foi a conclusão de que a existência de um instituto (com representatividade internacional) com habilidade para viabilizar a garantia dos direitos humanos, provavelmente seria capaz também de impedir a

---

<sup>13</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**: análise dos sistemas de apuração de violação de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002b, p. 25.

repetição de uma sequência de atos truculentos, como vinha acontecendo, cuja plateia foi o mundo, e as vítimas, a própria raça humana.

Para isso, os cidadãos entenderam que a proteção a que eles buscavam só seria viável com a transcendência territorial dos seus respectivos Estados, tendo em vista que se tratava de assunto de interesse da comunidade internacional, como um todo. Nesse sentido, Thales de Miranda:<sup>14</sup>

A internacionalização das relações políticas e econômicas e o desenvolvimento dos princípios de Direito Internacional Público fortalecem, assim, a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado ao Estado. Não deve se restringir, confinar-se às muralhas, à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva, porque revela tema de legítimo interesse da comunidade internacional, na medida em que esta consagra parâmetros mínimos a serem respeitados pelos Estados nas relações entre eles e entre estes e grupos de indivíduos na ordem internacional.

Mesmo revestida dessa característica de transcendência territorial, a jurisdição internacional e o acesso a ela, fica, de certa forma, dependente da exaurição dos mecanismos internos.

Os casos só poderiam ser submetidos à análise das Cortes Internacionais, nas situações em que fora trazido a tona o que preceitua o princípio da complementaridade. Sendo assim, somente se enquadraria nessas circunstâncias aqueles casos em que primeiramente tiveram esgotadas, na justiça interna, as possíveis maneiras de se assegurar o respeito aos direitos humanos. Bem como afirma Piovesan:<sup>15</sup>

A sistemática internacional só pode ser invocada quando o Estado se mostrar omissos ou falho na tarefa de proteger os direitos fundamentais. Só após do fracasso de tais meios internos, pode a vítima aceder aos mecanismos internacionais.

---

<sup>14</sup> MIRANDA, Thales de. **Soberania e jurisdição internacional face ao movimento de internacionalização dos direitos humanos**. [S.l.:s.n.], p. 6. Disponível em: <[https://www.iabnacional.org.br/mais/iab-na-imprensa/download/372\\_f0a7b6f4d65d489543898882f6ef9b26](https://www.iabnacional.org.br/mais/iab-na-imprensa/download/372_f0a7b6f4d65d489543898882f6ef9b26)>. Acesso em: 20 jan. 2018.

<sup>15</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 282.

Desta forma, percebe-se o notório e fundamental papel que a justiça internacional representa na tutela dos direitos humanos, suprindo a deficiência estatal ao conceder acesso à justiça, quando negada na esfera nacional.

Neste panorama, a sociedade moderna se exhibe como “mundial” no sentido literal da expressão, uma vez que se denota a partir de uma construção social que se desassocia das instituições políticas nacionais (territoriais) e transcende as demarcações estatais.

Neves<sup>16</sup> alerta ao fato de que a “sociedade mundial” não deve e não pode ser confundida com a simples “ordem internacional” ou com a “globalização”. A ordem internacional nada mais é que uma das extensões da sociedade mundial, ao passo que a globalização é a repercussão das relações travadas pela sociedade mundial.

#### 1.4 UNIVERSALISMO E RELATIVISMO CULTURAL

Os direitos humanos tornaram-se motivo ensejador de preocupação mundial, o que deu embasamento para sua universalização, desenvolvendo o que se chama hoje de “Direito Internacional dos Direitos Humanos”. O indivíduo passou a ser protegido só por ser um ser humano, consubstanciando-se em sujeito de Direito Internacional.

Os Estados passaram, através de uma edificação normativa, a serem responsáveis por seus atos, quando estes não forem suficientes em dar segurança jurídica necessária aos direitos dos seus cidadãos. O desejo da sociedade em preservar a dignidade da pessoa humana tentava relativizar o absolutismo estatal.

A lógica dessa universalização consiste no fato de que toda pessoa antes de pertencer ao seu respectivo Estado, ela é considerada cidadã do mundo. Essa condição, portanto, lhe garante direitos universalmente protegidos, os quais não devem e não podem ser violados nem pelo Estado da qual ela é nacional, nem muito menos, por outro qualquer.

Dessa condição de que todos são cidadãos do mundo, vem à tona a noção de que todos os seres humanos são dignos do respeito a tais direitos.

---

<sup>16</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

Sendo todos iguais, haja vista, ninguém poder ser mais ou menos humano que o próximo, são garantidos a todos, independentemente de cor, raça, sexo, nacionalidade ou qualquer outra característica pessoal.

Entretanto, esse conceito universalista não é absoluto em todo o seu teor. Será absoluto quando fizer referência à expressão “universal” no sentido de que todos gozam das garantias asseguradas. No entanto, no que diz respeito ao âmbito cultural, esse conceito sofre uma notória relativização.

Não se pode simplesmente desmerecer todo o processo histórico, social, político, econômico de uma sociedade. Os valores sociais de um determinado grupo será sempre intimamente ligado à cultura daquele respectivo Estado, tornando-se visivelmente inviável a imposição do “universalismo” no tocante às condições culturais de cada povo. Neste mesmo sentido, afirma Leonardo Hidaka,<sup>17</sup>

Conforme o entendimento dos adeptos do relativismo cultural, no entanto, a moral tem suas origens ligadas ao desenvolvimento histórico e sociocultural de cada sociedade, não se podendo, portanto, tentar estabelecer uma moral universal e impô-la a todos os povos, visto que cada um tem os seus valores e o seu entendimento peculiar sobre a moral. Além disso, segundo os relativistas, os valores de cada sociedade são também influenciados pelo nível de desenvolvimento econômico e pelo sistema político sob o qual vivem as pessoas. Assim sendo, ante a diversidade cultural não pode prevalecer o universalismo.

Em uma de suas obras, o filósofo francês Frédéric Nef<sup>18</sup> apresenta o debate entre universalismo e relativismo como duas formas diferentes de conceber o mundo: é ele um conjunto de singularidades ou de semelhanças?

Enquanto o foco do relativismo está nas singularidades – a particularidade de tudo que existe –, a atenção do universalismo se volta para as semelhanças, construindo classes de definições ou princípios universais que sustentam e estruturam a realidade.

---

<sup>17</sup> HIDAKA, Leonardo Jun Ferreira. Introdução ao direito internacional dos direitos humanos. In LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto. **Manual de direitos humanos internacionais**. Acesso aos sistemas global e regional de proteção dos direitos humanos. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 34.

<sup>18</sup> NEF, Frédéric. **Qu'est-ce que la métaphysique**. Paris: Gallimard, 2004, p. 23-29.

A partir do momento em que o homem é situado no cerne desse entrave, o questionamento é elaborado da seguinte forma: cada homem é, em si, único e singular, diferente de todos os outros que já existiram e de todos que ainda vão vir a existir, e, no entanto, qual peculiaridade que, em cada ser humano, faz olvidar essas distinções e remetê-lo a uma definição universal e chama-lo simplesmente de “homem”?

Efetivamente, o debate entre universalismo e relativismo é excessivamente extenso

De fato, a discussão entre universalismo e relativismo é demasiado extensa, e se demonstra, em um primeiro momento, como uma questão filosófica. Contudo, versões desse mesmo debate se desenvolveram no contexto de vários outros debates – jurídicos, políticos, culturais –, e em vários pontos da história.

#### 1.4.1 Viés filosófico

"Revisitar" essa dicotomia, nos dias de hoje – "pós-modernos" e "líquidos", segundo Bauman,<sup>19</sup> "hipercomplexos" dizem Luhmann e Neves,<sup>20</sup> "desencantados", chama Marcel Gauchet<sup>21</sup> –, parece, principalmente, buscar uma solução para o problema da (im)possibilidade de se encontrar bases ou valores comuns em um mundo caracterizado, precisamente, pela ausência de um terreno axiológico comum.

É o que João Maurício Adeodato<sup>22</sup> chama de "abismo axiológico" do mundo que sobreveio a modernidade. Marcelo Neves,<sup>23</sup> apoiando-se na teoria sistêmica de Luhmann, chama de "dissenso estrutural" da sociedade contemporânea.

---

<sup>19</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 102.

<sup>20</sup> LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade. In: NEVES, Clarissa Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). **Niklas Luhmann: A nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1997.

<sup>21</sup> GAUCHET, Marcel. **Un monde désenchanté?** Paris: Les Éditions de L'Atelier, 2004.

<sup>22</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2006.

<sup>23</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – O Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

O autor Rui da Cunha Martins<sup>24</sup> fala da convivência simultânea de múltiplos paradigmas na modernidade, afirmando, com efeito, que nos dias de hoje "apenas o simultâneo é paradigmático".

Hannah Arendt, por sua vez, em *Entre o passado e o futuro*<sup>25</sup> ou ainda em *A vida do espírito*,<sup>26</sup> falava do rompimento de um fio condutor que guiava os homens na interpretação do seu passado comum, representado pela tradição, pela autoridade e pela religião. Uma vez rompido, os homens viram-se livres para interpretar e organizar livremente os conceitos, sentidos e símbolos do passado, livres de semânticas pré-estabelecidas.

O existencialismo de vertente sartriana, por exemplo, parece ter encontrado uma solução convincente para esse problema. O ponto de partida é a própria existência do homem: não há nada preexistente ao homem que lhe determine um sentido ou uma forma de ser. Antes, é o próprio homem, a partir do simples fato da sua existência, que escolhe qual "versão" de uma humanidade ele deseja realizar em si — tudo isso ficou bastante bem resumido no repisado slogan de que a "existência precede a essência".

O homem primeiro é, para depois fabricar, tecer, construir, a partir de si mesmo, a ideia ou o conceito de "homem. Não existe um ideal universal de homem que deva ser aplicado a cada homem em particular, mas cada indivíduo é que deve buscar realizar a sua própria versão desse ideal.

É importante conhecer a dimensão filosófica desse debate entre universalismo e relativismo por duas razões principais: primeiro, porque ele se desdobra, como adiantado acima, em muitas outras dimensões, sendo uma questão latente do mundo contemporâneo; segundo, porque as soluções para essas questões contemporâneas guardam, no mais das vezes, semelhanças com as soluções que foram encontradas pela filosofia.

---

<sup>24</sup> MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito**. São Paulo: Atlas, 2003.

<sup>25</sup> ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. 4. ed. Tradução de Mauro Barbosa. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

<sup>26</sup> ARENDT, Hannah. **A vida do espírito**. Tradução de Cesar Almeida e outros. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

### 1.4.2 Viés cultural

Pensar a cultura em termos de uma dicotomia entre universalismo e realismo implica escolher seguir por uma das duas vertentes: ou há valores, tradições, normas e outras coisas que compõem a produção cultural que podem ser consideradas universalmente válidas e superiores a outras formas de cultura — haveria, pois, uma "essência" ou "ideal" de cultura ; ou a cultura é algo completamente particular a um determinado grupo humano, sendo descabidas comparações ou julgamentos de valor de uma cultura em relação a outra.

Escolher seguir por qualquer uma dessas vertentes é perigoso e problemático. O universalismo cultural já possui, de cara, um grande problema: como discernir quais seriam os traços dessa "cultura ideal"? Corre-se o sério risco de incorrer numa espécie de imperialismo cultural, no qual os valores de uma cultura são impostos às outras não porque haja um consenso de que eles sejam "melhores", mas por outros fatores paralelos que possam estar associados a essa cultura, como hegemonia econômica ou militar.

Por outro lado, incorrer num relativismo absoluto é, como nota Galindo, seguindo aqui ensinamento de Sartori, profundamente acrítico: termina-se sem poder afirmar nada sobre coisa alguma e constrictos ao silêncio mesmo diante do que possa ser considerado uma injustiça flagrante.

A grande questão com a qual somos confrontados, portanto, consiste em saber se seria possível encontrar uma forma de universalismo respeitosa dos relativismos, ou um relativismo que tivesse em conta valores universais. Relembrando os termos em que Frédéric Nef apresentava o debate: o que pode haver de semelhante em um mundo marcado, essencialmente, pelas diferenças, pelas particularidades, pela hipercomplexidade; um mundo predominantemente multipolar?

Da mesma forma como os filósofos encontraram caminhos para continuar com uma filosofia "pós-metafísica", não mais voltada para ideais, essências ou verdades absolutas, vários pensadores tentaram apresentar soluções para o problema da dicotomia entre universalismo e relativismo cultural.

O primeiro passo, talvez, seja reconhecer que essa é uma falsa dicotomia, como sugere Boaventura de Sousa Santos em *Para uma concepção multicultural de direitos humanos*.<sup>27</sup> Para usar aqui a distinção feita por Richard Rorty em *Philosophy and social hope*,<sup>28</sup> a dicotomia entre universalismo e relativismo não é um problema achado (found) na natureza pela observação de uma mente que simplesmente constata como as coisas são.

Antes, ele é um problema criado (made) pela filosofia tradicional, que pretendia produzir verdades absolutas e universais, um beco sem saída ao qual nós somos conduzidos ao seguirmos esses cânones de pensamento e deixarmos-nos guiar por sua linguagem e conceitos.

Com efeito, uma forma de resolver o impasse entre universalismo e relativismo cultural é abordar essa questão de uma perspectiva sartriana, existencialista. Primeiro, reconhecendo que culturas diversas simplesmente existem, circunstância que Boaventura de Sousa Santos<sup>29</sup> chama de "multiculturalidade". A multiculturalidade, por si só, já sugere a impossibilidade de que qualquer cultura seja completa, absoluta, universal – como observa Bruno Galindo, no rastro do pensamento de Boaventura de Sousa Santos.

Em segundo lugar, é mister reconhecer que a particularidade de cada cultura não impede que ela possa realizar, a partir de si mesma, uma versão do que seja universal – até porque a "universalidade" das coisas não é um dado encontrado na natureza, mas antes construído, arquitetado e almejado a partir das experiências intersubjetivas. Cada cultura, pois, a partir da sua relatividade e à sua própria maneira, aspira a valores e preocupações universais. A existência, como ensina Sartre, necessariamente precede a essência.

Para Boaventura de Sousa Santos,<sup>30</sup> a chave do problema está em desenvolver um método que permita o diálogo intercultural, isto é, a compreensão de uma cultura a partir das premissas de outra cultura – é o que ele chama de "hermenêutica diatópica": um diálogo entre universos de sentido diferentes, realizado com um pé em cada cultura, a fim de aumentar ao máximo

---

<sup>27</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma concepção multicultural de direitos humanos**. [S.l.]: Centro de Estudos Sociais, 1997.

<sup>28</sup> RORTY, Richard. **Philosophy and Social Hope**. England: Penguin Books, 1999.

<sup>29</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma concepção multicultural de direitos humanos**. [S.l.]: Centro de Estudos Sociais, 1997.

<sup>30</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma concepção multicultural de direitos humanos**. [S.l.]: Centro de Estudos Sociais, 1997.

a consciência de suas próprias incompletudes e a compreensão recíproca. A hermenêutica diatópica sugere uma produção de conhecimento horizontal, transversal, colaborativa, intersubjetiva.

Nesse entrave entre universalização e relativismo cultural, não necessariamente uma concepção exclui a outra. A diversidade cultural existe inegavelmente. Porém essa heterogeneidade cultural não pode existir como espécie de fundamento para realização de qualquer ato que afronte ou venha afrontar a dignidade da pessoa humana. A diversidade deve ser motivo para que se amplifique os direitos e não para que os restrinja. Como ensina Leonardo Hidaka<sup>31</sup>

Todas as culturas possuem concepções de dignidade da pessoa humana, e a maioria, de direitos humanos, mas todas são incompletas e problemáticas, sendo necessário aumentar a consciência de incompletude para a construção de uma concepção multicultural de direitos humanos. A diversidade cultural, em vez de empecilho, deve ser um motivo para incrementar o conteúdo dos direitos humanos, pois, quanto maior a discussão em torno dos sob diversos pontos de vista, mais completo e multiaplicáveis eles se tornariam.

## 1.5 REGIONALIZAÇÃO DO SISTEMA GLOBAL

A criação sistema global de proteção aos direitos do homem, se desdobrou em alguns sistemas normativos regionais, contudo ainda internacionais. Estes buscam aprimorar o sistema global, complementando ou auxiliando de certa forma.

Os sistemas regionais abarcam, em seus ordenamentos, características específicas de cada determinada região. Por exemplo, um sistema global único não teria condições de se submeter às inúmeras diversidades de cada região, suas especificidades culturais e sociais etc.

Portanto, o surgimento dos sistemas internacionais específicos, como é chamado por alguns doutrinadores, com esse intuito de um maior cuidado com a personalidade da vítima, tem por consequência uma proteção muito mais

---

<sup>31</sup> HIDAKA, Leonardo Jun Ferreira. Introdução ao direito internacional dos direitos humanos. In LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto. **Manual de direitos humanos internacionais**. Acesso aos sistemas global e regional de proteção dos direitos humanos. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 34.

efetiva e eficaz de seus direitos. Piovesan,<sup>32</sup> mais uma vez, com maestria, preceitua:

Os sistemas regionais e global podem conviver conjuntamente, na verdade, eles não são incompatíveis, mas ambos são complementares. Isso se deve ao fato de que ambos utilizem os valores e princípios trazidos pela a Declaração Universal para o campo instrumental da proteção de direitos humanos. Portanto, ambos possuem o objetivo de proteger os direitos fundamentais, interagindo para a proteção do indivíduo e não poderiam, desta maneira, ser dicotômicos.

Diante de inúmeras possibilidades de acesso à justiça para que se garanta a efetiva proteção aos direitos intrínsecos ao homem, cabe ao indivíduo, melhor dizendo, à vítima eleger o mais adequado sistema para protegê-lo. Caso exista algum certo tipo de conflito, entre sistemas distintos, no que diz respeito a aplicabilidade de algum direito, a interpretação, obrigatoriamente, far-se-á em favor da vítima.

O instrumento global atua como uma espécie de base normativa, um mínimo de regras das quais o sistema regional se aproveita para ir mais além. Os sistemas regionais, então, poderão estabelecer suas peculiaridades e se aperfeiçoar, desde que respeitem as margens normativas estabelecidas pelo sistema global. Entende-se, portanto, que os sistemas regionais assumem um caráter subsidiário, no que diz respeito ao global. Ainda utilizando as palavras de Piovesan:<sup>33</sup>

Logo, os sistemas globais não são dicotômicos, mas, ao revés, são complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõe o universo instrumental de proteção dos direitos humanos, no plano internacional. Em face deste complexo universo de instrumentos internacionais, cabe ao indivíduo, que sofreu violação de direito, a escolha do aparato mais favorável [...].

Um exemplo capaz de sintetizar toda essa situação, possibilitando visualizar este caso, no dia-dia, é a prática de tortura. A tortura é a imposição

---

<sup>32</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 312.

<sup>33</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 323.

de dor física ou psicológica que se pratica por crueldade, intimidação, punição, para obter informações etc. O combate à tortura é uma das coisas mais frequentes, tratando-se de declarações e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos.

Cabe, portanto, dentre os inúmeros tratados em que preceituam a prática de tortura como uma espécie de violação do direito à dignidade humana, ao indivíduo torturado o poder de escolher o instrumento que ele entender mais favorável para a proteção de seus direitos, tendo em vista que a primazia é da norma mais favorável à vítima.

O desígnio de insistir na coexistência desses distintos mecanismos jurídicos que visam garantir direitos idênticos, tem por objetivo conceder-lhe uma maior amplitude no seu bojo normativo e corroborar com a proteção dos direitos e garantias que asseguram uma vida digna.

No limite territorial americano, a Organização dos Estados Americanos construiu um sistema que visa a proteção dos direitos humanos, constituído por dois órgãos fiscalizadores, quais sejam, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. As funções são estabelecidas de tal forma que o dever jurisdicional é de responsabilidade da Corte Interamericana.

A delimitação de sua competência é simplesmente a aceitação, por parte dos Estados, de sua jurisdição. Logo, os Estados que se dispuserem a aceitar a jurisdição da Corte, ficarão por ela, submetidas a julgamento, nas situações em que vierem a violar algum direito que garanta a dignidade da pessoa humana.

## 2 O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

### 2.1 CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos é constituído basicamente por dois principais regimes, quais sejam, A Convenção Americana de Direitos Humanos e outro baseado na Carta de Organização dos Estados Americanos. Dentre estes dois, o primeiro teve mais destaque no âmbito internacional e prevalece nos casos concretos, nos quais se envolvem Estados americanos.

Apesar de ser considerado um dos institutos de maior importância para as Américas, não se pode dizer que a Convenção Americana regulamentariza a totalidade dos Estados americanos. Foi assinada em San José, na Costa Rica, no ano de 1969, entrando em vigor, posteriormente, no ano de 1978. O pré-requisito mais imprescindível é a qualidade de Estado Americano. Piovesan e Luiz Flávio Gomes<sup>34</sup> assinalam que

Somente Estados-membros da Organização dos Estados Americanos têm o direito de aderir à Convenção Americana. Segundo dados da Organização dos Estados Americanos, dos 35 (trinta e cinco) Estados-membros da OEA, somente 25 (vinte e cinco) Estados são hoje partes da Convenção Americana.

Considerando o entendimento de Boaventura, vale lembrar que direitos do homem são aqueles inerentes a todos os cidadãos e não precisam estar escritos para serem respeitados. Por outro lado, a partir do momento que tais direitos passam a estar consignados e escritos em uma determinada Constituição, eles são denominados direitos fundamentais.

Logo, os tratados internacionais reforçam a proteção desses direitos, já consignados internamente, impondo o respeito a eles, mediante documentos de força internacional, os quais os países assinam com a convicção de que vão assistencializar a proteção de tais garantias.

---

<sup>34</sup> PIOVESAN, Flávia; GOMES, Luiz Flávio. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2000, p. 30.

A Convenção Americana está inserida no Sistema Regional Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. Primeiramente, o sistema regional foi criado através da Carta da Organização dos Estados da América, em 1948, em Bogotá na Colômbia. Essa carta foi capaz de criar o Sistema Regional Interamericano, reservando a proteção dos direitos, relativos aos Estados-membros das Américas.

Foi estabelecida, de forma genérica, a maneira como os direitos seriam protegidos por esse Sistema Regional Interamericano. Os direitos que seriam assegurados seriam aqueles já previstos na *Declaração Americana De Direitos e Deveres Do Homem*, que, coincidentemente, também é datada do ano de 1948, igualmente assinada em Bogotá.

Sendo assim, a carta da Organização dos Estados da América, mais simplesmente conhecida por OEA, criou o sistema regional, em si, a medida que, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem delimitou quais seriam os direitos protegidos e assegurados por tal sistema.

Quando se diz que a OEA procedeu com a criação do próprio sistema, pode-se afirmar que ela estabeleceu os mecanismos que seriam utilizados por tal sistema para que se tornasse viável uma proteção aos direitos inerentes ao homem. Esses mecanismos seriam justamente a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, as quais seriam responsáveis pela efetivação da proteção dos direitos previstos no Pacto San José da Costa Rica. Segundo Piovesan,<sup>35</sup> “A Convenção Americana estabelece um aparato de monitoramento e implementação dos direitos que enuncia. Este aparato é integrado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana”.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é datada de 22 de novembro de 1969, entrando em vigor no dia 18 de julho de 1978, quando obteve um mínimo de 11 ratificações, ou seja 11 países que fazem parte dos Estados americanos vieram a aceitar a efetivação da Convenção Americana.

Se um país aderir a esse tratado (Convenção), ele deverá implementar de imediato a proteção a esses direitos. Grande parte dos direitos elencados

---

<sup>35</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos, globalização econômica e integração regional:** desajustes do direito constitucional internacional. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001, p. 33.

na Convenção Americana estão relacionados à primeira geração de direitos, ou seja, aqueles referentes à proteção direta de indivíduos.

Dentre eles, destacam-se: direito a integridade a vida, desde a concepção (inclusive aos presos); direito a liberdade de pensamento, de expressão, de reunião e de associação etc. Piovesan e Luiz Flávio Gomes<sup>36</sup> detalham o assunto:

Em face deste catálogo de direitos constantes da Convenção Americana, cabe ao Estado-parte a obrigação de respeitar e assegurar o livre e pleno exercício destes direitos e liberdades, sem qualquer discriminação. Cabe ainda ao Estado-parte adotar todas as medidas legislativas e de outra natureza que sejam necessárias para conferir efetividade aos direitos e liberdades enunciados.

Além disso, também são consignadas na Convenção Americana algumas normas proibitivas, tais como aquelas que proíbem a retroatividade da lei penal, salvo se para beneficiar o réu. Proíbe-se também a submissão à escravidão, a desigualdade perante à lei, seja ela por qualquer motivo.

Afora as normas permissivas e proibitivas, também são elencados alguns princípios que norteiam o funcionamento da própria jurisdição do Sistema Regional Americano. Um bom exemplo seria o princípio da celeridade que é assegurado na Convenção Americana, como forma de garantir a rapidez de solução de conflitos.

Além da primeira geração de direitos, também são estipulados direitos de caráter econômicos e sociais, que são chamados direitos de segunda geração.

No que se refere a divisão entre os mecanismos do Sistema Interamericano, tem-se que a Comissão Interamericana tem caráter administrativo, buscando fazer um contato entre a vítima (ou terceiro interessado em proteger a vítima) com o Estado repressor.

Vale dizer que o principal requisito para que exista esse primeiro contato é que o direito que supostamente tenha sido violado, necessariamente precisa

---

<sup>36</sup> PIOVESAN, Flávia; GOMES, Luiz Flávio. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2000, p. 31.

estar consignado no rol de direitos assegurados pela própria Convenção Americana.

Nesse contato, pode ser realizado uma série de medidas, quais sejam, relatórios, requerimento de informações etc. Mediante esse intermédio, pode ser possível convaler uma possível solução para cada caso em tela, como por exemplo, o Estado violador se convença de que realmente existiu violação por sua parte e venha a promulgar uma lei que possa beneficiar a vítima ou sanar aquela lesão.

Entretanto, a solução que a Comissão é capaz de instituir precisa ser absolutamente administrativa, por meio de recomendações, as quais o Estado aceita voluntariamente ou não.

Nos casos em que a intervenção da Comissão não proporcionar o esperado, não conseguindo solucionar o embate, a Comissão poderá denunciar o caso para a Corte Interamericana. Mais uma vez, as palavras de Piovesan e Gomes:<sup>37</sup>

Feito o exame da matéria, a Comissão se empenhará em buscar uma solução amistosa entre as partes (o denunciante e o Estado). Se alcançada a solução amistosa, a Comissão elaborará um informe que será transmitido ao peticionário e aos Estados-partes da Convenção sendo comunicado posteriormente à Secretaria da Organização dos Estados Americanos para publicação. Esse informe conterá uma breve exposição dos fatos e da solução alcançada. Entretanto, se não alcançada qualquer solução amistosa, a Comissão redigirá um relatório, apresentando os fatos e as conclusões pertinentes ao caso e, eventualmente, recomendações ao Estado-parte.

A Corte Interamericana além do caráter administrativo, possui também um perfil jurisdicional, característica esta que é unicamente sua. É conhecida como o órgão jurisdicional do Sistema Regional Interamericano. Em outras palavras, a Corte Interamericana é o instituto responsável pelo julgamento dos conflitos entre vítimas com direitos violados contra Estados repressores.

---

<sup>37</sup> PIOVESAN, Flávia; GOMES, Luiz Flávio. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2000, p. 39.

## 2.2 A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Além de estar prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos, a Comissão também tem previsão legal na Carta da Organização dos Estados Americanos, pelo que diz-se que tem uma natureza dúplice.

Sendo assim, é atribuído à Comissão uma natureza ambivalente, também chamado de desdobramento funcional. Entretanto, a Convenção Americana possui uma previsão da Comissão muito mais constrictiva, de forma a ser mais efetiva na resolução dos conflitos.

A Comissão tem desenvolvido uma atividade extremamente importante no que diz respeito à proteção dos direitos humanos em termos de Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, sistema regional das Américas.

É um órgão protetivo, integrante da Organização dos Estados Americanos, que tem características executivas. A partir do pós-2ª guerra mundial, os direitos humanos passaram a serem objetos de atenção internacional.

A sociedade internacional passou a se dedicar à temática dos direitos humanos e começaram a surgir entidades e documentos que visavam a sua proteção em âmbito internacional. Um bom exemplo foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto San José da Costa Rica.

Quanto às entidades, surgiu a ONU (Organização das Nações Unidas), uma espécie do que hoje se considera uma espécie de governo mundial. Uma entidade cujo ingresso é franqueado a qualquer país do mundo que tenha dentre as suas finalidades constitucionais a promoção dos direitos humanos. A ONU é uma entidade que coordena no âmbito mundial o processo de afirmação à proteção aos direitos humanos.

Ocorre que, paralelamente ao surgimento da ONU, surgiram outras entidades com o mesmo intuito só que no âmbito dos continentes. Primeiramente surgiu na Europa (Conselho da Europa), depois nas Américas (Organização dos Estados Americanos) e na África (União Africana).

Cada uma dessas entidades continentais (regionais) incluíram dentro dos seus propósitos a proteção aos direitos humanos, com a única ressalva que seria a restrição dessa proteção no tocante à região.

No âmbito americano, a Organização dos Estados Americanos instituiu como documento principal e mais abrangente a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica). O pacto estabeleceu que existiriam dentro do sistema dois órgãos responsáveis pelo monitoramento das obrigações internacionais, quais sejam estes órgãos, a Corte e a Comissão. Maria Beatriz Galli, Viviana Krsticevic e Ariel Dulitzky:<sup>38</sup>

O instrumento de maior importância no sistema interamericano é a Convenção Americana de Direitos Humanos. Esta Convenção foi assinada em San José, Costa Rica, em 1969, entrando em vigor em 1978. Somente Estados-membros da Organização dos Estados Americanos têm o direito de aderir à Convenção Americana.

A Comissão Interamericana é um órgão de perfil executivo, responsável pela fiscalização do cumprimento das obrigações internacionais por parte dos Estados-membro. Tem por finalidade promover e apurar os casos em que envolvam a violação de algum direito inerente ao homem, no território americano.

### **2.2.1 Composição e atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos**

A Comissão Interamericana é composta por sete membros, os quais devem preencher uma série de requisitos pré-estabelecidos para que seja possível a investidura em tal cargo. Os membros devem possuir um alto conhecimento em matéria de direitos humanos. Diz-se que devem ser honorários na temática referente aos direitos humanos. Além disso, também é requisito ter nacionalidade de algum país-membro da Organização dos Estados Americanos. Piovesan (2000, p. 33-34):

Quando à sua composição, a Comissão é integrada por sete membros de alta autoridade moral e reconhecida versação em

---

<sup>38</sup> GALLI, Maria Beatriz; KRSTICEVIC, Viviana; DULITZKY, Ariel E. A Corte Interamericana de Direitos Humanos: aspectos procedimentais e estruturas de seu funcionamento. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. In: PIOVESAN, Flávia; GOMES, Luiz Flávio (Org.). **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2000, p. 29.

matéria de direitos humanos, que podem ser nacionais de qualquer Estado-membro da Organização dos Estados Americanos. Os membros da Comissão são eleitos, a título pessoal, pela Assembléia Geral por um período de 4 (quatro) anos, podendo ser reeleitos apenas uma vez.

É vedada a composição dos membros da Comissão por mais de um integrante de um mesmo país da OEA. Logo, a Comissão será composta por sete membros de sete países distintos, os quais possuam notório saber jurídico em tema de direitos humanos e uma elevada apreciação moral.

A comissão deverá atuar de maneira preventiva, estimulando sempre o respeito aos direitos humanos. Terá o poder de elaborar documentos, organizar eventos, tudo que gire em torno da conscientização de respeito e proteção a esses direitos consignados na Convenção.

Também terá o dever de atuar na apuração das responsabilidades dos Estados, verificando se os mesmos estão cumprindo ou não as suas obrigações internacionais, anteriormente estabelecidas.

Essa fiscalização ocorre, de uma maneira geral, mediante três grandes mecanismos, quais sejam, os relatórios, as denúncias interestatais e as petições individuais.

O primeiro deles, o relatório, são, como o próprio nome já diz, relatos arrazoados que são encaminhados à Comissão Interamericana pelo próprio Estado. Nesse relatório, o Estado-membro da OEA, irá descrever de forma concisa e objetiva o que vem fazendo para implementar a proteção dos direitos e sua respectiva efetivação. Todo país, ao aceitar a Convenção, se obriga a periodicamente enviar este relatório à Comissão, pois esta possui o caráter fiscalizatório.

Acontece, que com o passar dos tempos, a realidade era que nenhum país iria se auto denunciar. Os Estados não iriam, por discricionariedade própria, afirmar em tais relatórios que, por algum motivo, estariam descumprindo certas regras e, conseqüentemente, violando algum dos direitos elencados, o que os levaria a sofrerem a respectiva condenação. Sendo assim, tornou-se um mecanismo jurídico válido, porém, sem eficácia.

Daí, então, a Comissão investiu no segundo tipo de mecanismo, a chamada interestadual. Esta consiste na acusação, por parte de um Estado, a

outro Estado, que supostamente estaria violando algum dos direitos humanos. Seria basicamente um requerimento por parte de um Estado-membro para que a Comissão Interamericana apurasse a violação de algum direito praticada por outro Estado-membro.

Contudo, passou-se a visualizar um acordo tácito entre os países no sentido de que ninguém denunciaria ninguém. Os países, na realidade, ficavam receosos em denunciar algum Estado, pois saberiam que posteriormente, o Estado denunciado viria a enviar denúncias a respeito de quem o denunciou. Sendo assim, foi um segundo mecanismo jurídico também sem eficácia.

Já o terceiro mecanismo, as denúncias individuais (ou petições individuais) não careceram de eficácia jurídica, no decorrer do tempo. Este mecanismo consiste na ideia de que o próprio indivíduo, vítima da violação, ou até mesmo um grupo de pessoas ou uma ONG, ou qualquer entidade protetiva de direitos humanos com notável reconhecimento, possa vir a denunciar casos perante à Comissão.

Entretanto, a Comissão não estará vinculada às denúncias. Ela não se obrigará em aceitar todos os casos, existindo, portanto, alguns requisitos de admissibilidade.

Primeiramente, não se pode existir denúncias anônimas. Todos os casos relatados, necessariamente, precisam ser relatados por uma pessoa, por uma ONG, por um grupo de pessoas determinadas. Além disso, o mesmo caso não pode estar sendo apurado por outro órgão protetivo de direitos humanos, haja vista a impossibilidade de existência de litispendência no âmbito internacional. Sendo assim, a Comissão só poderá receber um caso, caso ele não esteja sendo apurado por nenhuma outra instituição que tenha por propósito assegurar a proteção dos direitos humanos.

E por fim, e indispensável, é a necessidade de esgotamento dos recursos internos. O denunciante tem que demonstrar que tentou resolver tal conflito na justiça interna de seu país, não obtendo êxito. Esse requisito é indispensável, tendo em vista o caráter subsidiário da atuação da justiça internacional protetiva dos direitos humanos.

Sendo assim, diante de um conflito que diz respeito a violação de algum direito do homem, previsto no Pacto San José da Costa Rica. A priori, vítima (ou terceiro interessado) deverá tentar resolver tal conflito internamente. Caso,

não venha a obter êxito, por qualquer motivo que seja, ela estará apta a levar tal caso para a Comissão Interamericana. Piovesan:<sup>39</sup>

A petição individual, tal como no sistema global, deve responder a determinados requisitos de admissibilidade, como o prévio esgotamento dos recursos internos, salvo em caso de injustificada demora processual, ou em caso da legislação doméstica não prover o devido processo legal. Outro requisito de admissibilidade é a inexistência de litispendência internacional, ou seja, a mesma questão não pode estar pendente em outra esfera internacional.

Admitido o caso, a Comissão instaura um procedimento, tentando chegar a um acordo entre o denunciante e o país repressor. Caso não chegue a esse acordo, a Comissão no final do procedimento emitirá um parecer opinativo, informando seu entendimento sobre o caso e suas recomendações. No caso do Estado violador não aceitar tais recomendações, a Corte levará o caso ao conhecimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

## 2.3 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Com o intuito de interpretar e efetivar a Convenção Americana, a Corte Interamericana de Direitos Humanos foi criada com sede em San José da Costa Rica e é órgão autônomo e jurisdicional do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Além de jurisdicional, a Corte assume um papel consultivo diante dos demais países. No âmbito consultivo, qualquer país, membro da Organização dos Estados Americanos (que tenham aceito ou não a Convenção Americana), pode pedir um parecer opinativo da Corte relativo a alguma suposta violação de direitos.

Entretanto, só se torna passível de sofrer o caráter jurisdicional da Corte, aquele país que tenha ratificado a Convenção Americana de Direitos Humanos. Silvia Maria Derbli,<sup>40</sup> no mesmo entendimento

---

<sup>39</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 261.

<sup>40</sup> SCHANFRANSKI, Sílvia Maria Derbli. **Direitos Humanos e seu processo de universalização**: análise da Convenção Americana. Curitiba: Juruá, 2003, p. 1000.

A Corte possui sua sede na cidade de San José da Costa Rica, de acordo com a determinação dos Estados-partes da Convenção. No entanto, nada obsta, que a mesma realize reuniões no território que considerar conveniente, desde que seja de um Estado-membro da Organização dos Estados Americanos. Observa-se, de acordo com o artigo 2 do Estatuto da Corte, que a mesma tem função consultiva e jurisdicional.

Aderindo e aceitando a Convenção Americana, todo país que se enquadrar nessas circunstâncias fica obrigado a respeitar as decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

### **2.3.1 Composição e atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos**

A Corte Interamericana é composta por sete juízes, os quais, assim como os membros da Comissão Interamericana, devem preencher uma série de requisitos para que se torne viável a investidura no cargo.

Os requisitos basicamente são os mesmos. Os juízes são eleitos de forma pessoal, dentre os juristas de mais elevada apreciação moral e com uma competência notória e reconhecida a respeito da temática dos direitos humanos.

Os juízes da Corte serão indicados e escolhidos mediante a opção dos Estados-partes da Convenção Americana. Todavia, ao contrário do que se pensa, não é considerado requisito preliminar que o juiz da Corte possua nacionalidade de um dos Estados que tenham aceitado a Convenção.

A única ressalva que se faz no tocante à nacionalidade é que os juízes devem ter nacionalidade de um dos Estados-membro da Organização dos Estados Americanos, bem como aplica-se tal requisito ao tratar-se dos membros da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Diante de uma violação de algum dos direitos elencados no rol da Convenção Americana de Direitos Humanos, não é qualquer pessoa e de qualquer modo que se pode peticionar à Corte para apuração dos fatos.

Como já foi citado, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o sistema regional das Américas, possui dois órgãos responsáveis pela efetivação da proteção dos direitos humanos, sendo estes órgãos os próprios mecanismos disponíveis para que se proceda a viabilização de proteção.

Dentre os dois, unicamente a Corte é o órgão que possui caráter jurisdicional, ao passo que a Comissão possui tão somente caráter consultivo e administrativo. No momento em que ocorre a violação de um direito, o primeiro passo a ser dado para que seja possível análise dos fatos pelo Sistema Interamericano é o esgotamento absoluto dos recursos internos de resolução do conflito resultante de tal violação.

Tendo esgotado todos os meios viáveis para pacificar tal conflito, no que diz respeito à justiça interna e nacional, o próximo passo, será levar o caso à Comissão Interamericana.

A Comissão, ao tomar conhecimento do fato, irá realizar um juízo de admissibilidade e tentará promover a conciliação com meios efetivos de uma possível reversão no que diz respeito à violação dos direitos humanos. Vale ressaltar que a Comissão nunca se utilizará de meios jurisdicionais.

Não chegando a um ponto comum entre a vítima e o Estado repressor e enxergando realmente uma necessidade de apreciação jurisdicional, a própria Comissão levará o caso à tona da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Logo, entende-se que o particular não tem a discricionariedade em escolher qual dos dois órgãos do Sistema Regional, ele submeterá seu caso em concreto. Em suma, a Comissão fará um juízo de admissibilidade e tentará resolver a questão, não resolvendo, levará o caso à Corte.

A Corte, por sua vez, apreciará a denúncia, analisando os fatos e as provas. Verificando que realmente é caso de violação de um dos direitos humanos e tratando-se de um Estado-parte da Convenção Americana de Direitos Humanos, na figura do Estado repressor, poderá então vir a sentenciar.

Tal sentença poderá versar sobre o pagamento de indenização ou poderá conter uma decisão de caráter obrigatório, tratando-se da seara moral. Piovesan e Luiz Flávio Gomes<sup>41</sup> assinalam de forma conceituada:

No plano contencioso, como já foi dito, a competência da Corte para o julgamento de casos é, por sua vez, limitada aos Estados-partes da Convenção que a reconheceram expressamente. Reitere-se que apenas a Comissão Interamericana e os Estados-partes podem submeter um caso

---

<sup>41</sup> PIOVESAN, Flávia; GOMES, Luiz Flávio. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direitos brasileiro**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2000, p. 45.

à Corte Interamericana, não estando prevista a legitimação do indivíduo, nos termos do art. 61 da Convenção Americana. A Corte tem jurisdição para examinar casos em que envolvam a denúncia de que um Estado-parte violou direito protegido pela Convenção. Se reconhecer que efetivamente ocorreu a violação à Convenção, determinará a adoção de medidas que se façam necessárias à restauração do direito então violado. A corte pode ainda condenar o Estado a pagar uma justa compensação à vítima. A decisão da Corte tem força jurídica vinculante e obrigatória, cabendo ao Estado seu imediato cumprimento.

Vê-se, portanto, que todas as decisões e resoluções proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos gozam de caráter compulsório, bem como vinculante. Nesse sentido, cabe ao Estado que atua na qualidade de Réu, o seu pronto cumprimento, sob pena de adoção das providências necessárias.

#### 2.4 O RECONHECIMENTO DA JURISDIÇÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E OS CONFLITOS ENTRE AS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Convenção Americana de Direitos Humanos em 1992 teve aderência do Brasil, através do procedimento de redemocratização do país, entretanto, o requerimento de aprovação do reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi submetido ao Congresso apenas em 08 de setembro de 1998.<sup>42</sup>

No que diz respeito à recepção, bem como à posição dos tratados internacionais no sistema jurídico brasileiro, é importante destacar que no julgamento do HC 79.785/RJ, o STF se posicionou no sentido de considerar os tratados de direitos humanos que não foram aprovados pelo Congresso Nacional no rito especial (ditado pelo artigo 5º, §3º da Constituição Federal)<sup>43</sup> com natureza supralegal. Por outro lado, caso o tratado tenha sido submetido

---

<sup>42</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Análise dos direitos humanos internacional nas decisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 211.

<sup>43</sup> Artigo 5º, §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.

ao Congresso Nacional e aprovado segundo o rito especial, ele se equiparará à condição de Emenda Constitucional.

### 3 O TRANSCONSTITUCIONALISMO

#### 3.1 A SOCIEDADE MUNDIAL E O CONCEITO DE GLOBALIZAÇÃO

A sociedade mundial é uma expressão bastante utilizada no decorrer da teoria do Transconstitucionalismo e indispensável para sua compreensão.

Em toda a história da humanidade, de alguma maneira, o ser humano sempre teve como objetivo conhecer não só as pessoas integrantes de sua sociedade, como também os outros povoados espalhados pelo mundo.

Essa vontade de explorar outro tipo de sociedade ocorreu seja pelo instinto de curiosidade existencial de desbravar o seu semelhante, de transcender fronteiras de sua nação, seja por necessidade de amplificar territórios, com o fim de garantir a subsistência física de sua determinada nação, ou até, quem sabe, as duas alternativas concomitantemente. O fato é que a história do homem é marcada pela transposição de limites terrenos impostos.

O trajeto do Império Romano é um ótimo caso que pode ser utilizado como forma de exemplo da necessidade de transcender as barreiras territoriais.

Além disso, o período das Navegações, datadas do século XV e XVI, estreados pelos portugueses e espanhóis, certificam essa tese. Com a ambição de ultrapassar as demarcações terrenas e angariar novos povos, no intuito de agregar riquezas, essas pátrias desbravaram os oceanos.

Nesse contexto, Marcelo Neves assim define a “sociedade mundial”:<sup>44</sup>

[...] a sociedade moderna nasce como sociedade mundial, apresentando-se como uma formação social que se desvincula das organizações políticas territoriais, embora estas, na forma de Estados, constituam uma das dimensões fundamentais à sua reprodução. Ela implica, em princípio, que o horizonte das comunicações ultrapassa as fronteiras territoriais do Estado. Formulando com maior abrangência, tornam-se cada vez mais regulares e intensas a confluência de comunicações e a estabilização de expectativas além de identidades nacionais ou culturas e fronteiras político-jurídicas.

---

<sup>44</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 26.

O capitalismo, mesmo em um estágio de desenvolvimento em todo território europeu, agiliza todo esse processo de comunicação que transcende fronteiras.

Os Estados nacionais continuam possuindo notável destaque, porém passa a se relativizar a “identidade nacional” em face de uma “identidade mundial”. Os nacionais dialogam mais com os estrangeiros, minimizando, desta forma, o choque cultural.

Nesse contexto, o intento de Luhmann<sup>45</sup> é desenhar um conceito unitário de sociedade que preencha a lacuna teórica encontrada diante de evidências empíricas que demonstram as várias tendências heterogêneas de globalização.

O elemento recursivo que forma a sociedade num todo unitário não pode ser outro, senão a comunicação. Assim, Luhmann<sup>46</sup> segue afirmando que “na medida em que comunicam, todos os sistemas sociais participam da sociedade”. Em outras palavras, a sociedade é formada única e exclusivamente por toda a comunicação que ocorre recursivamente no mundo.

Dando continuidade a essa linha de pensamento, Marcelo Neves<sup>47</sup> traz uma explicação alternativa acerca do conceito discutido.

A sociedade mundial constitui-se como uma conexão *unitária* de uma *pluralidade* de âmbitos de comunicação em relações de concorrência e, simultaneamente, de complementaridade. Trata-se de uma *unitasmultiplex*. Não se confunde com a ordem internacional, pois essa diz respeito fundamentalmente às relações entre Estados. A ordem internacional é apenas uma das dimensões da sociedade mundial.

Destaca-se que a idealização de “conexão unitária de uma pluralidade” é robusta e precisa. Trata-se de um conceito que traz o entendimento de unidade, o que não acarreta em exterminar as diferenças, porém, em congregar todas essas diferenças em torno de algum intento em comum.

É importante entender que quando se fala no conceito de pluralidade, não se faz referência a pluralidade de Estados.

---

<sup>45</sup> LUHMANN, N. La sociedad mundial. **Estudios Sociológicos**, v. 24, n. 72, p. 547–568, 2006, p. 551.

<sup>46</sup> LUHMANN, N. La sociedad mundial. **Estudios Sociológicos**, v. 24, n. 72, p. 547–568, 2006, p. 552.

<sup>47</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, p. 26-27.

Desta sorte, a definição de “ordem internacional”, não pode ser confundida com a relação bilateral entre os Estados, na seara internacional, através de acordos e/ou conversas entre chefes de gabinetes.

Assim sendo, o significado de “sociedade mundial” é bem mais amplo do que a definição de “ordem internacional”, uma vez que aquele engloba esta.

Além disso, também é precioso não confundir o conceito de “sociedade mundial” com o conceito de globalização.

Nessa esteira, Marcelo Neves<sup>48</sup> pondera:

[...] Não simplesmente porque essa (globalização), frequentemente, contém uma forte carga prescritiva, no âmbito de uma discussão ideologicamente carregada; tampouco apenas porque, quando tem pretensão descritiva, refere-se, muitas vezes, a um sistema de relações entre diversas sociedades regionais e parte de um conceito de sociedade centrado no Estado Nacional.

É visível o intento de Marcelo Neves em excluir do que se entende por “sociedade”, a concepção de imprescindível associação ao Estado, representando a sociedade em si como sendo bem mais abrangente e mais complexa e eclética que o próprio Estado.

Não se pode levar em consideração, no presente estudo, um conceito arcaico de sociedade, o qual fora historicamente construído sob o protótipo do Estado. Sendo assim, por essa razão, deve ser usado o conceito de “sociedade mundial”.

Não se pode simplesmente desmerecer todo o processo histórico, social, político, econômico de uma sociedade. Os valores sociais de um determinado grupo serão sempre intimamente ligados à cultura daquele respectivo Estado, tornando-se visivelmente inviável a imposição do universalismo no tocante às condições culturais de cada povo.

As exigências e necessidades de uma dita “sociedade mundial”, ou seja, de um grupo societário que se estrutura sem submeter-se a limites territoriais, tornaram-se crescentes e impuseram aos doutrinadores a reexaminarem um novo formato de sistematização dessa nova prática.

---

<sup>48</sup> NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 27.

Acerca da ascensão dessa nova ordem mundial, Marcelo Neves<sup>49</sup> assinala o seguinte:

[...] a força crescente dos sistemas baseados primariamente em expectativas cognitivas, seja no plano estrutural (economia, técnica, e ciência) ou semântico (meios de comunicação de massa) da sociedade mundial, tornou praticamente imprescindível a emergência de uma ‘nova ordem mundial’ concernente não só a processos de tomada de decisão coletivamente vinculante, mas também a mecanismos de estabilização de expectativas normativas e regulação jurídica de comportamentos. Isso significa uma transformação no sentido de uma contrapartida normativa à expansão dinâmica do momento cognitivo da sociedade mundial.

A incessante e progressiva troca entre conjuntos na sociedade moderna provocou uma mesclagem incontestável. Por esta razão, o que ocorreu foi que ajustes estatais e previsões de Direito Internacional pretéritas transformaram-se em regulações ultrapassadas, se fazendo, desta sorte, necessário o surgimento de novos ordenamentos aptos para essa nova realidade.

Com o intuito de finalizar o deslize desse conceito, Marcelo Neves<sup>50</sup> assim sintetiza a sua resistência do surgimento de uma “nova ordem mundial”:

[...] Em suma, conforme esse modelo, a nova ordem mundial relaciona-se especificamente com o trabalho em redes de cooperação e administração de conflitos entre diversos agentes estatais, tendo em vista a emergência de problemas que vão além das fronteiras dos respectivos Estados.

Uma vez que os conflitos normativos deixam de ser somente nacionais e passam também a transcender barreiras geográficas, os procedimentos de solução desses novos conflitos passam a ser necessários, sob pena de ser inviabilizada a “sociedade mundial”. Isso porque deixariam de cooperar, para dar vez a obstáculos que favorece um tipo de regresso na aproximação dos povos.

---

<sup>49</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 31-32.

<sup>50</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 33-34.

### 3.2 NOÇÕES GERAIS DO TRANSCONSTITUCIONALISMO

Feitas as considerações no tocante à evolução histórica dos direitos humanos, a maneira como se deu a alteração do conceito de soberania estatal por interferência de tais direitos e garantias; a forma através da qual o desenvolvimento da globalização oportunizou uma nova perspectiva acerca do mundo hodierno; a relevância da internacionalização dos direitos humanos e de que forma o acesso à justiça internacional é capaz de propiciar o desenvolvimento de uma nação, o presente capítulo destina-se a tratar acerca do marco teórico eleito para dar desenvolvimento ao estudo.

O conceito de transconstitucionalismo foi desenvolvido em meados de 2009 e, gradualmente, vem ocupando importante espaço no contexto constitucional latino americano. Para isso, o seu autor, Marcelo Neves, se vale de fundamentos de Niklas Luhmann, a fim de definir a conjectura teórica, tal qual de uma constituição transversal.

A partir do desenvolvimento da globalização e da sociedade moderna, práticas e desempenhos relacionados à temática da preservação do meio ambiente, segurança econômica, bem como a proteção e defesa dos chamados direitos humanos, por exemplo, ganharam visibilidade dentro do cenário mundial.

Em outras palavras, o processo de globalização econômica e a universalização dos direitos humanos exigiram e têm exigido do raciocínio político e jurídico respostas político-institucionais que possibilitem uma nova ordenação de suas forças propulsoras com vistas à pacificação, humanização e democratização da e na sociedade global.

A sociedade civilizada e atual se mostra como “mundial” na medida em que se evidencia como uma construção social que se desprende de instituições políticas regionais e ultrapassa os limites de fronteira dos Estados.

Neves<sup>51</sup> alerta ao fato de que a “sociedade mundial” não deve e não pode ser confundida com a simples “ordem internacional” ou com a “globalização”. A ordem internacional nada mais é que uma das extensões da

---

<sup>51</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

sociedade mundial, ao passo que a globalização é a repercussão das relações travadas pela sociedade mundial.

Nas palavras de Neves, acredita-se que:

A sociedade mundial constitui-se como uma conexão unitária de uma pluralidade de âmbitos de comunicação em relações de concorrência e, simultaneamente, de complementaridade. Trata-se de uma unitas multiplex. Não se confunde com a ordem internacional, pois essa diz respeito fundamentalmente às relações entre Estados.<sup>52</sup>

Como disse Neves, a sociedade não deve e não pode ser confundida com a mera "ordem internacional" ou com a "globalização". A ordem internacional é apenas uma das vertentes da sociedade mundial, e a globalização é o resultado de uma intensificação dos laços da sociedade mundial. O autor assim define a sociedade mundial:

Ela implica, em princípio, que o horizonte das comunicações ultrapassa as fronteiras territoriais do Estado. Formulando, com maior abrangência, tornam-se cada vez mais regulares e intensas a confluência de comunicações e a estabilização de expectativas além de identidades nacionais ou culturais e fronteiras político-jurídicas.<sup>53</sup>

Os Estados nacionais permanecem possuindo grande relevância, entretanto passa-se a relativizar a "identidade nacional" em detrimento de uma "identidade mundial". Os nacionais passam a entrar mais em contato com os sujeitos estrangeiros, o que minimiza o conflito cultural.

Esse contexto de novos atores e novos desafios fez com que estruturas jurídicas e políticas suplantassem os limites estatais, possibilitando a visão no "outro", por vezes, baseado no conceito de "alteridade" ou "empatia".

O entrave sobre o qual se curva a teoria do transconstitucionalismo se relaciona ao fato de um mesmo episódio ser tachado como "relevante" por inúmeras "instâncias constitucionais", sejam elas locais, nacionais, supranacionais, internacionais ou transnacionais.

---

<sup>52</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 26.

<sup>53</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 26.

Em palavras distintas, o transconstitucionalismo enfrenta a envoltura de duas ou mais organizações jurídicas, sejam estas de espécie similar ou de perfil diferente. Essa conjuntura heterogênea sinaliza para um sistema jurídico global, em níveis múltiplos, onde ocorre sempre o chamado transconstitucionalismo pluridimensional, que tem por consequência a relevância paralela de uma mesma questão constitucional para numerosas ordens jurídicas.

O fenômeno do transconstitucionalismo teve sua prática estimulada através da multipolaridade do pós II Guerra. Os Órgãos Internacionais adquiriram uma posição de grande destaque nunca antes vista na história das relações internacionais, e passaram a ser um foro de discussões internacional e uma sede articuladora de divergências, relativizando o tradicional paradigma da soberania estatal.

Ao mesmo tempo, fenômenos como a descolonização observada nos anos 60 na África e na Ásia aumentou e muito o número de atores internacionais.

A partir do término da Guerra Fria, no início da década de 1990, em que pese a dúvida inicial que se firmou entre a unipolaridade e a multipolaridade, a inclinação global, na maior parte das temáticas internacionais, foi no sentido de se propagar na direção da divisão de poder, que passou a ser executado e representado por inúmeros atores e em diversos níveis.

A semiótica constitucionalista relaciona-se intimamente com as modificações na estrutura social, razão pela qual se torna inviável desagregar, no âmbito da heterogeneidade e da complexidade estrutural da sociedade mundial, a semântica constitucional das mutações sociais e estruturais do mundo. Se o nível de complexidade da sociedade modifica-se, a semântica orientadora da constituição precisa acompanhá-lo, sob o risco de perder o seu vínculo com a realidade.

Segundo Neves,<sup>54</sup> esse processo deu origem a várias "instâncias constitucionais", muitas delas não estatais, que estabelecem relações transversais entre si e se tornam simultaneamente relevantes no momento de solucionar problemas constitucionais comuns.

---

<sup>54</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

Neste sentido, o constitucionalismo é forçado a conviver com uma espécie de sistema jurídico mundial, ou seja, uma pluralidade de ordens cujas características são diversas e peculiares.

Em outras palavras, trata-se de uma multiplicidade que, na prática, proporciona o envolvimento de ordens distintas, o que faz com que nenhuma dessas ordens possa identificar-se legitimamente como detentora de uma verdade suprema. Isso nos põe perante um sistema multicêntrico no qual, embora exista uma hierarquia no interior das ordens, predominam, entre elas, as relações horizontais, as descentralizadas. Neves defende a possibilidade de admitir, no máximo, uma "hierarquia entrelaçada".

Neste sentido, João Paulo Allain entende que

Por fim, questões de direitos fundamentais ou da limitação e do controle do poder, como também da participação juridicamente regulada em procedimentos políticos, que constituem problemas centrais do constitucionalismo em sentido moderno, reaparecem enredadas em uma malha de pretensões de resolução de caso que partem de ordens diversas. Nessas circunstâncias, uma trilha equivocada seria negar a abertura cognitiva das respectivas ordens para os sistemas sociais com o qual se encontram confrontadas, o que impediria o surgimento da transversalidade universal.<sup>55</sup>

Isto posto sucede uma espécie de distanciamento do constitucionalismo, que deixa de ser matéria exclusiva do Estado e passa a ser fragmentado também entre dimensões supra estatais, internacionais ou transnacionais, e também, muitas vezes, divide-se no cerne do próprio Estado, dando margem para o diálogo Inter constitucional entre o direito do Estado e grupos étnicos locais. Neste mesmo sentido

O Direito Constitucional, portanto, afasta-se de sua base originária, que sempre foi o Estado, para se dedicar às **questões transconstitucionais**, que são aquelas, segundo Neves, que perpassam os diversos tipos de ordens

---

<sup>55</sup> ALLAIN, João Paulo. **A necessidade de uma leitura cíclica do fato jurídico**: do diálogo entre as fontes do direito ao transconstitucionalismo entre as ordens jurídicas. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/bx47d9jb/XROZgz4IPE3k1Bq.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2017.

jurídicas e que podem envolver tribunais estatais e internacionais na busca de sua solução.<sup>56</sup>

O transconstitucionalismo propõe ir além de um simples protótipo nacional-estatal da aplicabilidade do direito constitucional, bem como do direito internacional público clássico. Neves<sup>57</sup> defende a ideia de que os problemas essenciais do constitucionalismo são e devem ser debatidos por diversas ordens jurídicas, principalmente no interior das diversas cortes constitucionais.

Principalmente no que diz respeito à temática dos direitos humanos, consolida-se o entendimento de que, embora não se possa afastar o direito constitucional clássico do Estado, vinculado geralmente a um texto constitucional, o constitucionalismo abre-se para dimensões que transcendem os limites do Estado, não propriamente porque surjam outras Constituições, não-estatais, mas sim porque os problemas eminentemente constitucionais, especialmente os referentes aos direitos humanos, perpassam simultaneamente ordens jurídicas diversas, que atuam entrelaçadamente na busca de soluções.

O transconstitucionalismo se auto afirma, dessa sorte, como o direito constitucional do amanhã, do futuro, reivindicando um maior grau de interdisciplinaridade. É a ligação entre ordens jurídicas diversas, sejam elas estatais ou transnacionais internacionais ou supranacionais, em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional.

A interlocução entre os órgãos jurídicos proposta por Marcelo Neves, sendo um diálogo transversal que percorre os limites entre as ordens jurídicas, sempre terá a inclinação do conflito e da disputa. O grande desafio do transconstitucionalismo é conduzir essas trocas como uma espécie de intercâmbio bilateral, numa verdadeira troca em que há desconstrução do outro e autodesconstrução que exigem soluções fundadas na bilateralidade entre ordens jurídicas.

Ele é, dessa forma, o acoplamento estrutural e a racionalidade transversal de direito, justiça e constitucionalismo, formando uma ordem

---

<sup>56</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Transconstitucionalismo e as questões constitucionais transnacionais**. Disponível em: <<https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/19923525/transconstitucionalismo-e-as-questoes-constitucionais-transnacionais>>. Acesso em: 02 out. 2017.

<sup>57</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

diferenciada de comunicação que funciona como ponte de transição entre diversas ordens jurídicas, rompendo com o dilema da diferenciação pela busca da igualdade, onde a identidade é rearticulada a partir da alteridade.

### 3.3 A CONSTITUIÇÃO TRANSVERSAL

A chamada constituição transversal presume que a política e a noção de direito caminhem juntos, estando vinculados em um plano dito reflexivo, para que seja viável realizar trocas de experiências, bem como observações bilaterais.

Desta sorte, a Constituição não deve ser interpretada tão somente como um crivo de interferências recíprocas entre sistemas independentes, mas sim, como “instância da relação recíproca e duradoura de aprendizado e intercâmbio de experiências com as racionalidades particulares já processadas, respectivamente, na política e no direito”.<sup>58</sup> A comparação de textos inseridos nas constituições é um meio para a evolução do Estado Constitucional.

### 3.4 TRANSCONSTITUCIONALISMO EM DIVERSAS ESFERAS

É necessário esclarecer as definições e distinções entre expressões as quais podem se mostrar presentes no conceito de transconstitucionalismo, caso contrário, corre-se o risco de haver confusão entre os conceitos quando da análise das inúmeras espécies de transconstitucionalismo. Com essa preocupação, Neves esclarece as diferenças:

Assim, um mesmo problema de direitos fundamentais pode apresentar-se perante uma ordem estatal, local, internacional, supranacional e transnacional (no sentido estrito) ou, com frequência, perante mais de uma dessas ordens, o que implica cooperações e conflitos, exigindo aprendizado recíproco. No que diz respeito às ordens jurídicas transnacionais em sentido estrito, que envolvem sobretudo atores privados e quase públicos, é indiscutível que problemas de direitos fundamentais ou de direitos humanos surgem perante elas.<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 62.

<sup>59</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 121.

Uma vez tendo dissecado o conceito de transconstitucionalismo, o importante, após isso, é distinguir as inúmeras ordens jurídicas atuantes, detalhando o universo de atuação de cada uma delas. São elas: estatal, local, regional, transnacional e supranacional internacional.

Ordem jurídica local pode ser definida como o conjunto de preceitos que vigoram em determinada micro parcela do Estado, em determinado fragmento do Estado, podendo ser entendido como o conjunto de práticas de determinadas comunidades relativamente autônomas em relação à maior parcela da sociedade, sendo bons exemplos as comunidades indígenas e quilombolas.

Esse tipo de comunidade convive sob a égide de códigos de condutas diferentes da ordem oficial, sendo indispensável o respeito a peculiaridades antropológicas e culturais que compõem tais grupos sociais. A ordem jurídica local também pode ser chamada de direito local.

Ordem jurídica estatal denota uma ordem jurídica conectada ao Estado, que surge das instituições de poder, especialmente do Poder Legislativo, podendo ser constituída por legislação e jurisprudência, a depender, obviamente, da importância que aquele sistema jurídico confira à jurisprudência.

Cada Estado tem sua Constituição e uma reunião de leis que conduzem o dia- dia em coletividade e adverte as escolhas daquela sociedade em relação aos direitos e deveres de toda população.

Dessa maneira, pode-se falar em um direito brasileiro, americano, argentino, alemão, italiano etc. Cada uma dessas manifestações faz surgir um direito estatal, ou seja, inerente àquele Estado e válido no seu âmbito territorial. A ordem jurídica estatal também pode ser chamada de direito estatal.

Ordem jurídica regional aborda o sistema jurídico desenvolvido para ter validade entre um conjunto específico de Estados localizados em uma região do globo terrestre, daí o termo "regional".

É um sistema constituído entre nações vizinhas ou até muito próximas entre si. A adjacência geográfica entre os países gera demandas comuns em diversos aspectos: direitos humanos, meio ambiente, dinamismo urbano etc.

Cria-se a imprescindibilidade de regulação de várias temáticas, surgindo, desta sorte, um sistema jurídico aplicável ao conjunto desses países.

Não é necessário que todos os países sejam literalmente vizinhos, ou seja, não é preciso que eles façam fronteiras um com o outro. A simples proximidade entre os países e o fato de estarem situados em uma mesma área específica do globo terrestre já é suficiente.

São exemplos de ordem jurídica regional o conjunto das regras atinentes ao Mercosul (Brasil, Argentina, Uruguai, Paraguai, e Venezuela), o conjunto das regras da Comunidade Andina (Bolívia, Colômbia, Equador, e Peru), o chamado Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que conta com a adesão de diversos países da América e visa à proteção dos direitos humanos, dentre outros sistemas existentes. A ordem jurídica regional também pode ser chamada de direito regional.

Já a chamada ordem jurídica supranacional faz referência ao dinamismo jurídico que ultrapassa as barreiras de um certo Estado, bem como a ordem internacional. Entretanto, se diferencia desta última pela aparência de que as decisões emitidas de órgãos que integram essa ordem jurídica “vinculam diretamente os cidadãos e órgãos dos Estados-membros, sendo paradigmática a União Europeia”.<sup>60</sup>

Ordem jurídica internacional, por sua vez, se desenvolve na forma de um sistema jurídico que ultrapassa o plano de um Estado. Sendo assim, conjecturam a presença de um pacto entre Estados, ou seja, através de uma pluralidade de Estados.

A fim de promover o entendimento do termo, os institutos que são amoldam perfeitamente a essas características são os tratados e convenções de âmbito internacional. Esses documentos, estão muito além de terem sua essência meramente declaratória ou simbólica, pelo contrário, vinculam os Estados signatários, através de normas com força vinculante, que, acaso violadas, constituiriam um ilícito internacional.

---

<sup>60</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 84.

Esse tipo de ordem jurídica é facilmente estudada através dos manuais de Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado, uma vez que são matérias que se dedicam a essa temática.

Por outro lado, a ordem jurídica transnacional não se confunde com a internacional. A transnacional é o tipo de ordem jurídica que se encontra desvinculada do Estado. Pode ser conceituada como o complexo de condutas e normas dos agentes privados ou dos entes de natureza mista, como as organizações não governamentais etc.

Trata-se de normas internas com ambição de validade externa, até mesmo em face dos Estados. Não como forma de enfrentar os Estados, e sim como um mecanismo de manutenção da independência de tais entidades que possuem práticas e normas exclusivas. A ordem jurídica transnacional também pode ser chamada de direito transnacional.

Tomando conhecimento de todos esses conceitos, torna-se viável entender de que maneira são estruturadas as manifestações de cada tipo de transconstitucionalismo. Isso porque não existe apenas um modelo tradicional de manifestação do transconstitucionalismo, existem várias hipóteses de incidência, sendo cabível o debate de uma mesma temática constitucional, de maneira concomitante, em distintos graus de ordem jurídica.

Além de existirem várias formas de demonstrar a utilização do fenômeno, também é importante ter em mente que concordância entre as distintas ordens jurídicas não é requisito para a ocorrência do transconstitucionalismo.

Isso porque basta que duas ordens jurídicas distintas passem a debater, de forma simultânea, a mesma temática constitucional para que se configure a existência do transconstitucionalismo, sendo irrelevante se os posicionamentos de cada ordens são harmoniosos.

Isso porque há transconstitucionalismo ainda que os entendimentos adotados pelas ordens sejam posicionamentos divergentes entre eles.

### 3.4.1 Transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais

Com o passar do tempo, tem se tornado cada vez mais natural a troca de decisões oriundas de Estados distintos e a utilização mútua desses julgados, principalmente quando se trata de tribunais de segunda instância.

Se antes da evolução dos meios de comunicação, havia uma grande demora para as informações transitarem entre países, levando dias e meses, hoje a navegação pela internet permite acesso à informação sobre o que está ocorrendo em todo o mundo, e isso em tempo real.

Qualquer profissional da área do Direito ou até mesmo de outra área pode hoje, de maneira rápida e eficaz, analisar todos os mais recentes julgados de qualquer Tribunal do país, seja ele estadual ou federal. Basta, para tanto, ter acesso a qualquer dispositivo com internet.

Essa possibilidade rápida de acesso a toda jurisprudência dos Tribunais, inclusive estrangeiros, fez com que os operadores do Direito buscassem embasar e fundamentar seus entendimentos, com suporte em decisões proferidas nesses outros Tribunais, servindo de amparo e suporte e, simultaneamente, de aperfeiçoamento e evolução do direito regional.

O diálogo estabelecido entre povos distintos possibilita um enorme intercâmbio de conhecimento e de cultura, que por sua vez, torna viável compartilhar as experiências jurídicas, costumes, troca de entendimentos dos Tribunais acerca de casos concretos, doutrinas, organização dos Poderes etc. Essa permuta de vivência proporciona uma evolução em vários níveis, em especial, no âmbito do Direito.

Seguindo essa linha de raciocínio, percebe-se que quando se tem a clareza e percepção acerca de determinados temas constitucionais através do entendimento de Tribunais de outra nação, é possível, confrontar com o posicionamento do Tribunal nacional e, assim, ter um norte a ser seguido. Até nos casos em que sequer houve discussão, no Tribunal interno, acerca de algum tema, a análise na jurisprudência estrangeira é capaz de ensejar uma direção a ser seguida.

Esse câmbio de experiências em casos concretos é capaz de até mesmo propiciar uma ruptura de paradigmas no plano interno, o que possibilita

a aderência de posicionamentos jurídicos inovadores já utilizados em outros países.

Esse exemplo de demonstração do instituto ora estudado é um tipo de fácil constatação, empiricamente falando, inclusive, na jurisprudência do próprio STF, facilitando a compreensão de cada leitor acerca do assunto debatido.

Nesta esteio, Neves fez questão de descrever esse exemplo de manifestação:

**Entre cortes de diversos Estados vem se desenvolvendo, de maneira cada vez mais frequente, uma ‘conversação’ constitucional mediante referências recíprocas a decisões de Tribunais de outros Estados.** Além do fato de que as ideias constitucionais migram mediante legislação e doutrina de uma ordem jurídica para a outra, **há um entrecruzamento de problemas que exigem um diálogo constitucional no nível jurisdicional, sobretudo através do desenvolvimento de tribunais constitucionais ou cortes supremas.**<sup>61</sup>

Os grandes entraves que anteriormente eram solucionados na esfera da jurisdição interna (plano doméstico), sem ter ideia de como outros povos costumam resolver questões sobre a mesma temática, começaram a embasar suas decisões em soluções experimentadas por outros povos.

É perceptível, que com o desenvolvimento dos meios de comunicação, os Estados e as nações vêm se relacionando de uma forma muito mais próxima, dialogando cada vez com mais frequência acerca de problemas compartilhados. Sobreleva destacar que essa proximidade não se restringe às relações entre presidentes, por exemplo, através de políticas internacionais, mas também é possível identificar nas relações entre Judiciários, como aponta Marcelo Neves.

Não se trata de coincidência, por existirem duas ordens jurídicas distintas confabulando sobre o mesmo tema. Não é isso. O transconstitucionalismo existe quando há discussão acerca de temas constitucionais, relacionados à questões globais, como o direito à vida, por exemplo. Isso implica com que o julgador, ao se deparar com questões ditas

---

<sup>61</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 166-167.

globais, se sinta à vontade para buscar outros sistemas normativos para embasar seu julgado e, de certa forma, ser melhor compreendido.

Vale destacar que é impossível desassociar de tais questões uma perspectiva moral bastante notável, o que faz com que, inexoravelmente, tais temas sejam debatidos com frequência, uma vez que atordoam a espécie humana independente da posição geográfica. Neste sentido:

[...] Não se trata simplesmente de constatar que as decisões tomadas no âmbito de uma ordem estatal influenciam outras ordens estatais e têm efeitos sobre os cidadãos de outros Estados. Tampouco a questão se refere simplesmente a um 'transjudicialismo', como forma de referências recíprocas entre decisões de tribunais de Estados diversos. Mais do que isso, o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas importa que, em casos tipicamente constitucionais, as decisões de cortes constitucionais de outros Estados são invocadas em decisões de tribunal constitucional de um determinado Estado não só como *obiter dicta*, mas como elementos construtores da *ratio decidendi*.<sup>62</sup>

A partir da leitura do fragmento transcrito acima, compreende-se que a demonstração de transconstitucionalismo não é restrita ao simples fato de estimular ou induzir a procura por novos posicionamentos acerca de uma específica regulação constitucional, baseando-se no que foi decidido em outra ordem constitucional.

Na verdade a essência de tal instituto é algo muito mais robusto. Trata-se do uso de jurisprudência de outras ordens constitucionais, com o objetivo de fortalecer o direcionamento das decisões de cada magistrado acerca de determinada questão, ou até mesmo, como forma de construir uma decisão em si.

É possível identificar esse tipo de transconstitucionalismo em um caso prático, o conhecido julgamento do caso *State x Makwanyane*. Nessa demanda, a Máxima Corte da África do Sul foi provocada a tomar um posicionamento acerca da possibilidade de pena de morte na regulação jurídica daquele país.

O fato é que a Corte Africana decidiu pela inconstitucionalidade das penas de morte, e na oportunidade desta decisão, valeu-se de experiências

---

<sup>62</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 167.

vividas pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), da Corte Constitucional da Alemanha, da Superior Corte dos Estados Unidos, entre outras.

É visivelmente perceptível que nesse caso citado, está-se diante de uma manifestação do transconstitucionalismo, pois existe uma ordem jurídica estatal (Suprema Corte Africana), recorrendo a decisões de outras (inúmeras) ordens jurídicas distintas.

### **3.4.2 Transconstitucionalismo entre direito estatal e direito local**

Não se pode negar que, muito embora exista em todo e qualquer localidade, uma maior fração da população que está de acordo e se submete às normas traçadas pela Constituição e legislação infraconstitucional daquele Estado, entendendo como uma necessidade que permite a convivência estável da coletividade, proliferam, com certa notabilidade, grupos sociais que não se sujeitam ao direito tido como “oficial”, sendo estes possuidores de um conjunto de regras próprio. Seus membros estão sujeitos a esse código particular, e não ao direito legal.

A fim de visualizar essa realidade em situações fáticas e práticas na América, sobreleva destacar e rememorar que as comunidades indígenas possuíam e ainda possuem peculiaridades que se distanciam bastante do padrão europeu colonizador, que veio explorar este continente.

Todos sabem que os índios habitavam o continente americano muito tempo antes da chegada de ingleses, portugueses e espanhóis. Ocorre que a coexistência entre índios e europeus, como também sabido, foi rodeada de embates e até uso de força física.

Várias das sociedades indígenas foram exterminadas durante a colonização das Américas. Após a obtenção da independência, as comunidades sobreviventes procuraram preservar suas terras, hábitos e costumes e culturas.

Nesse cenário, a necessidade de seguir a risca um código de comportamentos próprios pelos integrantes das tribos indígenas, não significa uma tentativa de dizimar o Estado em si e o Direito posto em normas, mas configura-se como uma maneira de preservar a identidade cultural dessa

comunidade. A única coisa que eles almejam é o respeito a sua identidade, que se distingue da europeia.

Esse tipo de convenção de condutas, específico das comunidades indígenas, faz surgir uma ordem local extra estatal. Destaca-se que o exemplo da comunidade de índios é característico e visível aqui na América, podendo se valer da mesma linha de raciocínio para outras comunidades as quais habitam no interior de certo Estado e não se submetem ao direito “oficial”, como uma forma de perpetuar sua identidade antropológica.

Faz mister não embaralhar a realidade explicada anteriormente com o desenvolvimento de um agrupamento de normas específica que, supostamente, valeria apenas para uma determinada comunidade, em virtude de uma situação de pobreza ou vulnerabilidade da sociedade.

Por exemplo, os habitantes de um conjunto habitacional de uma determinada comunidade costumam estabelecer suas regras próprias, a fim de dirimir conflitos internos que existem entre os próprios moradores e moradoras (desentendimento entre vizinhos, uso de energia, de água etc).

Esse direito utilizado em paralelo pode até ser compatível, em determinadas situações, com o direito estatal, mas não há uma adesão constante.

A condição econômica bastante inferior em relação à parte não marginalizada da cidade faz com que os habitantes desses espaços criem uma espécie de direito adaptado à realidade que vivem.

Esse fato é bem descrito por Boaventura de Souza Santos<sup>63</sup>, em uma pesquisa realizada em um conjunto de favelas no Rio de Janeiro. Na prática, o direito estatal não lhes é suficiente. São dois contextos bem diferentes. Um não tem nenhuma relação com o outro.

A realidade citada dos indígenas é um resultado da necessidade de autoafirmação e do reconhecimento de uma identidade cultural. Por outro lado, a hipótese das favelas cariocas, é consequência de uma estrutura econômica, na qual prevalece a acumulação de capital em um determinado grupo social, ao passo que o que prevalece para os demais grupos são as mazelas sociais, tais como, desemprego, educação e saúde precárias, falta de moradia etc.

---

<sup>63</sup> SANTOS, Boaventura. **O discurso e o poder**: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Fabris, 2008.

Vê-se, portanto, que na primeira situação, há um afastamento propositado da parte civilizada, enquanto que nas circunstâncias descritas no segundo momento, a parte dita como civilizada tende a excluir as minorias.

Esse tipo de tensão entre direito estatal e direito local em questões constitucionais dá espaço a um vínculo entre ordens jurídicas distintas, pré-requisito característico do transconstitucionalismo. Neste sentido, afirma Neves:

Nesse contexto, há um paradoxo do transconstitucionalismo, pois ele se envolve em conversações constitucionais com ordens normativas que estão à margem do próprio constitucionalismo. Mas **essa situação é resultante da necessidade intrínseca ao transconstitucionalismo de não excluir o desenvolvimento de institutos alternativos que possibilitem um diálogo construtivo com essas ordens dos antropológico-culturalmente "diferentes", baseadas milenarmente no território do respectivo Estado.**<sup>64</sup>

### 3.4.3 Transconstitucionalismo entre direito estatal e o direito regional

Tem sido se tornado cada vez mais natural a existência de uma mesma questão constitucional ser temática de uma discussão no âmbito do direito estatal e, concomitantemente, no âmbito do direito regional. Pode-se afirmar, por exemplo, que os tratados internacionais no âmbito regional são a concretização de um direito regional.

Ora, a partir do momento em que um tratado internacional é devidamente assinado pelo Chefe de Estado e ratificado no âmbito interno, esse “novo” direito é validado no plano interior e torna-se exigível por parte de qualquer cidadão que habite esse país signatário.

É normal a criação de órgãos dotados de jurisdição para solucionar conflitos específicos entre países vizinhos. O número crescente de debates, na seara estatal e regional, de um mesmo tema constitucional, proporciona a presença do transconstitucionalismo na sua modalidade entre direito estatal e direito regional.

É possível identificar o acima descrito em alguns casos práticos, onde se visualiza essa específica modalidade de transconstitucionalismo. Um caso

---

<sup>64</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 217.

citado, inclusive, na obra de Marcelo Neves é o *Yatama X Nicarágua*. Na Nicarágua, alguns integrantes da sociedade indígena, que possuíam filiação ao partido Yatama, foram proibidos de concorrer às eleições municipais do ano 2000, fruto de uma decisão do Conselho Supremo Eleitoral da Nicarágua.

Insatisfeitos com a referida decisão do Órgão, os indígenas que se sentiram lesados, ajuizaram uma demanda perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a fim de reverter tal situação.

Após todo o procedimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, esclarecidos no capítulo 02 deste trabalho, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, além de condenar a Nicarágua em prestar uma indenização a título de danos morais e materiais, determinou uma reforma legislativa, quanto às leis eleitorais, no intuito de que não houvesse qualquer tipo de obstáculo no exercício da cidadania.

Devidamente exemplificado, não restam dúvidas de que o caso em apreço foi fruto de uma visível atuação de transconstitucionalismo, onde uma ordem jurídica estatal dialogou com uma ordem jurídica regional, a fim de enfrentar uma questão constitucional.

Ao enfrentar uma mesma temática de natureza constitucional, houve decisões de ordens jurídicas distintas, quais sejam, a estatal (Conselho Supremo Eleitoral da Nicarágua) e a regional (Corte IDH).

#### **3.4.4 Transconstitucionalismo entre direito estatal e direito transnacional**

Normalmente, é de responsabilidade do Estado, atuando através do Legislativo, em editar regras de comportamento, com natureza mais abstrata, esclarecendo às pessoas qual o posicionamento correto que deverá ser seguido e as condutas esperadas.

Entretanto, em uma sociedade dita como multicêntrica, multiplicam-se organismos e instituições com regulações próprias e que, mesmo não desmerecendo a importância do Estado e de sua ordem jurídica, pleiteiam uma certa autonomia.

São as organizações de natureza privada e as ditas como “quase públicas”, que reproduzem uma ordem jurídica caracterizada como “transnacional”. Entende-se por “ordem jurídica transnacional” ante o fato desta

não se restringir às fronteiras de um determinado Estado, possuindo validade, independente da localização geográfica em que aja conduta humana.

Esses tipos de organização (privadas e quase públicas) existem em países, onde a democracia prevalece, já que, nessa realidade de governo, o chefe de Estado não exerce o controle sobre a totalidade de coisas, sendo viável às pessoas, construir um universo social relativamente autônomo e desvinculado da concepção de Estado.

Neves assim descreve essa categoria de manifestação do transconstitucionalismo:

Uma das dimensões mais instigantes do transconstitucionalismo refere-se ao relacionamento das ordens jurídicas estatais com ordens jurídicas transnacionais em sentido estrito, ou seja, com ordens normativas que são construídas primariamente não por Estados ou a partir de Estados, mas sim por atores ou organizações privados ou quase públicos. Negar-lhes o caráter de ordens jurídicas com pretensão de autonomia não parece mais ser sustentável.<sup>65</sup>

Podemos exemplificar tais organizações privadas com as ONGs, entidades esportivas, como Associação Brazil Foundation, Médicos sem Fronteiras, FIFA etc. Já quanto às citadas organizações “quase públicas”, podemos descrevê-las como aqueles órgãos desenvolvidos para servir a uma demanda específica, como por exemplo, o Banco Mundial, o FMI etc.

As organizações descritas acima possuem natureza jurídica de pessoas jurídicas de direito privado, entretanto, algumas delas exercem atividades genuinamente estatais, preenchendo um vazio deixado na sociedade, pelo Estado, nos caso das ONG's ou na tentativa de prestar algum amparo financeiro, por exemplo, no caso do FMI.

Qualquer outra associação, empresa privada ou fundação possui personalidade jurídica de direito privado, não se enquadrando, portanto, nessa realidade descrita anteriormente.

Seguindo esta linha de raciocínio, Neves afirma:

**Essas ordens**, que não se restringem à dimensão econômica (embora essa se apresente como a dimensão mais relevante

---

<sup>65</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 186.

do transnacionalismo jurídico), **não permanecem isoladas, entrando em relação de colisão ou de cooperação com outras ordens jurídicas, inclusive com a ordem jurídica estatal. Nesse contexto, também surge o problema do transconstitucionalismo, quando questões constitucionais, a saber, casos concernentes a direitos fundamentais ou à organização básica do poder, levam ao entrelaçamento das ordens e dos respectivos tribunais.**<sup>66</sup>

A transcrição feita acima fortalece a afirmação a que se alega: um quantitativo notavelmente crescente de debates, em caráter transnacional, de uma temática constitucional idêntica. Como já dito, esse fenômeno é denominado de transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais e transnacionais.

Em 2007, houve um julgamento realizado pelo TAS – Tribunal Arbitral de Esporte, em que é possível identificar a presença dessa categoria de transconstitucionalismo aqui tratada.

Um jogador de futebol de dupla nacionalidade (paraguaia e italiana) entabulou contrato com o time espanhol Real Valladolid, para iniciar sua atuação no referido time entre o período de 1º de janeiro de 2005 a 30 de junho de 2010.

O que aconteceu foi que esse determinado jogador não compareceu ao clube, descumprindo o seu contrato, o que fez com que ele fosse, em 2005, transferido para outro time, um clube espanhol, o Almeria.

Desta sorte, o time espanhol, justificando o desrespeito ao contrato, ajuizou perante a FIFA, um pedido de indenização, considerando a quebra de contrato por culpa exclusiva do jogador. A demanda foi processada e tramitou na Câmara de Resolução de Litígios da FIFA, órgão que proferiu sentença favorável ao time espanhol.

Em sede contestatória, o atleta fez uso das normas de regulação paraguaia, bem como de julgados espanhóis acerca da temática contratual. Por outro lado, o time Real Valladolid se valeu unicamente do estatuto da própria FIFA, sob o argumento de que tal estatuto goza de autonomia em detrimento da ordem estatal.

---

<sup>66</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 188.

O TAS se posicionou pelo afastamento da aplicação do direito estatal trazido pela parte recorrente (o jogador), fazendo prevalecer a regulação estatutária da FIFA, inclusive, para fundamentar a decisão que manteve a condenação em desfavor do jogador e seu time originário, no sentido de indenizar o clube espanhol.

Neste exemplo, é perceptível que se enfrenta uma demonstração de transconstitucionalismo na modalidade que existe entre ordens jurídicas estatais e transnacionais. Mais uma vez, houve a mesclagem de duas ordens jurídicas distintas (a estatal, representada pelo direito paraguaio e espanhol e a transnacional, representada pelo estatuto da FIFA) sobre a mesma temática (liberdade do exercício profissional).

### **3.4.5 Transconstitucionalismo entre direito estatal e direito supranacional**

Antes de iniciar esse tópico, precisa-se destacar que os países, com suas devidas autonomias, podem, conjuntamente, se estruturarem em blocos de natureza econômica, a exemplo do Mercosul, de natureza militar, como os países que incorporam a OTAN, entre outras características de tais grupos.

Mesmo havendo exceções, pode-se dizer que um tratado de caráter internacional é capaz de selar união entre nações, determinando quais são os países que irão incorporar, além de estabelecer as conjunturas e condições que cada Estado deverá acatar e desempenhar.

A criação desses chamados “blocos” pode ter um cunho mais duradouro, chegando a ser permanente ou até um gênero mais temporário, com um fim específico e restrito, inexistindo grandes pretensões após o alcance das metades pré-estabelecidas.

A partir do momento que os países se organizam por meio de um tratado que abre espaço para institutos municiado com o poder legislativo e judiciário, com consequências diretas e objetivas no dia a dia das pessoas daquela sociedade, pode-se falar no conceito de supranacionalidade.<sup>67</sup> Esse fenômeno envolve um grau de entrelaçamento (sócio-político e jurídico) muito mais

---

<sup>67</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.152.

acentuado do que o que normalmente é apresentado nos exemplos citados anteriormente.

Um bom exemplo desse conceito de órgãos supranacionais, sem dúvida, é a União Europeia, com seus inúmeros participantes.

Com o objetivo de tornar possível essa junção e trazê-la ao plano fático, criou-se institutos como o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), órgão responsável pela solução de litígios entre países integrantes da referida União, além de tentar solucionar problemas entre os próprios cidadãos e/ou entre empresas que integram a União Europeia.

Outro exemplo desses institutos é o Parlamento Europeu, responsável por fazer o trabalho legislativo, criando leis que sejam válidas em todo o território da União Europeia e atinjam todos os seus membros.

Nesse sentido, é importantíssimo destacar que a legislação e a jurisdição interna coabitam concomitantemente com a externa. Nesse contexto, a interna é a estatal e a externa a supranacional.

Neves contextualiza essa categoria de manifestação do fenômeno estudado nesse trabalho:

A questão que se põe no âmbito do transconstitucionalismo é a da relação entre a ordem jurídica comunitária e a ordem jurídica dos Estados-membros, sobretudo, porém, a conexão entre o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) e as cortes constitucionais ou supremos tribunais estatais com funções constitucionais, vinculados a tradições jurídicas fortemente consolidadas e diversas umas das outras.<sup>68</sup>

Essa parte do texto de Neves deixa claro, no contexto da União Europeia, a coexistência de jurisdições completamente distintas, mas que trabalham paralelamente, sendo uma atuante na seara estatal e a outra no campo supranacional. Isso abre margem para que uma temática constitucional seja objeto de estudo de ambas as ordens jurídicas.

Essa categoria de transconstitucionalismo foi batizada por Marcelo Neves de “transconstitucionalismo entre direito estatal e direito supranacional”. Repise-se que apenas a União Europeia pode ser tachada de bloco supranacional, sendo impossível, portanto, falar-se em supranacionalidade fora

---

<sup>68</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 134.

dessa realidade. Sendo assim, conclui-se que apenas no contexto e na realidade da União Europeia é possível identificar esse tipo de transconstitucionalismo.

## **4 A PRESENÇA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO NOS JULGADOS DO TRIBUNAL PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO MECANISMO DE FORTALECIMENTO DAS DECISÕES**

### **4.1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A COOPERAÇÃO COM A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

Antes de iniciar com as análises dos casos em que foi possível identificar o transconstitucionalismo nos julgados do STF, sobreleva destacar que o transconstitucionalismo pode ser muito bem utilizado pelos Ministros, para dar mais rigidez às decisões. Entretanto, não necessariamente o diálogo entre as ordens jurídicas será no sentido de concordância.

Por um lado, o STF, por exemplo, pode se valer de decisões emanadas por outras instituições ou órgãos jurídicos, as quais darão embasamento à tese que se pretende formular. Utiliza-se, dessa forma, o transconstitucionalismo da forma tradicional e mais comum.

Por outro lado, também existe o chamado “transconstitucionalismo às avessas”, quando alguma decisão é fundamentada em entendimentos e experiências vividas por outra ordem jurídica, porém, no sentido de justificar a inaplicabilidade ao caso concreto que está sendo apreciado, ante a existência de peculiaridades que impedem tal aplicação.

Com as devidas explanações necessárias, é indispensável chamar atenção ao fato de que o Ministro Ricardo Lewandowski, ao assumir o cargo de Presidente do STF, sinalizou que em sua gestão, teria como uma de suas prioridades estabelecer um diálogo mais de perto com os sistemas jurídicos regionais internacionais, a exemplo da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Isso faz concluir, sem dúvida, que, com o a chegada da globalização e seus impactos, tornou-se quase que vital o dever de o STF proceder com sua internacionalização.

Para dar mais robustez a essa inclinação pela internacionalização da Corte brasileira, o Presidente desta Corte à época e o então representante da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, firmaram, no dia 10 de fevereiro de 2015, uma carta de recomendações e intenções, com o grande

intuito de estabelecer uma relação de maior proximidade entre o STF e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Esse primeiro passo revela a intenção do STF em dar início a um movimento de diálogo mútuo e intercâmbio de conhecimento com outras Cortes.

## 4.2 ADPF Nº 153/DF - CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL X PRESIDENTE DA REPÚBLICA E CONGRESSO NACIONAL - REVISÃO DA LEI DE ANISTIA DE 1979

### 4.2.1 Sinopse fática do caso

Em 31 de março de 1964, militares contrários ao governo de João Goulart destituíram o então presidente e assumiram o poder por meio de um golpe de Estado. O governo comandado pelas Forças Armadas durou 21 anos e implantou um regime ditatorial. A ditadura restringiu o direito do voto, a participação popular e reprimiu com violência todos os movimentos de oposição.

Após os longos 21 anos de muitos protestos, muitos crimes ocultados e muita tensão entre governo e oposição, pairou sobre os militares a percepção de que chegava o momento de encerrar o período ditatorial, ainda que de maneira vagarosa e paulatina, é que se estrutura as discussões acerca da construção de um projeto de lei que fosse capaz de simbolizar uma espécie de acordo de harmonização entre a sociedade civil e o Estado.

Com essa lei, tentaria maquiar um tipo de conciliação, que favorecesse os interesses dos militares e também pudesse agradar as lideranças da oposição.

Além de tudo isso, por óbvio, também havia o interesse por parte dos então governantes (militares) de preservar e escudar todos os seus aliados de possíveis sanções na esfera penal, a partir da reconstrução da democracia. Na verdade, esse foi o grande motivo que levou boa parte dos militares a enfrentarem a, posteriormente conhecida, Lei de Anistia, como necessária.

A Lei da Anistia, como seu próprio nome já sinaliza, relevaria todas as imperfeições, bem como os excessos tanto dos militares, como da oposição, tornando possível e viável a transição para uma realidade democrática.

Fala-se em bilateralidade justamente ante o fato da concessão do perdão ser proporcionada tanto aos militares que praticaram crimes como a tortura, como aos presos políticos exilados, por exemplo. O argumento utilizado para legitimar esse projeto de lei seria uma transição sem traumas.

Tudo caminhou como o planejado e no dia 19 de dezembro de 1979, foi publicada a Lei de Anistia, tombada sob o nº 6.683/79, que declara logo no caput e no § 1º do seu art. 1º:

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.<sup>69</sup>

Sem dúvidas, a lei em comento tornou-se o caminho mais viável para que fosse possível o processo de redemocratização do país. Foi essa lei que autorizou a eleição direta do primeiro civil para exercício do cargo de Presidente da República, após os duros e longos vinte anos de ditadura militar.

Por outro lado, também foi a mesma lei que permitiu silenciar todos os crimes horripilantes cometidos no decorrer desses anos. Crimes tais como homicídio, sequestro, estupros, ocultação de cadáver etc foram ocultados da história.

Não se pode negar que, muito embora não concordando com a sua integralidade, a construção da referida lei foi resultado de uma excessiva atuação de inúmeros agentes sociais, tais como organizações não

---

<sup>69</sup> BRASIL. **Lei nº 6.683, de 19 de dezembro de 1979.** Concede anistia e dá outras providências. Casa Civil da Presidência da República Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6683.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2018.

governamentais, grupo de estudiosos de direitos humanos, partido políticos, até a própria Ordem dos Advogados do Brasil, a OAB.

Mesmo considerando que a validação da Lei de Anistia, muito provavelmente, geraria certa impunidade para os militares que praticaram tortura naquele período, as pessoas também reconheciam os avanços que possibilitariam a passagem da ditadura para a democracia de forma mais célere, além de permitir o retorno dos exilados, sem que a eles fossem impostos nenhum tipo de punição na esfera penal.

Entretanto, com o passar dos anos, revirando o passado sombrio que foi a ditadura militar no Brasil, além de encorajados pelas experiências vividas por países vizinhos, na América Latina, tais como Uruguai e Argentina (que também sofreram com ditaduras agressivas), adveio na sociedade, em diversos setores e segmentos, o genuíno desejo de punir os responsáveis pelos crimes cometidos (e ocultados) no decorrer da ditadura.

Foi envolvido por esse entusiasmo, e com base no que foi vivido por países próximos, além de se fundamentar em julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos que o Conselho Federal da OAB procedeu com o ajuizamento de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, com a intenção de considerar a não recepção de parte da Lei de Anistia, pela Carta Magna de 1988, como por exemplo os trechos que impedem a aplicação de sanção, no âmbito penal, dos servidores públicos que cometeram crimes das mais variadas espécies.

Essa ação teve como ministro relator o Ministro Eros Grau. A OAB destacou, no decorrer da ação, que a Lei ora contestada, especialmente o ser §1º do art 1º, não é compatível com a obrigação do Poder Público em prezar pela transparência, além de não se harmonizar com o princípio da dignidade da pessoa humana. Sendo assim, tal lei não se coaduna com a Lei Maior de 1988.

Vários órgãos se manifestaram, durante o deslinde da ação. A Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Advocacia Geral da União, o Ministério Público Federal etc. O curioso é que não havia uniformidade de entendimento.

Em meados de abril de 2010, foi proferido o resultado, tendo o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal dirimido o impasse, por maioria dos votos, indeferindo os pleitos anunciados na inicial da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, sob o prisma do embasamento de que a lei em questão

foi formalmente recepcionada pela Carta Magna de 88, respeitando todo o procedimento cabível e necessário.

Os ministros que votaram por decisões favoráveis ao Conselho Federal da OAB foram: Ministro Marco Aurélio, Ministros Ricardo Lewandowski e Carlos Britto. A maioria vencedora foi composta pelos votos dos Ministros Eros Grau, Carmem Lúcia, Ellen Gracie, Celso de Mello, Gilmar Mendes, e César Peluzo. O Min. Joaquim Barbosa estava licenciado e o Min. Dias Toffoli estava impedido de participar do julgamento.

#### **4.2.2 Identificação do transconstitucionalismo**

No caso em debate, a utilização do fenômeno estudado, o transconstitucionalismo, é verificada na leitura dos votos de três Ministros, quais sejam, Eros Grau, Celso de Melo, Ricardo Lewandowski e César Peluzo. Existe demonstração de transconstitucionalismo na própria ementa do julgado, porém, no sentido de rechaçar a aplicabilidade da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob a argumentação de que o referido tratado possui data posterior à Lei 6883/79.

O Ministro relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que inaugurou o entendimento pelo indeferimento do pleito formulado na inicial, recorreu ao instituto do transconstitucionalismo ao fundamentar sua decisão.

Ocorre que a utilização de tal fenômeno, neste caso, foi para justificar que no caso do Brasil, existiam peculiaridades que obstavam a aplicação literal do julgado da CIDH, não podendo, desta sorte, validar a importação do exemplo vivido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em outras palavras, as transformações que viabilizaram a revisão de uma lei de anistia em outras localidades (Argentina, Uruguai, Chile, por exemplo), foram resultado de mecanismos do Poder Legislativo, tendo o Judiciário apenas validado, o que não era o caso do Brasil.

O que ocorreu foi um transconstitucionalismo, em sua modalidade denominada “entre ordens jurídicas estatais”, utilizado para afastar a analogia com a experiência de terceiros. Isso porque, como dito, o caso apreciado no STF possuía particularidades que obstavam a aplicação do caso da CIDH.

É um concreto exemplo do uso do transconstitucionalismo “às avessas”. Como já dito, trata-se da hipótese de quando alguma decisão é fundamentada em entendimentos e experiências vividas por outra ordem jurídica, porém, no sentido de justificar a inaplicabilidade ao caso concreto que está sendo apreciado, ante a existência de peculiaridades que impedem tal aplicação. Veja-se.

Começo com o exemplo do Chile. O Decreto-Lei nº 2.191, de 18 de abril de 1978, conhecido como “Ley de Amnistia”, concedeu-a a todas as pessoas que, na qualidade de autores, cúmplices ou partícipes, tenham incorrido em delitos durante a vigência da situação de estado de sítio, compreendida entre 11 de setembro de 1973 e 10 de março de 1978, desde que não se encontrassem submetidas a processo ou condenadas. Foram também excluídos da anistia delitos mais graves, como parricídio, infanticídio, subtração ou corrupção de menores, estupro, incesto, etc. Resultaram todavia beneficiados pela anistia todas as pessoas condenadas por Tribunais Militares em período posterior a 11 de setembro de 1973. Em janeiro de 2007 a Corte Suprema Chilena por maioria considerou não suscetíveis de anistia e imprescritíveis os crimes cometidos contra o desaparecido político José Matías Ñanco, fazendo-o com esteio em normas de Direito Internacional, sob o argumento de que se tratava de crimes de lesa-humanidade. Em novembro seguinte, no entanto, contrariando esse entendimento, declarou prescritos os crimes cometidos pelo Coronel de Exército Claudio Lecaros Carrasco.<sup>70</sup>

O Ministro, relator deste caso, sinaliza, como exemplo, o caso vivido no Chile. De fato, um caso bem semelhante. No seu voto, disseca o inteiro teor da lei de anistia chilena que fora devidamente aprovada, além de decisões utilizadas pelo Poder Judiciário com fundamento na respectiva lei.

Relata que, em uma primeira oportunidade, o Chile não dá validade à referida Lei, rechaçando, de igual forma, a alegada prescrição dos crimes cometidos. Entretanto, um pouco adiante, muda o entendimento.

No decorrer do seu voto, não é possível identificar o que fez a Corte chilena mudar tão radicalmente de entendimento. Posteriormente, pontua que existe um projeto legislativo, a fim de proceder com a revogação da Lei de

---

<sup>70</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 153. Revisão da Lei de Anistia de 1979. In: \_\_\_\_\_. Arguente: Conselho Federal da OAB. Arguido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 29 de abril de 2010. **Diário da Justiça**, n. 145, p. 39-40, ago. 2010. [Voto do Ministro Eros Grau].

anistia chilena, com o objetivo de sancionar os envolvidos nos crimes cometidos durante a ditadura militar do referido país.

Em seu voto, não se restringe ao Chile, dando seguimento com análises acerca de outros casos que envolvem a América Latina:

Na Argentina, estando ainda no exercício do poder os militares, a Lei nº 22.924 - chamada "Ley de Pacificación" -, em 23 de março de 1983 concedeu anistia aos delitos cometidos com motivação, finalidade terrorista ou subversiva desde 25 de maio de 1973 até 17 de junho de 1982. Tido posteriormente como lei de "auto-anistia", a Lei nº 23.040, de 22 de dezembro do mesmo ano, derogou-a, declarando-a nula. Ao final de 1983 passaram a ser promovidas perseguições penais contra guerrilheiros e juntas militares passaram a ser promovidas perseguições penais contra guerrilheiros e juntas militares (Decretos 157 e 158, de 13 de dezembro de 1983). Em 24 de dezembro de 1986 foi promulgada a Lei nº 23.492, conhecida como "Ley de Punto Final", que estabeleceu um prazo de sessenta dias para a citação, nas ações penais promovidas contra pessoas envolvidas nos conflitos políticos conhecidos como "Guerra Sucia", pena de extinção dessas mesmas ações penais. No dia 8 de junho de 1987 foi sancionada a Lei nº 23.521, conhecida como "Ley de Obediencia Debida", que isentou de culpa oficiais chefes, oficiais subalternos, sub-oficiais e pessoal de tropa das Forças Armadas, bem assim policiais e agentes penitenciários que reprimiram o terrorismo entre 24 de março de 1976 e 26 de setembro de 1983, por terem atuado cumprindo ordens. No dia 21 de agosto de 2003 sobreveio a Lei nº 25.779, que declarou nulas as Leis do Ponto Final - 23.492 - e da Obediência Devida -23.521. É certo que, em junho de 2006, a Câmara de Cassação Penal argentina declarou a inconstitucionalidade do indulto concedido pelo então Presidente Carlos Menem ao ex-General Santiago Riveros, decisão confirmada em junho de 2007 pela Corte Suprema, abrindo caminho para a declaração de inconstitucionalidade de indultos similares. Mas na Argentina - dir-se-á que em razão de mudanças do tempo e da sociedade - a revisão das leis de anistia foi procedida pelo Poder Legislativo. A Corte Suprema não as reviu, limitou-se a aplicar os preceitos aportados ao ordenamento jurídico por essa revisão.<sup>71</sup>

Logo após, traz à tona o exemplo da Argentina. No decorrer do seu voto, é possível identificar que o Ministro avalia o inteiro teor da lei de anistia da

---

<sup>71</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 153. Revisão da Lei de Anistia de 1979. In: \_\_\_\_\_. Arguente: Conselho Federal da OAB. Arguido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 29 de abril de 2010. **Diário da Justiça**, n. 145, p. 40-41, ago. 2010. [Voto do Ministro Eros Grau].

Argentina que fora devidamente aprovada, além também de decisões utilizadas pelo Poder Judiciário de tal país que se valeram de fundamentos na respectiva lei.

Ainda em seu voto, relata que a Suprema Corte Argentina manteve a decisão que declarou a inconstitucionalidade dos indultos deferidos para os agentes, responsáveis pela repressão. Esclarece, nesse sentido, de que foi possível proceder dessa forma, pois o Poder Judiciário apoiado em mudanças de lei.

O último exemplo de experiências ocorridas na América Latina mencionado pelo Ministro, no decorrer do seu voto, foi um caso ocorrido no Uruguai. Veja-se:

Também no Uruguai aconteceu assim. No dia 8 de março de 1985 foi promulgada a Lei n° 15.737, que concedeu indulto a presos políticos, bem assim aos que haviam cometido 'crimes de sangue' conexos com crimes políticos. No dia 22 de dezembro seguinte, a Lei n° 15.848/86, a chamada 'Ley de La Caducidad de la Pretensión Punitiva de Estado', anistiou os delitos cometidos até 1° de março de 1985 por funcionários policiais e militares, por motivação política ou assemelhada, bem assim os praticados no cumprimento de suas funções, em ações ordenadas pelo regime que comandou o país durante o período de fato. Em abril de 1989, no dia 16, a maioria dos eleitores uruguaios votou, em referendo então realizado, pela sua não revogação. [...] É verdade que no dia 19 de outubro, a despeito da iminência do plebiscito, a Suprema Corte de Justiça, apreciando denúncia referente à morte de uma militante comunista detida em uma unidade militar em junho de 1974, afirmou a inconstitucionalidade dessa mesma 'Ley de La Caducidad de la Pretensión Punitiva de Estado'. Isso porque ela violara o princípio da separação de poderes na medida em que excluía da órbita do Poder Judiciário o julgamento de condutas com aparência delitiva e afetara seriamente garantias que o ordenamento constitucional depositou em suas mãos. Não obstante, seis dias após, 25 de outubro, data da eleição presidencial, a maioria dos eleitores manifestou-se, em plebiscito, pela preservação de sua vigência.<sup>72</sup>

É de se destacar que em todos os casos exemplificados pelo relator, é possível notar decisões bem objetivas do Poder Judiciário de cada país que

---

<sup>72</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n° 153. Revisão da Lei de Anistia de 1979. In: \_\_\_\_\_. Arguente: Conselho Federal da OAB. Arguido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 29 de abril de 2010. **Diário da Justiça**, n. 145, p. 41, ago. 2010. [Voto do ministro Eros Grau].

buscam reavaliar suas leis de anistia, considerando os dias de democracia que vivem.

O Ministro, ao passo que utilizava um caso semelhante como embasamento de sua decisão, sinalizava razões que justificassem o fato de não seguir, a risca, a conduta adotada pelos países vizinhos.

O Ministro Ricardo Lewandowski, por seu turno, responsável por um dos votos divergentes à relatoria, fez uso do transconstitucionalismo em alguns trechos de seu voto.

Ainda que se admita, apenas para argumentar, que o país estivesse em uma situação de beligerância interna ou, na dicção do Ato Institucional 14/1969 - incorporado à Carta de 1967, por força da EC 1/1969 - enfrentando uma 'guerra psicológica adversa', 'guerra revolucionária' ou 'guerra subversiva', mesmo assim os agentes estatais estariam obrigados a respeitar os compromissos internacionais concernentes ao direito humanitário, assumidos pelo Brasil desde o início do século passado.<sup>73</sup>

Neste trecho acima citado, o Ministro, ao votar, rememora que se trata de uma nítida obrigação dar cumprimento aos tratados internacionais dos quais nosso país foi signatário. Independente do contexto em que se vive cada país, o que se deve ter em mente é que todo e qualquer documento de natureza internacional que foi devidamente recepcionado precisa ser efetivado âmbito interno do referido país.

As expressões usadas pelos militares e descritas no voto do Ministro, torna incontestável que os atos truculentos empreendidos durante a ditadura militar são completamente incompatíveis com os tratados internacionais dos quais o Brasil era aderente.

Nessa linha de raciocínio, o Ministro está pregando a utilização do transconstitucionalismo entre ordem jurídica estatal e o direito internacional público como uma maneira de tutelar os direitos fundamentais.

Dando continuidade ao seu voto, destaca o posicionamento do Comitê de Direitos Humanos da ONU, sobre todas as medidas que o Poder Judiciário

---

<sup>73</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 153. Revisão da Lei de Anistia de 1979. In: \_\_\_\_\_. Arguente: Conselho Federal da OAB. Arguido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 29 de abril de 2010. **Diário da Justiça**, n. 145, p. 118, ago. 2010. [Voto do Ministro Ricardo Lewandowski].

de cada Estado deve tomar no que diz respeito aos períodos ditatoriais. Veja-se:

Nesse passo, convém lembrar, também, que o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas já assentou que os Estados partes do Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos - ratificado pelo Brasil - têm o dever de investigar, ajuizar e punir os responsáveis por violações de direitos nele protegidos, assinalando especialmente que: '(...) nos casos em que algum funcionário público ou agente estatal tenha cometido violações dos direitos reconhecidos pelo Pacto aos quais faz referência este parágrafo (tortura e outros tratamentos cruéis, inumanos ou degradantes, privações sumárias e arbitrárias de vida, desaparecimentos forçados), os Estados partes dos quais se trate não poderão eximir os autores de sua responsabilidade jurídica pessoal, como aconteceu em certas anistias (ver observação Geral n° 20 (44) e em imunidades anteriores. Além disso, nenhum cargo oficial justifica que sejam eximidas de responsabilidade jurídica as pessoas às quais é atribuída a autoria dessas violações. Também devem ser eliminados outros impedimentos ao estabelecimento da responsabilidade penal, entre eles a defesa baseada na obediência a ordens superiores ou os prazos de prescrição excessivamente curtos, nos casos em que forem aplicadas tais prescrições'.<sup>74</sup>

O conteúdo da referência feita pela Organização das Nações Unidas é clara e objetiva no sentido de que todos os crimes e contravenções praticados devem ser investigados e o culpado receber a justa sanção, sem a intervenção de leis com fins de anistia ou argumentos rasos, tal como o de obediência à ordem estatal.

Nesse mesmo sentido e muito bem pontuado pelo Ministro votante, tem-se a Corte Interamericana de Direitos Humanos que marcha no sentido do mesmo entendimento e estimula e incentiva os países integrantes do Pacto de São José da Costa Rica a assumirem posturas concretas face dos atores da repressão:

Na mesma linha, a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou que os Estados partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - também internalizada pelo Brasil - têm o

---

<sup>74</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n° 153. Revisão da Lei de Anistia de 1979. In: \_\_\_\_\_. Arguente: Conselho Federal da OAB. Arguido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 29 de abril de 2010. **Diário da Justiça**, n. 145, p. 128-129, ago. 2010. [Voto do Ministro Ricardo Lewandowski].

dever de investigar, ajuizar e punir as violações graves aos direitos humanos, obrigação que nasce a partir do momento da ratificação do seu texto, conforme estabelece o seu art. 1.1. A Corte Interamericana acrescentou, ainda, que o descumprimento dessa obrigação configura uma violação à Convenção, gerando a responsabilidade internacional do Estado, em face da ação ou omissão de quaisquer de seus poderes ou órgãos.<sup>75</sup>

Assim como a Comitê de Direitos Humanos, a Corte Interamericana impõe que os países signatários de tratados com força internacional possuem a obrigação de aplicar punições em face dos crimes ocorridos tanto no passado, como nos dias de hoje.

Uma vez descumprida esse dever, o Estado responsável pelo descumprimento estará sujeito às medidas de responsabilização. Sobre esse ponto, o Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto, assinala lista demandas julgadas pela Corte IDH em que se aderiu a esse posicionamento.

Reconheço que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em diversos julgamentos - como aqueles proferidos, p. ex., nos casos contra o Peru ("Barrios Altos", em 2001 e "Loayza Tamayo", em 1998) e contra o Chile ('Almonacid Arellano e outros', em 2006) -, proclamou a absoluta incompatibilidade, com os princípios consagrados na Convenção Americana de Direitos Humanos, das leis nacionais que concederam anistia, unicamente, a agentes estatais, as denominadas 'leis de autoanistia'. A razão dos diversos precedentes firmados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos apoia-se no reconhecimento de que o Pacto de São José da Costa Rica não tolera o esquecimento penal de violações aos direitos fundamentais da pessoa humana nem legitima leis nacionais que amparam e protegem criminosos que ultrajaram, de modo sistemático, valores essenciais protegidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos e que perpetraram, covardemente, à sombra do Poder e nos porões da ditadura a que serviram, os mais ominosos e cruéis delitos, como o homicídio, o sequestro, o desaparecimento forçado das vítimas, o estupro, a tortura e outros atentados às pessoas daqueles que se opuseram aos regimes de exceção que vigoraram, em determinado momento histórico, em inúmeros países da América Latina. É preciso ressaltar, no entanto, como já referido, que a lei de anistia brasileira, exatamente por seu caráter bilateral, não pode ser qualificada como lei de auto-anistia, o que torna inconsistente, para os fins deste

---

<sup>75</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 153. Revisão da Lei de Anistia de 1979. In: \_\_\_\_\_. Arguente Conselho Federal da OAB. Arguido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 29 de abril de 2010. Diário da Justiça, n. 145, p. 129, ago. 2010. [Voto do Ministro Ricardo Lewandowski]

juízo, a invocação dos mencionados precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Com efeito, a Lei nº 6.683/79 - que traduz exemplo expressivo de anistia de 'mão dupla' (ou de 'dupla via'), pois se estendeu tanto aos opositores do regime militar quanto aos agentes da repressão - não consagrou a denominada anistia em branco, que busca, unicamente, suprimir a responsabilidade dos agentes do Estado e que constituiu instrumento utilizado, em seu próprio favor, por ditaduras latino-americanas.<sup>76</sup>

Como averiguado, o Min. Celso de Mello demonstra o entendimento de precedentes decorrentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, evidenciando sua repulsa pessoal à tirania militar brasileira e às violações de direitos humanos praticadas naquele tempo, porém sinaliza que os julgados Corte IDH se referiram a países nos quais a lei de anistia não teve o cunho bilateral, ou seja, de favorecer os dois lados abrangidos na altercação política. Desse jeito, a Corte IDH teria comprovado repreensão somente às chamadas leis de "auto-anistia".

Interpretando por outro lado, o Ministro ignorou os precedentes daquela Corte anteriormente rememorados através do Min. Ricardo Lewandowski, no qual existe uma indicação nítida de que todos os crimes precisam ser investigados, julgados, e, se for o caso e existir a justa causa (indícios suficientes de autoria e materialidade do fato) precisam ser punidos. Vale destacar o fato de que não há ressalvas. Não há um posicionamento de apenas fazê-lo caso a lei seja de "auto -anistia".

Além disso, em todos os países da América Latina no qual vigoraram regimes ditatoriais, os militares similarmente fizeram concessões aos opositores do governo tirano. Se não o fizessem não teriam achado um local adepto para a aprovação das respectivas leis. Mesmo assim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos não enfrentou obstáculos para aplicar punições aos atores da repressão.

Para encerrar, é válido examinar a ponderação expressa no decorrer do voto do Ministro Cezar Peluso, que, à época do julgamento, era o presidente da Suprema Corte do Brasil.

---

<sup>76</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 153. Revisão da Lei de Anistia de 1979. In: \_\_\_\_\_. Arguente: Conselho Federal da OAB. Arguido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 29 de abril de 2010. **Diário da Justiça**, n. 145, p. 183-184, ago. 2010. [Voto do Ministro Celso Mello].

[...] o caso não é de autoanistia, censurada pelos tribunais internacionais. Seria de autoanistia, se tivesse provindo de ato institucional ou de unilateral ato normativo equivalente. Ela proveio de um acordo, como tantos outros celebrados no mundo, e dos quais, só para lembrar caso que me parece mais exemplar, o consumado na África do Sul, que concedeu anistia ainda mais ampla do que a nossa.<sup>77</sup>

Neste trecho, há uma reprodução dos esclarecimentos feitos pelo Ministro Celso de Mello, quanto ao fato de que a demanda brasileira não se configura uma lei de “autoanistia”, uma vez que houve uma tentativa de reconciliação em âmbito nacional, inclusive, com bilateralidade de favorecimentos.

Em suma, como já dito, afirma-se que as legislações argentina, uruguaia e chilena que foram aprovadas destoam um pouco da lei brasileira, impedindo a aplicação de conduta idêntica aos casos.

Vê-se, portanto, que o Ministro fez uso do fenômeno do transconstitucionalismo entre ordens jurídicas distintas para rejeitar e impedir a aplicação de outras experiências no caso então julgado pelo STF.

Como dito, é possível se valer da “utilização às avessas”, não tirando a essência do transconstitucionalismo como forma de mecanismo de motivação das decisões.

---

<sup>77</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADFP nº 153. Revisão da Lei de Anistia de 1979. In: \_\_\_\_\_. Arguente: Conselho Federal da OAB. Arguido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 29 de abril de 2010. **Diário da Justiça**, n. 145, p. 210, ago. 2010. [Voto do Ministro César Peluso].

### 4.3 AGRAVO REGIMENTAL NA AP N° 470/MG – MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL X JOSÉ DIRCEU DE OLIVEIRA E SILVA E OUTROS - ADMISSIBILIDADE DOS EMBARGOS INFRINGENTES - DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E NO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA

#### 4.3.1 Sinopse fática do caso

No ano de 2007, o STF recepcionou denúncia em desfavor de quarenta suspeitos de participação no suposto esquema de mensalão delatado no ano de 2005 pelo deputado, à época, Roberto Jefferson. Segundo a denúncia de Jefferson, os parlamentares dos aliados ao governo, recebiam valores frequentes em troca de votação no Congresso de acordo com os interesses do governo.

Na esfera judicializada, o Relator da Ação Penal, que foi tombada sob o número 470, foi o Min. Joaquim Barbosa. A denúncia foi devidamente recepcionada apenas contra 37 dos 40 denunciados, fazendo estes assumirem a qualidade de Réus.

Essa demanda foi considerada o maior processo de toda a história do STF, em termos físicos. Além disso, também pode-se afirmar que foi o que mais repercutiu nas mídias nacionais, sem falar da complexidade de seu conteúdo.

Foram, ao todo, vinte e seis réus condenados. Da condenação, todos os réus opuseram embargos declaratórios. Após a decisão sobre cada um dos embargos, os réus que obtiveram, pelo menos, 04 votos pela sua absolvição de, pelo menos, um crime que lhe recaía (nos termos do artigo 333, I, do RISTF, opuseram embargos infringentes e aí nasce a grande questão: a admissibilidade dos embargos infringentes.

O Ministro Joaquim Barbosa, relator deste caso, não conheceu o referido recurso, o que ensejou que a defesa interpusesse agravo regimental em face de tal decisão. No momento da votação, sobreveio um empate, forçando que o voto do Ministro Celso de Mello, fosse o voto decisivo. O Ministro votou em favor da admissibilidade do recurso, desempatando o placar.

A divergência concentrava-se no fato de que parte do Tribunal entendia que a Lei 8.038/90 teria procedido com a revogação tácita do dispositivo legal que estabelecia a possibilidade de oposição de embargos infringentes. Por outro lado, os demais integrantes do Tribunal tinham o entendimento de que a revogação não poderia ser tácita e sim expressa, o que não ocorreu no presente caso.

No decorrer dos votos, um ponto crucial da discussão sobre o tema foi a necessidade de adequar o entendimento do STF com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o duplo grau de jurisdição. Configura-se, desta sorte, a existência do transconstitucionalismo. A decisão foi proferida no dia 18 de setembro de 2013.

A maioria foi composta pelos Ministros Luís Roberto Barroso, Teori Zavaski, Rosa Weber, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, e Celso de Mello. Vencidos os Ministros Luiz Fux, Carmem Lúcia, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, e Joaquim Barbosa.

#### **4.3.2 Identificação do transconstitucionalismo**

Nessa demanda, o Ministro que mais utilizou o instituto do transconstitucionalismo para fundamentar seu entendimento e, desta sorte, fez referência a julgados já existentes sobre a mesma temática, sem dúvida, foi o Ministro Celso de Mello.

O Ministro fez, por diversas vezes, referência ao Pacto de São José da Costa, principalmente no que diz respeito à previsão expressa do duplo grau de jurisdição. Veja-se:

*De outro lado, há a considerar, ainda, um outro aspecto que tenho por pertinente no exame da controvérsia ora em julgamento e que se refere ao fato de que a regra consubstanciada no art. 333, inciso I, do RISTF busca permitir, ainda que de modo incompleto, a concretização, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no contexto das causas penais originárias, do postulado do duplo reexame, que visaria amparar o direito consagrado na própria Convenção Americana de Direitos Humanos, na medida em que realiza, embora insuficientemente, a cláusula convencional da proteção*

judicial efetiva (**Pacto de São José da Costa Rica**, Art. 8º, n. 2, **alínea “h”**).<sup>78</sup>

Antes de iniciar o seu voto, o Ministro já esclarece que entende que deve ser feita a análise do artigo 333, I, do RISTF sob os parâmetros expostos no Pacto de São José da Costa Rica. Sendo assim, muito embora não faça referência expressa à utilização do transconstitucionalismo, o Ministro, antes mesmo de proferir o voto, já sinaliza que fará uso de tal fenômeno.

Nesse sentido, explica que seu entendimento é que dar seguimento aos embargos infringentes se coaduna com a tentativa de tornar concreta a exigência de duplo grau de jurisdição prevista no Pacto de São José da Costa Rica. Veja-se:

*A adoção do critério do duplo reexame nos julgamentos penais condenatórios realizados pelo Supremo Tribunal Federal, possibilitando a utilização dos embargos infringentes na hipótese singular prevista no art. 333, inciso I, do RISTF, permitirá alcançar solução, não obstante limitada, nos casos em que o Supremo Tribunal Federal, atuando originariamente como instância judiciária única, proferir, por votação majoritária, julgamentos penais desfavoráveis ao réu.*<sup>79</sup>

No julgamento, salientou-se, ainda, que a questão do duplo grau de jurisdição é aplicável para todos as pessoas que detêm foro por prerrogativa de função. É perceptível no trecho a seguir:

*Esse direito ao duplo grau de jurisdição, consoante adverte a Corte Interamericana de Direitos Humanos, é também invocável mesmo nas hipóteses de condenações penais em decorrência de prerrogativa de foro, decretadas, em sede originária, por Cortes Supremas de Justiça estruturadas no âmbito dos Estados integrantes do sistema interamericano que hajam formalmente reconhecido, como obrigatória, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em*

<sup>78</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP nº 470/MG. Duplo grau de jurisdição na constituição brasileira e no pacto de São José da Costa Rica. In: \_\_\_\_\_. Autor: Ministério Público Federal. Réus: José Dirceu de Oliveira e Silva e outros. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 19 de setembro de 2013. **Diário da Justiça**, n. 074, p. 25, abr. 2013. [Voto do Ministro Celso de Mello].

<sup>79</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP nº 470/MG. Duplo grau de jurisdição na constituição brasileira e no pacto de São José da Costa Rica. In: \_\_\_\_\_. Autor: Ministério Público Federal. Réus: José Dirceu de Oliveira e Silva e outros. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 19 de setembro de 2013. **Diário da Justiça**, n. 074, p. 25, abr. 2013. [Voto do Ministro Celso de Mello].

todos os casos relativos à interpretação ou aplicação do Pacto de São José da Costa Rica.<sup>80</sup>

Essa verificação é fruto de uma decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, qual seja, o caso Barreto Leiva vs. Venezuela.

Nessa decisão aqui enfrentada, determinou-se de forma nítida e objetiva que a imprescindibilidade do duplo grau de jurisdição assume a roupagem de um direito fundamental em benefício das pessoas que gozam de foro por prerrogativa de função (aquelas que são julgadas diretamente pelo STF, sem que o processo tenha tramitado em corte inferior).

O Ministro Celso de Mello não se restringiu a citar julgados da Corte, nem mencionar o Pacto São José da Costa Rica, indo mais além. Em seu voto, alertou que os Estados partes, ao assinarem convenções e tratados de natureza internacional, tornam-se diretamente vinculados a esses documentos. Isso porque, nesse contexto, as normas foram devidamente recepcionadas no plano interno.

A questão central, *neste tema*, considerada a *limitação* da soberania dos Estados (com evidente afastamento das concepções de JEAN BODIN), notadamente *em matéria de Direitos Humanos*, e a voluntária adesão do Brasil a esses importantíssimos *estatutos internacionais* de proteção *regional e global* aos direitos básicos da pessoa humana, consiste em manter fidelidade aos compromissos que o Estado brasileiro assumiu na ordem internacional, eis que continua a prevalecer, *ainda*, o clássico dogma – *reafirmado* pelo Artigo 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, hoje incorporada ao ordenamento interno de nosso País (Decreto nº 7.030/2009) –, segundo o qual “*pacta sunt servanda*”, vale dizer, “*Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé*”, sendo-lhe inoponíveis, consoante diretriz fundada no Artigo 27 dessa mesma Convenção de Viena, *as disposições do direito interno do Estado nacional*, que não poderá justificar, *com base em tais regras domésticas*, o inadimplemento de suas

---

<sup>80</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP nº 470/MG. Duplo grau de jurisdição na constituição brasileira e no pacto de São José da Costa Rica. In: \_\_\_\_\_. Autor: Ministério Público Federal. Réus: José Dirceu de Oliveira e Silva e outros. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 19 de setembro de 2013. **Diário da Justiça**, n. 074, p. 26, abr. 2013. [Voto do Ministro Celso de Mello].

obrigações convencionais, sob pena de cometer grave *ilícito internacional*.<sup>81</sup>

Percebe-se, portanto, tratar-se de respeito em relação aos tratados internacionais. Essa conduta de condescendência às convenções internacionais é possível através da aderência da jurisprudência internacional em cada processo brasileiro, notadamente, nos que tramitam no STF. Nesse contexto de Direito Internacional, é possível, inclusive, aplicar os termos do *pacta sunt servanda*.

Por fim, vale ressaltar, a fim de se estabelecer uma melhor percepção do caso ora em discussão, que a Constituição Federal de 1988 não prevê expressamente a existência do duplo grau de jurisdição. No art. 5º, que enumera a lista de direitos e garantias fundamentais, não há nenhuma referência ao duplo grau de jurisdição.

No decorrer da Constituição Federal, estão previstos outros direitos fundamentais, os quais não foram incluídos no rol do artigo 5º, porém, mesmo assim, inexistente qualquer previsão acerca do duplo grau de jurisdição.

Desse modo, existem duas possíveis conclusões para o caso em discussão. Pode-se considerar que, em que pese não constar expressamente no teor da Constituição Federal, o duplo grau de jurisdição é um direito fundamental, porém de natureza implícita, sendo detentor de todas as peculiaridades inerentes a um direito fundamental explícito.

Outro possível caminho a ser seguido é considerar que por não existir previsão legal que eleve o duplo grau de jurisdição à qualidade de direito fundamental, ele não assume essa condição, não fazendo jus, portanto, aos benefícios. Dessa forma, é preciso analisar cada situação.

Nesse sentido, o Ministro Celso de Mello, em seu voto, se posicionou no sentido de que todos os tratados internacionais, principalmente os que versam sobre direitos humanos, possuem hierarquia constitucional, razão pela qual necessitam ser obedecidos.

---

<sup>81</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP nº 470/MG. Duplo grau de jurisdição na constituição brasileira e no pacto de São José da Costa Rica. In: \_\_\_\_\_. Autor: Ministério Público Federal. Réus: José Dirceu de Oliveira e Silva e outros. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 19 de setembro de 2013. **Diário da Justiça**, n. 074, p. 28-29 abr. 2013. [Voto do Ministro Celso de Mello].

Nessa linha de raciocínio, portanto, a própria omissão da Constituição Federal quanto ao tema dá margem para uma aplicação direta e objetiva do entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que ocorreu no presente caso.

Portanto, seguindo tal entendimento, percebe-se que o STF, no julgamento da apelação tombada sob o nº 470, coadunou-se com o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos ao se posicionar, por maioria, pela admissibilidade dos embargos infringentes.

#### 4.4 PROCESSO DE EXTRADIÇÃO Nº 1362/DF – GOVERNO DA ARGENTINA X SALVADOR SICILIANO – PRESCRIÇÃO NOS TERMOS DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A PRESENÇA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO NO JULGADO

O Tribunal Pleno, ao julgar o caso em questão, decidiu por maioria, indeferir o pedido de extradição efetivado pelo governo argentino, em face de um homem que fora indiciado pela suposta prática de delitos denominados de “lesa-humanidade”.

Esse cidadão estava sendo indiciado por vários crimes. Caso fosse realizada uma correspondência com o Código Penal do Brasil, os crimes seriam homicídio qualificado, sequestro, formação de quadrilha, associação criminosa etc. Tais crimes supostamente teriam sido executados no lapso temporal em que o extraditando incorporava um grupo dito terrorista, entre os anos de 1973 e 1975. Esse grupo tinha o objetivo de atacar o governo argentino vigente naquela época.

O debate desse julgamento rendeu a produção de informativos no STF. O Tribunal Colegiado determinou a extinção da punibilidade dos crimes supostamente cometidos pelo extraditando, levando em consideração o Código Penal brasileiro. Além disso, destacou-se que não haveria que se falar em violação da dupla punibilidade.

O desfecho do julgamento foi efetivado com a conclusão de que, uma vez configurada a prescrição dos crimes, nos termos da legislação brasileira, um possível acolhimento do requerimento de extradição, violaria o próprio

tratado de extradição, que requer que sejam observados os requisitos da dupla punibilidade.

Para fundamentar essa decisão, os Ministros fizeram uso de alguns julgados realizados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em casos que a sinopse fática era semelhante. Citaram, por exemplo, o caso *Wong Ho Wing vs. Peru*, que teve sentença proferida em junho de 2015.

Nessa linha de raciocínio, o Ministro Gilmar Mendes destacou que o Brasil, por ser signatário do Pacto San José da Costa Rica, obrigou-se a dar cumprimento às decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Veja-se:

Avaliar o enquadramento dos fatos tem o potencial de nos colocar em colisão com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Há maciça jurisprudência da Corte Regional sobre crimes contra a humanidade. O caso mais representativo para este julgamento é o *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentença de 26 de setembro de 2006. Tratou-se de um assassinato praticado em 1973. A conclusão do julgamento foi que o nexos com guerra já era desnecessário nesse ponto da história - §§ 94-99.<sup>82</sup>

O inteiro teor do acórdão foi publicado no dia 05 de setembro de 2017, tendo a decisão transitada em julgado logo em seguida, sem maiores questionamentos.

#### 4.5 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2404/DF – PARTIDO TRABALHISTA BRASILEIRO X PRESIDENTE DA REPÚBLICA E CONGRESSO NACIONAL - SANÇÃO A EMISSORA POR PROGRAMA FORA DO HORÁRIO INDICATIVO E A PRESENÇA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO

O STF declarou a inconstitucionalidade do termo “em horário diverso do autorizado”, expresso no artigo 254 da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990,

---

<sup>82</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição 1.362**. Requerente: Governo da Argentina. Relator: Min. Edson Fachin, Brasília, DF, 9 de novembro de 2016a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13525350>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê aplicação de multa e suspensão de programação da emissoras de rádio e/ou TV que exibirem sua programação em horário distinto do autorizado pela classificação indicativa.

Foi aduzida na inicial do presente caso, a restrição constitucional de toda manifestação de censura, independente de sua natureza. Destacou-se que é de responsabilidade do Estado apenas comunicar qual a faixa etária é indicada para cada tipo de programação, sinalizando que tal informação é meramente indicativa e não impositiva. Desta sorte, conclui-se, ainda na exordial desta demanda, que a expressão “autorizado”, introduzida na norma contestada, dá uma ideia de vinculação e imposição à classificação etária indicada, o que não é a realidade.

Nesse sentido, destacou-se que inexistente no texto constitucional brasileiro qualquer disposição que autorize inferir ser admitida a censura prévia. Informar não pode ser, jamais, censurar. Assim, a expressão “autorizado”, constante do art. 254 do Estatuto da Criança e do Adolescente, conquanto remeta à classificação prévia, deve fazê-lo nos termos admitidos pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Para fundamentar seu voto, o Ministro Edson Fachin não se restringiu a sinalizar um ou outro julgado da Corte Interamericana, o Ministro colacionou trechos na íntegra de decisões proferidas pela referida Corte. Veja-se:

La Corte ha señalado anteriormente, con respecto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber: ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

Al respecto, la Corte ha indicado que la primera dimensión de la libertad de expresión “no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios”. En este sentido, la expresión y la difusión de pensamientos e ideas son

indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.

Con respecto a la segunda dimensión del derecho a la libertad de expresión esto es, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todos a conocer opiniones, relatos y noticias vertidas por terceros. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.

Este Tribunal ha afirmado que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas plenamente en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención. (Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentencia de 2 de julho de 2004, série C, n. 107).

“95. La Corte considera importante destacar, como en casos anteriores, que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, sino que puede ser objeto de restricciones, tal como lo señalan el artículo 13 de la Convención en sus incisos 4 y 5 y el artículo 30 de la misma. Asimismo, la Convención Americana, en el inciso 2 del referido artículo 13 de la Convención, prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de expresión, que se manifiestan a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho, las cuales no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa”. (Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, sentencia de 31 de agosto de 2004, série C, n. 111).<sup>83</sup>

A resolução para o caso elaborada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos foi muito similar ao disposto nos artigos inseridos no Estatuto da Criança e do Adolescente. Nessa linha de raciocínio, o art. 75 da Lei 8.069 dispõe que “toda criança ou adolescente terá acesso às diversões e espetáculos públicos classificados como adequados à sua faixa etária”. Desta sorte, não se proíbe diretamente a exibição, mas é exigível uma classificação prévia e é como tal, ou seja, um juízo classificatório e indicativo, que deve ser

---

<sup>83</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.404**. Requerente: Partido Trabalhista Brasileiro PTB. Relator: Min. Dias Toffoli, Brasília, DF, 31 de agosto de 2016b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13259339>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

interpretada a norma prevista no art. 13, § 4o, do Pacto de São José da Costa Rica.

Percebe-se que as normas inseridas na Constituição e no Pacto de São José da Costa Rica, no entanto, não fazem referência expressa sobre o controle de acesso à programação da televisão aberta. A decisão que julgou procedente a ADI foi publicada no dia 01 de agosto de 2017, tendo transitado em julgado logo em seguida, sem questionamentos.

#### 4.6 RECURSO EXTRAORDINÁRIO N° 592581/RS – MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL X ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – POSSIBILIDADE DO JUDICIÁRIO OBRIGAR REALIZAÇÃO DE OBRAS EM PRESÍDIOS E A PRESENÇA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO

O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu que o Poder Judiciário pode determinar que a Administração Pública realize reformas de emergência ou qualquer outro tipo de obras em presídios, com o intuito de garantir os direitos fundamentais dos presos, a exemplo de sua integridade física e moral.

No juízo de origem, o Ministério Público do Rio Grande do Sul propôs uma ação civil pública em face do Estado do Rio Grande do Sul para que este providenciasse uma reforma de emergência no Albergue Estadual de Uruguaiana, albergue carcerário. O juízo de primeira instância determinou a reforma do estabelecimento, em um prazo de seis meses.

O Estado condenado recorreu ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que reformou a sentença por considerar que não cabe ao Judiciário determinar que o Poder Executivo realize obras em estabelecimento prisional, “sob pena de ingerência indevida em seara reservada à Administração”. O caso foi até o STF, que, por sua vez, proferiu decisão em consonância com aquela exarada em primeira instância. Foi-se discutido, sobretudo, os direitos humanos que são constantemente violados no âmbito carcerário.

Nesse caso, o Ministro Ricardo Lewandowski não se restringiu apenas a citar o entendimento da Corte Interamericana ou até a analisar algum julgado

que possuísse um conteúdo semelhante. O Ministro abriu um tópico em seu voto denominado *Sanções da CIDH contra o Brasil*.

Nesse tópico de seu voto, o Ministro rememora todos os processos ajuizados em face do Brasil, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em decorrência das frequentes violações a direitos humanos no âmbito carcerário. Veja-se:

Recordo, ainda, que, em consequência da reiterada violação aos direitos humanos dos presos no Brasil, já foram ajuizados contra o País diversos processos perante a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>36</sup>. Dentre eles, o de maior repercussão é aquele que envolve a denúncia de mortes e maus-tratos de detentos no Presídio José Mário Alves da Silva, conhecido como “Urso Branco”, situado em Porto Velho/RO.<sup>84</sup>

O caso mencionado, conhecido por *Caso Urso Branco*, é classificado, na esfera internacional, um verdadeiro paradigma da indiferença com a qual, as entidades brasileiras tratam o sistema penitenciário e seus integrantes. Como bem apontou o Ministro Lewandowski, lamentavelmente, a situação do Urso Branco não é o único exemplo de crítica internacional à violação de direitos dentro do cárcere.

A decisão em apreço foi publicada em fevereiro de 2016 e tem embargos declaratórios pendentes de julgamento.

#### 4.7 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N° 4815/DF – ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS X PRESIDENTE DA REPÚBLICA E CONGRESSO NACIONAL – INEXIGIBILIDADE DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO PARA BIOGRAFIAS E A PRESENÇA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO

---

<sup>84</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 592.581**. Requerente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Porto Alegre, RS. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2018.

De forma unânime, o Tribunal Pleno do STF decidiu pela procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade tombada sob o nº 4815 e determinou que não é necessária a autorização prévia à publicação de obras biográficas. A relatora desse caso foi a Ministra Carmem Lúcia. Segundo seu voto e dos demais que seguiram a relatoria, a decisão que fora proferida interpreta os artigos 20 e 21 do Código Civil, consoante a Constituição Federal e se adequa aos direitos fundamentais de liberdade de expressão no que se refere à atividade intelectual, audiovisual, científica, artística e de comunicação, exterminando quaisquer resquícios de censura.

Nesse entendimento, destacou-se que uma norma com hierarquia inferior à Constituição Federal, como é o caso do Código Civil não tem o condão de minimizar ou relativizar o direito de liberdade de expressão, bem como o direito de criar obras artísticas.

O Ministro Barroso enfatizou que a demanda que estava sendo julgada envolvia uma contenda entre o direito de se expressar, de informar, de um lado, e os direitos que dizem respeito à personalidade do outro, tais como, honra, privacidade etc. Alertou ao fato que, diante dessa tensão, o Código Civil foi mais tendencioso em relação aos direitos de personalidade. Ocorre que todos os direitos que envolvem a liberdade de expressão possuem uma posição hierárquica mais privilegiada dentro do sistema constitucional. Por fim, o Ministro ressaltou, por outro lado, que todos os direitos de uma pessoa biografada não ficarão desamparados, uma vez que qualquer abusividade identificada deverá ser objeto de uma posterior reparação civil ou até mesmo uma responsabilização penal.

Voltando ao voto da Ministra Carmem Lúcia, é importante perceber como a Ministra dá destaque ao Princípio da Liberdade de Expressão. Neste ponto, faz analogia a um caso ocorrido no Chile no início da década de 2000.

Exemplo de interpretação e aplicação daqueles princípios teve-se no julgamento do caso *Olmedo Bustos e outros versus Chile* (2001). O caso refere-se à proibição de exibição do filme *A Última Tentação de Cristo* com base no art. 19, inc. 12, da Constituição chilena, que então permitia censura prévia. O texto foi posteriormente alterado.<sup>85</sup>

---

<sup>85</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815**. Requerente: Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL. Relatora: Min. Cármen

O caso chileno mencionado foi submetido ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sendo apreciado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no ano de 1999 encaminhou o caso para que fosse submetido à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Corte, por sua vez, determinou que o Chile violou o art. 13 da Convenção Americana. Nos termos e argumentos da sentença da Corte, restou comprovada a censura prévia na proibição de exibição do filme, contrariando o direito à liberdade de expressão.

Os fundamentos utilizados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para sentenciar o Estado chileno foram os mesmos utilizados pelo STF para julgar procedente a ação direta de inconstitucionalidade que se julgava.

A decisão foi publicada no dia 01 de fevereiro de 2016 e no mesmo mês transitou em julgado, uma vez que não houve discussões acerca do mérito decidido.

#### 4.8 RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 591054/SC – MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA X SANDRO GASPARI – INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO E A CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES E A PRESENÇA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO

O recurso aqui discutido foi interposto pelo Ministério Público de Santa Catarina, no qual, em suas razões, defendia a possibilidade de levar em consideração a mera existência de ações criminais em andamento como maus antecedentes, para fins de dosimetria de pena, em desfavor do acusado culpado.

Por fim, julgou-se pela maioria dos votos e ficou determinado que a simples existência de inquéritos ou até mesmo de ações criminais sem que tenha havido o trânsito em julgado não podem ser contabilizadas como maus antecedentes, por ferir o princípio da inocência. O julgamento foi finalizado com

a leitura do voto do Ministro Celso de Mello, cujo teor foi no sentido de dar desprovimento ao recurso do MP/SC, ou seja, acompanhando o voto do relator, Ministro Marco Aurélio.

No decorrer dos votos, foi bastante destacado o artigo 5º, LVII, da Constituição Federal que preserva a garantia de que nenhuma pessoa será considerada culpada antes do trânsito em julgado de uma sentença condenatória. Assim, para fins de aumento de pena, apenas podem ser contabilizadas as decisões condenatórias devidamente transitadas.

Destaque-se que nem mesmo as condenações com recursos pendentes de julgamentos podem ser valoradas, nem mesmo investigações criminais preliminares. Tudo em favor da presunção da inocência.

Para embasar o seu entendimento, o Ministro relator Marco Aurélio citou vários casos análogos que foram sentenciados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Afirmou que o entendimento de preservar o princípio da presunção da inocência está absolutamente em conformidade com a jurisprudência da Corte latino-americana. No seu voto citou quatro casos, quais sejam, o caso Ricardo Canese, sentenciado em agosto de 2004, o caso Cabrera García e Montiel Flores, sentenciado em novembro de 2010, o caso Tibi, sentenciado em setembro de 2004 e o caso Cantoral Benavides, sentenciado em agosto de 2000.

Esse ponto de vista está em absoluta consonância com a moderna jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Na decisão relativa ao caso Ricardo Canese (Sentença de 31 de agosto de 2004, Série C, nº 111, parágrafo 154), por exemplo, referiu-se ao princípio consubstanciado no artigo 8º, parágrafo 2º, do Pacto de São José da Costa Rica 6 , promulgado entre nós pelo Decreto nº 678/2002, como um elemento essencial para a realização efetiva do direito à defesa, a acompanhar o acusado durante toda a tramitação do processo, até que o título condenatório no qual assentada a culpabilidade transite em julgado. Em pronunciamento alusivo ao caso Cabrera García e Montiel Flores (Sentença de 26 de novembro de 2010, Série C, nº 220, parágrafo 184), entendeu vulneradora da garantia a decisão judicial em que refletida opinião a selar a culpa do acusado antes de este vir a ser pronunciado como tal. No julgamento dos casos Tibi (Sentença de 7 de setembro de 2004, Série C, nº 114, parágrafo 182) e Cantoral Benavides (Sentença de 18 de agosto de 2000, Série C, nº 69, parágrafo 120), assinalou ser defeso ao Estado condenar informalmente uma pessoa ou emitir juízo de valor à

sociedade, de molde a formar opinião pública, enquanto não chancelada a responsabilidade penal.<sup>86</sup>

Foram transcritos trechos na íntegra de julgados proferidos pela Corte, a exemplo do caso Cantoral Benavides.

O acusado, por força da regra que estamos estudando, tem o direito de receber a devida 'consideração' bem como o direito de ser tratado como não participante do fato imputado. Como 'regra de tratamento' a presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de reconhecimento da culpabilidade do imputado, seja por situações, práticas, palavras, gestos etc., podendo-se exemplificar: a impropriedade de se manter o acusado em exposição humilhante no banco dos réus, o uso de algemas quando desnecessário, a divulgação abusiva de fatos e nomes de pessoas pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar em razão da existência de condenação em primeira instância etc. É contrária à presunção de inocência a exibição de uma pessoa aos meios de comunicação vestida com traje infamante (Corte Interamericana, Caso Cantoral Benavides, Sentença de 18.08.2000, parágrafo 119).<sup>87</sup>

A decisão foi absolutamente adequada ao entendimento exarado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, tendo sido publicada em abril de 2015, sem maiores interpelações quanto ao seu mérito. Sendo assim, transitou em julgado no mês seguinte, em 08 de maio de 2015.

---

<sup>86</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 591.054**. Requerente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Requerido: Sandro Gaspari. Relator: Min. Marco Aurélio, Florianópolis, SC, 17 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7866690>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

<sup>87</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 591.054**. Requerente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Requerido: Sandro Gaspari. Relator: Min. Marco Aurélio, Florianópolis, SC, 17 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7866690>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O aparecimento de uma sociedade cada vez mais entrelaçada nas esferas social, econômica, política e cultural fez com que critérios geográficos de mera localização fossem cada vez mais desimportantes entre as nações, constituindo, desta sorte, uma dita sociedade global.

Nesse contexto, a didática constitucionalista se vincula intimamente e diretamente com as alterações na estrutura social, por isso torna-se inviável separar, no cenário da heterogeneidade e da complexidade estrutural de uma sociedade mundial, a roupagem constitucionalista das transformações sociais e estruturais da terra. Se o nível de complexidade da sociedade é alterado, a semântica orientadora da constituição precisa acompanhá-lo, sob o risco de perder o seu vínculo com a realidade.

Todo esse processo deu origem a várias instâncias constitucionais, muitas delas, inclusive, não estatais, que estabelecem relações transversais entre si e se tornam simultaneamente relevantes na hora de solucionar problemas constitucionais comuns.

Assim, impasses com temáticas constitucionais típicas, em especial as de direitos ressurgem, acompanhadas com um aspecto de pretensões que solucionam ou tentam solucionar questões constitucionais através de ordens diversas.

Dessa forma, ocorre o deslocamento do direito constitucional, que sai da esfera exclusiva do Estado e se divide também entre esferas supraestatais, internacionais ou transnacionais, e também, muitas vezes, partilha-se no seio do próprio Estado, abrindo-se espaço para o diálogo interconstitucional entre o direito do Estado e aquele dos grupos étnicos locais. O transconstitucionalismo sugere a superação de um paradigma nacional-estatal do constitucionalismo, bem como do direito internacional público clássico, a partir do reconhecimento de que os problemas nucleares do constitucionalismo são debatidos por diversas ordens jurídicas entrelaçadas, principalmente (mas não só) no interior das diversas cortes constitucionais.

Em outras palavras, o Direito foi influenciado por todo esse procedimento e, da mesma maneira que aconteceu com a sociedade, também foi submetido à globalização, tornando viável atestar que os problemas de

natureza constitucional das inúmeras ordens jurídicas existentes (estatal, local, regional, supranacional, internacional, e transnacional) são cada vez mais, idênticos ou parecidos, tornando imprescindível o diálogo entre essas ordens jurídicas distintas a fim de propiciar um aprendizado e intercâmbio de conhecimento.

Nesse cenário, especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais, respalda-se o entendimento de que, embora não se possa remover a utilização do Direito Constitucional clássico de determinado país, o constitucionalismo abre-se para searas que transcendem o Estado. Isso se dá as questões constitucionais, especialmente os referentes aos direitos fundamentais, transitam simultaneamente por ordens jurídicas diversas, que atuam em conjunto na busca de soluções.

O STF já demonstrou uma grande abertura para o diálogo com outros sistemas jurídicos, inclusive, tendo assinado uma carta de cooperação com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que foi objeto de análise em um tópico específico deste trabalho.

Nesse contexto, na presente dissertação, foi analisado todas as decisões proferidas pelo STF que, no decorrer dos votos exarados pelos Ministros, foi citada a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Foi escolhido para esse trabalho apenas as decisões exaradas pelo Tribunal Pleno da Suprema Corte, com o intuito de poder avaliar a conduta e o posicionamento de todos os ministros integrantes de tal Tribunal. Além disso, estabeleceu-se um corte temporal de 2010 a 2017, a fim de refletir o posicionamento mais atual do STF.

Constatou-se que os problemas enfrentados em casos brasileiros já haviam sido enfrentados em outros países (casos levados a CIDH), o que fez com que a Suprema Corte brasileira, através do transconstitucionalismo, fizesse uso dessas experiências vividas, por meio dos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, para embasar e fundamentar suas decisões.

Notou-se que a partir do momento em que o fenômeno do transconstitucionalismo é utilizado como forma de argumentar da melhor maneira as decisões, estas sofrem um número menor de refutações.

Nos exemplos usados neste trabalho, a grande maioria das decisões, inclusive, sobreveio o trânsito em julgado logo após a publicação, ou seja, em face de tais decisões não foram interpostos recursos com o intuito de contestá-las.

## REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ALLAIN, João Paulo. **A necessidade de uma leitura cíclica do fato jurídico**: do diálogo entre as fontes do direito ao transconstitucionalismo entre as ordens jurídicas. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/bx47d9jb/XROZgz4IPE3k1Bq.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2017.
- ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. São Paulo: [s.n.], 2013.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALVES, Lindgren J. A. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 1994.
- ANDERSON, Benedict. **Imagined Communities**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- ANNONI, Danielle. **Direitos Humanos & acesso à justiça no direito internacional**: responsabilidade internacional. Curitiba: Juruá, 2003.
- ARENDT, Hannah. **A vida do espírito**. Tradução de Cesar Almeida e outros. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. 4. ed. Tradução de Mauro Barbosa. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
- BARROSO, Luís Roberto. Foro privilegiado deve ser restrito a poucas autoridades. **Revista Consultor Jurídico**, 2 abr. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-abr-02/luis-roberto-barroso-foro-privilegiado-restrito-autoridades>>. Acesso em: 21 fev. 2015.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BICUDO, Hélio. **Direitos Humanos e sua proteção**. São Paulo: FTD, 1997.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 592.581**. Requerente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Porto Alegre, RS. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradicação 1.362**. Requerente: Governo da Argentina. Relator: Min. Edson Fachin, Brasília, DF, 9 de novembro de 2016a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13525350>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.404**. Requerente: Partido Trabalhista Brasileiro PTB. Relator: Min. Dias Toffoli, Brasília, DF, 31 de agosto de 2016b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13259339>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815**. Requerente: Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL. Relatora: Min. Cármen Lúcia, Brasília, DF, 10 de junho de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>. Acesso em: 17/01/2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 591.054**. Requerente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Requerido: Sandro Gaspari. Relator: Min. Marco Aurélio, Florianópolis, SC, 17 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7866690>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP nº 470/MG. Duplo grau de jurisdição na constituição brasileira e no pacto de São José da Costa Rica. In: \_\_\_\_\_. Autor: Ministério Público Federal. Réus: José Dirceu de Oliveira e Silva e outros. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 19 de setembro de 2013. **Diário da Justiça**, n. 074, p. 25, abr. 2013. [Voto do Ministro Celso de Mello].

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 153. Revisão da Lei de Anistia de 1979. In: \_\_\_\_\_. Arguente: Conselho Federal da OAB. Arguido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 29 de abril de 2010. **Diário da Justiça**, n. 145, p. 39-40, ago. 2010. [Voto do Ministro Eros Grau].

BRASIL. **Lei nº 6.683, de 19 de dezembro de 1979**. Concede anistia e dá outras providências. Casa Civil da Presidência da República Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6683.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2018.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. O Acesso Direto dos Indivíduos à Justiça Internacional. In: LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto (Org.). **Manual de Direitos Humanos Internacionais: Acesso aos Sistemas Global e Regional de Proteção dos Direitos Humanos**. São Paulo: Loyola, 2003.

COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. **Proteção Internacional dos direitos humanos: a corte interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2008.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Costa Rica, 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CORTE IDH. **Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago**. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 22 maio 2012.

CORTINA, Adela. **Cidadãos do mundo: para uma teoria da cidadania**. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Transconstitucionalismo e as questões constitucionais transnacionais**. Disponível em: <<https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/19923525/transconstitucionalismo-e-as-questoes-constitucionais-transnacionais>>. Acesso em: 02 out. 2017.

DALLARI, Dalmo A. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2. ed, São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GALLI, Maria Beatriz; KRSTICEVIC, Viviana; DULITZKY, Ariel E. A Corte Interamericana de Direitos Humanos: aspectos procedimentais e estruturas de seu funcionamento. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. In: PIOVESAN, Flávia; GOMES, Luiz Flávio (Org.). **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2000.

GAUCHET, Marcel. **Un monde désenchanté?** Paris: Les Éditions de L'Atelier, 2004.

GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HANASHIRO, Olaya Sílvia M. Portella. **O Sistema Interamericano de proteção aos direitos humanos**. São Paulo: Edusp, 1999.

HIDAKA, Leonardo Jun Ferreira. Introdução ao direito internacional dos direitos humanos. In: LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto. **Manual de direitos humanos internacionais**. Acesso aos sistemas global e regional de proteção dos direitos humanos. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais**. Barueri: Manole, 2005.

LEFORT, Claude. **A invenção democrática: os limites da dominação totalitária**. São Paulo: Autêntica Editora, 2011.

LUHMANN, N. La sociedad mundial. **Estudios Sociológicos**, v. 24, n. 72, p. 547–568, 2006.

LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade. In: NEVES, Clarissa Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). **Niklas Luhmann: A nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1997.

MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito**. São Paulo: Atlas, 2003.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos Humanos e Relações Internacionais**. Campinas: Agá Juris, 2000.

MIRANDA, Thales de. **Soberania e jurisdição internacional face ao movimento de internacionalização dos direitos humanos**. [S.l.:s.n.]. Disponível em: <[https://www.iabnacional.org.br/mais/iab-na-imprensa/download/372\\_f0a7b6f4d65d489543898882f6ef9b26](https://www.iabnacional.org.br/mais/iab-na-imprensa/download/372_f0a7b6f4d65d489543898882f6ef9b26)>. Acesso em: 20 jan. 2018.

MONTORO, André Franco. **Cinquenta Anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos**. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 1998.

NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro, dez. 2009. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

NEF, Frédéric. **Qu'est-ce que la métaphysique**. Paris: Gallimard, 2004

NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – O Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PARCERIA com CIDH propõe desenvolvimento do Judiciário na área de direitos humanos. **Notícias STF**, 10 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=285129>>. Acesso em: 28 fev. 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Tema de direitos humanos.** São Paulo: Max Limonad, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desajios do direito constitucional internacional.** São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001.

PIOVESAN, Flávia; GOMES, Luiz Flávio. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro.** São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2000.

RAMOS, André de Carvalho. **Análise dos direitos humanos internacional nas decisões no Brasil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos.** São Paulo: Max Limonad, 2002a.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violação de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002b.

RORTY, Richard. **Philosophy and Social Hope.** England: Penguin Books, 1999.

SANTOS, Boaventura de Souza. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica.** Porto Alegre: Fabris, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma concepção multicultural de direitos humanos.** [S.l.]: Centro de Estudos Sociais, 1997.

SCHANFRANSKI, Sílvia Maria Derbli. **Direitos Humanos e seu processo de universalização**: análise da Convenção Americana. Curitiba: Juruá, 2003.

SCHNEEWIND, Jerome B. **A invenção da autonomia**. São Paulo: Unisinos, 2001.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010.

TOSI, Giuseppe. **Direitos Humanos**: história, teoria e prática. João Pessoa: Editoria Universitária/UFPB, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil**. Brasília: UnB, 1998.

TRINDADE, José Damião de Lima. **História Social dos Direitos Humanos**. São Paulo: Petrópolis, 2003.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. 4. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

**ANEXO A – EMENTA DAS DECISÕES ANALISADAS**

29/04/2010

TRIBUNAL PLENO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 153 DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR** : **MIN. EROS GRAU**  
ARGTE. (S) : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB  
ADV. (A/S) : FÁBIO KONDER COMPARATO  
ADV. (A/S) : RAFAEL BARBOSA DE CASTILHO  
ARGDO. (A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA  
ADV. (A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO  
ARGDO. (A/S) : CONGRESSO NACIONAL  
INTDO. (A/S) : ASSOCIAÇÃO JUÍZES PARA A DEMOCRACIA  
ADV. (A/S) : PIERPAOLO CRUZ BOTTINI E OUTRO(A/S)  
INTDO. (A/S) : CENTRO PELA JUSTIÇA E O DIREITO INTERNACIONAL - CEJIL  
ADV. (A/S) : HELENA DE SOUZA ROCHA E OUTRO(A/S)  
INTDO. (A/S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANISTIADOS POLÍTICOS - ABAP  
ADV. (A/S) : ADERSON BUSSINGER CARVALHO E OUTRO(A/S)  
INTDO. (A/S) : ASSOCIAÇÃO DEMOCRÁTICA E NACIONALISTA DE MILITARES  
ADV. (A/S) : EGON BOCKMANN MOREIRA E OUTRO(A/S)

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

1. *Texto normativo e norma jurídica, dimensão textual e dimensão normativa do fenômeno jurídico. O intérprete produz a norma*



ADPF 153 / DF

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

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

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

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

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

ADPF 153 / DF

especial. No caso das leis-medida interpreta-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão *crimes conexos* na Lei n. 6.683. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada. Exatamente aquela na qual, como afirma inicial, "se procurou" [sic] estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. A chamada *Lei da anistia* veicula uma decisão política assumida naquele momento --- o momento da transição conciliada de 1979. A Lei n. 6.683 é uma *lei-medida*, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada.

6. A Lei n. 6.683/79 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes --- adotada pela Assembléia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 --- e a Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição --- que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes --- não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumadas. A Constituição não afeta *leis-medida* que a tenham precedido.

7. No Estado democrático de direito o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a rescrever leis de anistia.

8. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá --- ou não --- de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário.

9. A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. A Emenda Constitucional n. 26/85 inaugura uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988; consubstancia, nesse sentido, a *revolução branca* que a esta confere legitimidade. A reafirmação da anistia da lei de 1979 está integrada na nova ordem, compõe-se na origem da nova norma fundamental. De todo modo, se não tivermos o preceito da lei de 1979 como ab-rogado pela nova ordem

ADPF 153 / DF

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

10. Impõe-se o desembaraço dos mecanismos que ainda dificultam o conhecimento do quanto ocorreu no Brasil durante as décadas sombrias da ditadura.

**A C Ó R D ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, em julgar improcedente a argüição, nos termos do voto do relator.

Brasília, 29 de abril de 2010.

  
EROS GRAU

- RELATOR

## AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS

VOTO

(s/ admissibilidade dos embargos infringentes)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O encerramento da sessão do dia 12 de setembro, quinta-feira, *independentemente da causa que o motivou, teve, para mim, Senhor Presidente, um efeito virtuoso, pois me permitiu aprofundar, ainda mais, a minha convicção em torno do litígio ora em exame e que por mim fora exposta no voto que redigira – e que já se achava pronto* – para ser proferido na semana passada.

Impõe-se registrar, ainda, Senhor Presidente, **um significativo evento** na nossa história constitucional **vinculado, por uma feliz coincidência de datas**, a este julgamento, **pois, como se sabe, há exatos 67** (sessenta e sete) anos, **precisamente** no dia 18 de setembro de 1946, **também** uma quarta-feira, **foi promulgada**, na cidade do Rio de Janeiro, **então** Capital Federal, **a Constituição de 1946, que restaurou** a liberdade em nosso País **e que dissolveu** a ordem autocrática **fundada** no regime político do Estado Novo, **que considerava culpados, desde logo, os réus meramente** acusados de determinados delitos, **fazendo recair** sobre eles, em preceito compatível **com a índole ditatorial** do modelo então instituído, **o ônus de comprovar a própria inocência** (Decreto-lei nº 88, de 20/12/1937, art. 20, n. 5).

Em consequência desse significativo evento, o Supremo Tribunal Federal, **logo após** esse ato de promulgação, **reuniu-se** para a sua primeira sessão de julgamento, **agora** sob a égide de uma ordem **qualificada, no plano político-jurídico, pelo signo** da legitimidade democrática.

Na ocasião, o Ministro JOSÉ LINHARES, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, assim se pronunciou, saudando, em nome desta Corte Suprema, o surgimento de um novo tempo:

*“Antes de mais nada sejam as minhas primeiras palavras de congratulações com os ilustres colegas pela promulgação da nova Constituição, fato que vem de assinalar um marco destacado na vida jurídica do País.*

*Depois de termos atravessado uma longa estrada sombria, de indecisões e incertezas de um período ditatorial, é com grande alegria que o país readquire o seu poder de Nação livre regido por normas puramente democráticas.*

.....  
*Só a ordem jurídica constrói e fortalece as instituições sem o que a vida e os direitos de cada um ficam à mercê da vontade ou do arbítrio de quem por acaso detém o poder.*

*A hora presente é de regozijo nacional, principalmente para a Justiça com o restabelecimento de sua autoridade e independência tão necessárias ao exercício da sua nobre missão.*

*A Carta Magna foi promulgada sob a proteção de Deus e com ela confio em que possamos, no cumprimento do dever sagrado, interpretá-la e dar execução aos seus preceitos sob a inspiração dos sentimentos da mais pura justiça.” (grifei)*

**Note-se**, portanto, Senhor Presidente, **a observação** com que o eminentíssimo antecessor de Vossa Excelência na Presidência do Supremo Tribunal Federal, o Ministro JOSÉ LINHARES, **ênfatizou a importância e o alto significado** da supremacia do Direito, da “rule of law”, **na prática jurisdicional** desta Corte **e no respeito incondicional** às liberdades fundamentais.

**Essencial**, por isso mesmo, Senhor Presidente, **que esta Suprema Corte sempre observe, em relação a qualquer acusado, independentemente** do crime a ele atribuído **e qualquer que seja** a sua condição política, social, funcional ou econômica, **os parâmetros jurídicos** que regem, em nosso

*sistema legal*, os procedimentos de índole penal, **garantindo** às partes, *de modo pleno*, **o direito** a um julgamento justo, imparcial, impessoal, isento e independente.

**Atento** a tais ponderações, **ressalto** que a **profunda divisão** do Supremo Tribunal Federal no exame da matéria ora em análise **põe em evidência**, *ainda mais* por se tratar de processo penal de índole condenatória, **a altíssima relevância** da questão jurídica em julgamento, **especialmente** se considerarmos, *como efetivamente considero*, **a densidade e a excelência** dos votos – *de todos os votos* – **proferidos** pelos eminentes Juízes desta Corte Suprema.

**Não desconheço**, por isso mesmo, *a imensa responsabilidade* que me incumbe, como Juiz do Supremo Tribunal Federal, **na definição** da controvérsia ora em análise.

**Sabemos todos**, Senhor Presidente, que a Constituição da República de 1988, **passados** quase 25 anos de sua promulgação, **atribuiu** ao Supremo Tribunal Federal **um papel de imenso relevo no aperfeiçoamento** das instituições democráticas **e na afirmação** dos princípios sob cuja égide **floresce o espírito virtuoso** que anima e informa a ideia de República.

**O novo** Estado constitucional brasileiro, **fundado** em bases *genuinamente* democráticas **e plenamente** legitimado pelo consenso dos governados, **concebeu** a Suprema Corte de nosso País – **que sempre se caracterizou como solo historicamente fértil** em que germinou e se desenvolveu a semente da liberdade – **como verdadeiro espaço de defesa e proteção** das franquias individuais e coletivas, **além de representar**, em sua atuação institucional *como órgão de cúpula* do Poder Judiciário nacional, **um veto permanente e severo** ao abuso de autoridade, à corrupção do poder, à prepotência dos governantes **e ao desvio e deformação** da ideia de Estado democrático de Direito.

**Se é certo**, portanto, Senhor Presidente, **que esta** Suprema Corte **constitui**, *por excelência*, **um espaço** de proteção e defesa das liberdades

fundamentais, **não é menos exato** que os julgamentos do Supremo Tribunal Federal, **para que sejam** *imparciais, isentos e independentes*, **não podem expor-se** a pressões externas, **como aquelas** resultantes *do clamor popular e da pressão das multidões*, **sob pena de completa subversão do regime** constitucional dos direitos e garantias individuais **e de aniquilação de inestimáveis prerrogativas essenciais** que a ordem jurídica assegura **a qualquer réu** mediante instauração, em juízo, *do devido processo penal*.

A **questão da legitimidade** do Poder Judiciário **e do exercício independente** da atividade jurisdicional **foi bem analisada** em brilhante artigo da lavra do eminente Juiz Federal PAULO MÁRIO CANABARRO T. NETO, **que examinou** o tema **na perspectiva** das manifestações populares e da opinião pública, **sustentando**, *com razão*, que *“a legitimidade do Poder Judiciário não repousa na coincidência das decisões judiciais com a vontade de maiorias contingentes, mas na aplicação do direito sob critérios de correção jurídica, conforme as regras do discurso racional”* (grifei).

Assim como a **jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal **tem entendido** qualificar-se **como abusiva e ilegal a utilização do clamor público** como fundamento da prisão preventiva (**RTJ** 112/1115 – **RTJ** 172/159 – **RTJ** 180/262-264 – **RTJ** 187/933-934 – **RTJ** 193/1050, *v.g.*), **esse ilustre magistrado federal**, no trabalho que venho de referir, **também põe em destaque** o aspecto relevantíssimo de que o processo decisório deve ocorrer em *“ambiente institucional que valorize a racionalidade jurídica”*, **acentuando**, *ainda*, **com apoio** no magistério de ROBERT ALEXY (*“Constitucionalismo Discursivo”*, p. 163, 2007, Livraria do Advogado), **o que se segue:**

*“A questão da legitimidade do Poder Judiciário surge sempre que se pergunta sobre o alcance da norma constitucional expressa no enunciado de que ‘todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente’ (art. 1º, parágrafo único). Se o poder judicial não é exercido pelo povo ‘diretamente’, nem por meio de ‘representantes eleitos’, impõe-se investigar o que torna justificável a aceitação das decisões dos juízes por parte da cidadania.*

*A única possibilidade de conciliar a jurisdição com a*

*democracia* consiste em compreendê-la também como representação do povo. Não se trata, obviamente, de um mandato outorgado por meio do sufrágio popular, mas de uma representação ideal que se dá no plano discursivo, é dizer, uma 'representação argumentativa'. Essa representação argumentativa é exercida não no campo das escolhas políticas – cujas deliberações versam (predominantemente) sobre o que é bom, conveniente ou oportuno –, mas no campo da aplicação do direito, sob as regras do discurso racional por meio do qual se sustenta e se declara o que é correto, válido ou devido.” (grifei)

**O que mais importa**, neste julgamento sobre a admissibilidade dos embargos infringentes, é a preservação do compromisso institucional desta Corte Suprema com o respeito incondicional às diretrizes que pautam o “devido processo penal” e que compõem, por efeito de sua natural vocação protetiva, o próprio “estatuto constitucional do direito de defesa”, que representa, no contexto de sua evolução histórica, uma prerrogativa inestimável de que ninguém pode ser privado, ainda que se revele antagônico o sentimento da coletividade!

**O dever de proteção** das liberdades fundamentais dos réus, de qualquer réu, representa encargo constitucional de que este Supremo Tribunal Federal **não pode demitir-se**, mesmo que o clamor popular se manifeste contrariamente, **sob pena** de frustração de conquistas históricas que culminaram, após séculos de lutas e reivindicações do próprio povo, na consagração de que o processo penal traduz instrumento garantidor de que a reação do Estado à prática criminosa **jamais poderá constituir reação instintiva, arbitrária, injusta ou irracional**.

Na realidade, a resposta do poder público ao fenômeno criminoso, resposta essa que não pode manifestar-se de modo cego e instintivo, há de ser uma reação pautada por regras que viabilizem a instauração, perante juízes isentos, imparciais e independentes, de um processo que neutralize as paixões exacerbadas das multidões, em ordem a que prevaleça, no âmbito de qualquer persecução penal movida pelo Estado, aquela velha (e clássica) definição aristotélica de que o Direito há de ser compreendido em sua dimensão racional, da razão desprovida de paixão!

Nesse sentido, o processo penal **representa** uma fundamental garantia instrumental *de qualquer réu, em cujo favor* – é o que impõe a própria Constituição da República – **devem ser assegurados** todos os meios e recursos inerentes à defesa, **sob pena** de nulidade radical dos atos de persecução estatal.

O processo penal **figura, desse modo, como exigência constitucional** (“*nulla poena sine iudicio*”) **destinada** a limitar e a impor contenção à vontade do Estado e à de qualquer outro protagonista formalmente **alheio** à própria causa penal.

O **processo penal e os Tribunais**, nesse contexto, são, *por excelência*, **espaços institucionalizados** de defesa e proteção dos réus **contra** eventuais excessos da maioria, **ao menos**, Senhor Presidente, **enquanto** este Supremo Tribunal Federal, **sempre fiel e atento** aos postulados que regem a ordem democrática, **puder julgar, de modo independente e imune a indevidas pressões externas**, **as causas** submetidas ao seu exame e decisão.

É por isso que **o tema da preservação e do reconhecimento** dos direitos fundamentais daqueles que sofrem persecução penal por parte do Estado **deve compor**, por tratar-se de questão **impregnada** do mais alto relevo, *a agenda permanente* desta Corte Suprema, **incumbida**, *por efeito* de sua destinação institucional, **de velar pela supremacia** da Constituição **e de zelar pelo respeito** aos direitos que encontram fundamento legitimador **no próprio** estatuto constitucional e nas leis da República.

Com efeito, *a necessidade de outorgar-se*, em nosso sistema jurídico, *proteção judicial efetiva* à cláusula do “*due process of law*” **qualifica-se**, *na verdade*, **como fundamento imprescindível à plena legitimação material** do Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, *e jamais deixando de reconhecer* **que todos** os cidadãos da República **têm direito** à livre expressão de suas ideias e pensamentos,

torna-se necessário advertir que, sem prejuízo da ampla liberdade de crítica que a todos é garantida por nosso ordenamento jurídico-normativo, **os julgamentos** do Poder Judiciário, **proferidos em ambiente de serenidade, não podem** deixar-se contaminar, qualquer que seja o sentido pretendido, **por juízos paralelos** resultantes de manifestações da opinião pública **que objetivem** condicionar o pronunciamento de magistrados e Tribunais, **pois, se tal pudesse ocorrer, estar-se-ia a negar**, a qualquer acusado em processos criminais, o direito fundamental a um julgamento justo, **o que constituiria manifesta ofensa** não só ao que proclama a própria Constituição, **mas, também**, ao que garantem os tratados internacionais de direitos humanos **subscritos** pelo Brasil **ou** aos quais o Brasil aderiu.

**De outro lado**, Senhor Presidente, **não constitui demasia** rememorar antiga advertência, **que ainda guarda** permanente atualidade, de JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, ilustre Professor das *Arcadas* e eminente Juiz deste Supremo Tribunal Federal (“**O Processo Criminal Brasileiro**”, vol. I/8, 1911), **no sentido** de que a persecução penal, **que se rege por estritos** padrões normativos, **traduz** atividade necessariamente subordinada a limitações de ordem jurídica, **tanto** de natureza legal **quanto** de ordem constitucional, **que restringem** o poder do Estado, **a significar**, *desse modo*, **tal como enfatiza** aquele Mestre da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, **que o processo penal** só pode ser concebido – e assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade jurídica do réu.

**É por essa razão** que o processo penal condenatório **não constitui** instrumento de arbítrio do Estado. Ao contrário, ele representa poderoso *meio de contenção e de delimitação* dos poderes **de que dispõem** os órgãos incumbidos da persecução penal. **Não exagero** ao ressaltar a decisiva importância do processo penal **no contexto** das liberdades públicas, **pois – insista-se** – o Estado, **ao delinear** um círculo de proteção em torno da pessoa do réu, **faz do processo penal** um instrumento **que inibe** a opressão judicial e o abuso de poder.

**Daí**, Senhor Presidente, a corretíssima observação do eminente Professor ROGÉRIO LAURIA TUCCI (“**Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**”, p. 33/35, item n. 1.4, 2ª ed., 2004, RT), **no**

**sentido** de que o processo penal **há de ser analisado** em sua precípua condição de “*instrumento de preservação da liberdade jurídica do acusado em geral*”, **tal como entende, também em preciso magistério**, o Professor HÉLIO TORNAGHI (“**Instituições de Processo Penal**”, vol. 1/75, 2ª ed., 1977, Saraiva), **cuja lição bem destaca a função tutelar** do processo penal:

*“A lei processual protege os que são acusados da prática de infrações penais, impondo normas que devem ser seguidas nos processos contra eles instaurados e impedindo que eles sejam entregues ao arbítrio das autoridades processantes.”*  
(grifei)

**Nesse contexto**, Senhor Presidente, **é de registrar-se – e acentuar-se –** o decisivo papel que desempenha, **no âmbito** do processo penal condenatório, a garantia constitucional do *devido processo legal*, **cuja fiel observância condiciona a legitimidade jurídica** dos atos e resoluções emanados do Estado e, em particular, **das decisões** de seu Poder Judiciário.

**O magistério** da doutrina, por sua vez, **ao examinar** a garantia constitucional do “*due process of law*”, **nela identifica, no que se refere** ao seu conteúdo material, **alguns elementos essenciais** à sua própria configuração, **dentre os quais** avultam, *por sua inquestionável importância*, **as seguintes prerrogativas**: **(a) direito** ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); **(b) direito** à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; **(c) direito** a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; **(d) direito** ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); **(e) direito** de não ser processado e julgado com base em leis “*ex post facto*”; **(f) direito** à igualdade entre as partes; **(g) direito** de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; **(h) direito** ao benefício da gratuidade; **(i) direito** à observância do princípio do juiz natural; **(j) direito** ao silêncio (privilégio contra a autoincriminação); **(l) direito** à prova; e **(m) direito ao recurso**.

**Vê-se, daí, na abordagem** tradicional do tema, **que o direito ao recurso qualifica-se** como prerrogativa jurídica *intimamente vinculada* ao direito do

interessado à observância e ao respeito, **pelo Poder Público**, da fórmula **inerente** ao “*due process of law*”, **consoante adverte** *expressivo magistério doutrinário* (ROGÉRIO SCHIETTI MACHADO CRUZ, “**Garantias Processuais nos Recursos Criminais**”, p. 48/50, item n. 1.5, 2002, Atlas; VICENTE GRECO FILHO, “**Tutela Constitucional das Liberdades**”, p. 110, 1989, Saraiva; GUILHERME DE SOUZA NUCCI, “**Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**”, p. 364/366, item n. 2.1.1, 2010, RT; ROGÉRIO LAURIA TUCCI, “**Direito e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**”, p. 71/74, 2ª ed., 2004, RT, *v.g.*), **valendo observar**, *ainda*, **que alguns autores situam o direito de recorrer na perspectiva da Convenção Americana de Direitos Humanos, como o faz** GERALDO PRADO (“**Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal Brasileiro: Visão a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos em homenagem às ideias de Julio B. J. Maier**” “*in*” “Direito Processual Penal: Uma visão garantista”, p. 105/119, 2001, Lumen Juris), **ou, até mesmo, invocam, como suporte dessa prerrogativa fundamental**, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a que o Brasil aderiu em 1992 (ANDRÉ NICOLITTI, “**Manual de Processo Penal**”, p. 42/44, item n. 3.7.5, 2ª ed., 2010, Campus Jurídico).

**Esses**, *portanto*, Senhor Presidente, **são o contexto normativo e as premissas** que orientarão o meu voto a ser **proferido** em torno da controvérsia **pertinente** à subsistência, *ou não*, **dos embargos infringentes nos processos penais originários instaurados** perante esta Corte, **na forma instituída e regulada no inciso I do art. 333 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**.

**Entendo**, *bem por isso*, Senhor Presidente, **assentadas** as premissas que venho de referir, **mostrar-se de fundamental importância** proclamar, *sempre*, **que nada se perde quando se respeitam e se cumprem** as leis e a Constituição da República, **pois**, *como não se pode desconhecer*, **tudo se tem a perder** quando a Constituição e as leis *são transgredidas e desconsideradas por qualquer* dos Poderes do Estado.

**Antes de pronunciar-me**, Senhor Presidente, *sobre a questão pertinente à admissibilidade, ou não, dos embargos infringentes, entendo necessário relembrar, até mesmo para o específico efeito de explicitar o alcance do julgamento* que se está a realizar, **que a teoria geral dos recursos, ao tratar da utilização** do sistema recursal, **destaca a existência de 02 (dois) momentos distintos** referentes a qualquer recurso (ordinário ou extraordinário) que venha a ser interposto.

No contexto dessa ordem ritual, **o primeiro momento** a ser considerado **impõe** ao Poder Judiciário a **formulação de um juízo prévio** (positivo ou negativo) *de admissibilidade* da espécie recursal utilizada, **que constitui, precisamente**, a fase que ora se examina neste caso. **Prematuro discutir, por isso mesmo, neste primeiro momento, o mérito** subjacente ao recurso em questão. **Uma vez admitido** (e conhecido, *portanto*) o recurso interposto, **será ele, então, submetido** a regular processamento, para, **alcançada a segunda fase, poder o Tribunal examinar-lhe o pedido central, ou seja, apreciar o mérito** da causa.

**Torna-se claro, desse modo, que o juízo de mérito** sobre a acusação criminal (a ocorrer **somente** em momento ulterior) **nada tem a ver, na presente fase processual**, com o juízo (*meramente preliminar*) de admissibilidade do recurso.

**Somente após superado, positivamente, esse estágio inicial**, em que se analisam, *tão somente*, os pressupostos recursais (objetivos e subjetivos), **é que se examinará, uma vez ouvida** a parte contrária (o Ministério Público, *no caso*), o fundo da controvérsia penal, **vale dizer**, o próprio mérito do recurso!

O Supremo Tribunal Federal, neste instante, **ainda se acha** no primeiro momento, ou seja, **ainda examina se** o recurso interposto é cabível ou não! *Essa, pois, é a questão a ser resolvida.*

**Sob tal perspectiva, e adstringindo-me** ao contexto normativo ora em exame, **tenho para mim**, Senhor Presidente, **na linha do voto** que proferi,

em 02/08/2012, no julgamento *de questão de ordem* que havia sido então suscitada pelo eminente Revisor desta causa, **que ainda subsistem**, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, *nas ações penais originárias*, **os embargos infringentes** a que se refere o art. 333, inciso I, do Regimento Interno desta Corte, **que não sofreu, no ponto, derrogação tácita ou indireta** em decorrência da superveniente edição da Lei nº 8.038/90, **que se limitou** a dispor sobre normas *meramente procedimentais* **concernentes** às causas penais originárias, **indicando-lhes** a ordem ritual **e regendo-as** até o encerramento da instrução probatória, *inclusive*, para, *a partir daí*, submeter o julgamento ao domínio regimental, **abstendo-se, no entanto, em silêncio eloquente, típico** de lacunas normativas *conscientes, voluntárias ou intencionais* (NORBERTO BOBBIO, “Teoria do Ordenamento Jurídico”, p. 144, 1989, Polis/Ed.UnB), **de regular** o sistema de recursos internos *já extensamente disciplinado* em sede regimental.

**Ao reconhecer** a *viabilidade jurídico-processual de utilização*, nesta Suprema Corte, **dos embargos infringentes** em matéria processual penal, **salientei** *que a garantia da proteção judicial efetiva acha-se assegurada*, nos processos penais originários **instaurados** perante o Supremo Tribunal Federal, **não só** pela observância da cláusula do “*due process of law*” (com todos os consectários que dela decorrem), **mas, também, pela possibilidade** que o art. 333, inciso I, do RISTF **enseja** aos réus, **sempre** que o juízo de condenação penal *apresentar-se majoritário*.

**Referi-me, então, no voto** por mim proferido, à previsão regimental **de utilização**, *nos processos penais originários* instaurados perante o Supremo Tribunal Federal, dos “*embargos infringentes*”, **privativos** do réu, porque **somente** por este oponíveis a decisão “*não unânime*” do Plenário **que tenha julgado** “*procedente a ação penal*”.

**Cabe registrar**, *no ponto*, que a norma inscrita no art. 333, n. I, do RISTF, **embora** formalmente regimental, **qualifica-se** como prescrição *de caráter materialmente legislativo*, **eis que editada** pelo Supremo Tribunal Federal **com base em poder normativo primário** que lhe foi **expressamente** conferido pela Carta Política de 1969 (art. 119, § 3º, “c”).

É preciso ter presente que a norma regimental em questão, **institutiva** de espécie recursal nominada, **embora** veiculasse matéria de natureza processual, **revelava-se legítima em face** do que dispunha, **então**, o art. 119, § 3º, “c”, da Carta Federal de 1969 (**correspondente**, na Carta Política de 1967, ao art. 115, parágrafo único, alínea “c”), **que outorgava** ao Supremo Tribunal Federal, *como já anteriormente mencionado*, **poder normativo primário**, **conferindo-lhe** atribuição para, *em sede meramente regimental*, **dispor** sobre “o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal (...)” (grifei).

Vê-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal, no regime constitucional anterior, **dispunha**, *excepcionalmente*, **de competência** para estabelecer, *ele próprio*, normas de direito processual em seu regimento interno, **não obstante fosse vedado** aos demais Tribunais judiciários o exercício dessa **mesma** prerrogativa, **cujas prática – considerado** o sistema institucional de divisão de poderes – **incumbia**, exclusivamente, ao Poder Legislativo da União (RTJ 54/183 – RTJ 69/138, v.g.).

Essa **excepcional** competência normativa primária **permitiu** ao Supremo Tribunal Federal **prescrever**, em sede **formalmente** regimental, normas de caráter **materialmente** legislativo (RTJ 190/1084, v.g.), **legitimando-se**, em consequência, a **edição de regras** como aquela consubstanciada no art. 333, inciso I, do RISTF.

Com a superveniência da Constituição promulgada em 1988, o Supremo Tribunal Federal **perdeu** essa extraordinária atribuição normativa, **passando** a submeter-se, **como os demais** Tribunais judiciários, *em matéria processual*, ao domínio normativo *da lei em sentido formal* (CF, art. 96, I, “a”).

**Em virtude** desse novo contexto jurídico, **essencialmente** fundamentado na Constituição da República (1988) – **que não reeditou** regra **com o mesmo**

conteúdo daquele preceito inscrito no art. 119, § 3º, “c”, da Carta Política de 1969 –, **veio** o Congresso Nacional, **mesmo tratando-se** de causas sujeitas à competência do Supremo Tribunal Federal, **a dispor, uma vez mais, em plenitude**, do poder que historicamente **sempre** lhe coube, **qual seja**, o de legislar, **amplamente**, sobre normas de direito processual.

**E foi precisamente** no exercício dessa atribuição constitucional que o Congresso Nacional **editou**, *com inteira validade*, **diplomas legislativos como aqueles** consubstanciados, *por exemplo*, **na Lei nº 8.038/90, na Lei nº 8.950/94 e, também, na Lei nº 9.756/98, posto que cessara, “pleno jure”, com o advento** da Constituição de 1988, **a excepcional** competência normativa primária **que permitira** a esta Suprema Corte, **sob a égide** da Carta Política de 1969 (art. 119, § 3º, “c”), **prescrever** normas de direito processual **relativamente** às causas incluídas **em sua esfera** de competência.

**Não se trata**, portanto, **de discutir se** a prescrição regimental **reveste-se de maior eficácia**, ou não, que a regra legal no plano hierárquico-normativo, **porque essa matéria** há de ser analisada **em função** do que estabelece a Constituição, **que claramente separa e distingue dois domínios: o da lei e o do regimento interno** dos Tribunais. **Vale dizer**, há que se examinar o tema **à luz** de dois critérios: o da reserva constitucional de lei, de um lado, e o da reserva constitucional de regimento, de outro.

O eminente Ministro PAULO BROSSARD, em um de seus luminosos votos proferidos neste Tribunal (ADI 1.105-MC/DF), **bem equacionou** o problema **resultante da tensão normativa** entre a regra legal e o preceito regimental, **chamando a atenção** para o fato – *juridicamente relevante* – de que a existência, a validade e a eficácia de tais espécies normativas **hão de resultar** do que dispuser **o próprio** texto constitucional:

*“Em verdade, não se trata de saber se a lei prevalece sobre o regimento ou o regimento sobre a lei. Dependendo da matéria regulada, a prevalência será do regimento ou da lei (JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO, Constituição Federal Anotada, 1986, p. 368;*

*RMS 14.287, ac. 14.VI.66, relator Ministro PEDRO CHAVES, RDA 87-193; RE 67.328, ac. 15.X.69, relator Ministro AMARAL SANTOS, RTJ 54-183; RE 72.094, ac. 6.XII.73, relator ANTONIO NEDER, RTJ 69-138). A dificuldade surge no momento de fixar as divisas entre o que compete ao legislador disciplinar e o que incumbe ao tribunal dispor. O deslinde não se faz por uma linha reta, nítida e firme de alto a baixo; há zonas cinzentas e entrâncias e reentrâncias a revelar que, em matéria de competência, se verificam situações que lembram os pontos divisórios do mundo animal e vegetal. (...).*

*O certo é que cada Poder tem a posse privativa de determinadas áreas. (...).*

*Alega-se que a matéria é processual e por lei há de ser regulada. A assertiva envolve um círculo vicioso: dá-se como certo o que devia ser demonstrado. A recíproca é verdadeira. Também não basta afirmar que o assunto é regimental para que seja regulado pelos tribunais, com exclusão do legislador. No caso vertente, cuida-se de saber se estava na competência do legislador interferir no ato do julgamento ou se a Constituição o reservou ao Poder Judiciário, mediante norma regimental. Esta a questão.*

*A propósito, vale reproduzir esta passagem de JOSÉ FREDERICO MARQUES,*

*‘A votação dos regimentos internos é um dos elementos da independência do Poder Judiciário, diz PONTES DE MIRANDA, ‘porque, se assim não acontecesse, poderiam os legisladores, com a aparência de reorganizar a justiça, alterar a ordem dos julgamentos e atingir a vida interna dos tribunais’. (...) O Supremo Tribunal Federal, em julgamento memorável, firmou essa diretriz, fulminando de inconstitucional a Lei nº 2.790, de 24 de novembro de 1956, que reformava o art. 875 do Código de Proc. Civil, para admitir que as partes interviesses no julgamento depois de proferido o voto do relator. Como disse, na ocasião, o ministro EDGAR COSTA, a citada lei contrariava frontalmente ‘a própria autonomia interna dos tribunais, no que diz respeito à sua competência privativa para estabelecer as*

*normas a seguir na marcha dos seus trabalhos, através dos seus regimentos, que, por preceito constitucional (art. 97, nº II), lhes cabe, livre da interferência de outros poderes'. (...).'*

.....  
*Insisto no que me parece fundamental. A questão não está em saber se o regimento contraria a lei ou se esta prevalece sobre aquele; a questão está em saber se, dispondo como dispôs, o legislador podia fazê-lo, isto é, se exercitava competência legítima ou se, ao contrário, invadia competência constitucionalmente reservada aos tribunais; da mesma forma, o cerne da questão está em saber se o Judiciário, no exercício de sua competência legislativa, se houve nos seus limites ou se os excedeu." (grifei)*

**Em suma**, Senhor Presidente, é a própria Constituição que delimita o campo de incidência da atividade legislativa, **vedando** ao Congresso Nacional a **edição** de normas que visem a disciplinar matéria que a Constituição **reservou**, *com exclusividade*, à competência normativa dos Tribunais.

**Foi por tal razão** que o Supremo Tribunal Federal, **em face** dessa precisa delimitação material de competências normativas **resultante** da discriminação **constitucional** de atribuições, **julgou inconstitucionais regras legais que transgrediram a cláusula de reserva constitucional de regimento, por permitirem, p. ex.,** a sustentação oral, nos Tribunais, **após** o voto do Relator (ADI 1.105/DF), **em julgamento** que se apoiou **em antigo** precedente desta Corte, que declarara a inconstitucionalidade, **em 30/11/56**, da Lei federal nº 2.970, de 24/11/56 ("*Lei Castilho Cabral*").

Na realidade, a reserva constitucional de regimento transforma o texto regimental em verdadeira "*sedes materiae*" **no que concerne** aos temas sujeitos **ao exclusivo poder** de regulação normativa dos Tribunais.

**Essa posição jurídica** do regimento interno na veiculação instrumental das matérias sujeitas ao estrito domínio normativo dos Tribunais **foi bem ressaltada** por THEMÍSTOCLES BRANDÃO

CAVALCANTI, que, ênfatizando a impossibilidade de ingerência do Poder Legislativo no regramento dessas **mesmas** questões, **observou** que os órgãos do Judiciário, **ao editarem** os seus regimentos internos, “*exercem uma função legislativa assegurada pela Constituição, restritiva da função exercida pelo Poder Legislativo*” (“**A Constituição Federal Comentada**”, vol. II/312, 1948, Konfino).

A **mesma** visão doutrinária do tema é **compartilhada** por JOSÉ FREDERICO MARQUES (“**Nove Ensaio Jurídicos**”, p. 83/84, 1975, Lex Editora), que, **em texto monográfico** intitulado “**Dos Regimentos Internos dos Tribunais**”, observa:

*“É que, tirando da própria Lei Maior a sua força de regra imperativa, o regimento não está vinculado à lei formal naquilo que constitua objeto da vida interna do Tribunal. No campo do ‘ius scriptum’, tanto a lei como o cânon regimental ocupam a mesma posição hierárquica. A lei não se sobrepõe ao regimento naquilo que a este cumpre disciplinar: ‘ratione materiae’ é que a Lei e o Regimento se distinguem, no plano das fontes formais do Direito Objetivo.*

.....  
*Como bem explica o ministro MÁRIO GUIMARÃES, o regimento interno, que ‘é a lei interna do Tribunal’, tem por escopo regular ‘o que ocorre e se processa portas a dentro’, tal como se dá com os regulamentos do Poder Legislativo. Por isso mesmo, os tribunais ‘podem legislar sobre a organização de seu trabalho, pois que essa é matéria regimental’. E conclui:*

*‘Não há dizer que a lei prevalece sobre o regimento. Lei e regimento têm órbitas distintas. Dentro de suas áreas respectivas, soberanos o são, respectivamente, o Legislativo e o Judiciário.’”  
(grifei)*

Da mesma forma, esta Suprema Corte, **ao julgar** a Representação nº 1.092/DF, Rel. Min. DJACI FALCÃO, **declarou** inconstitucionais **determinadas** prescrições **constantes do Regimento Interno** do Tribunal Federal de Recursos, **por entender** que a instituição, *por aquela Corte judiciária, do instrumento processual da*

Reclamação, *viabilizada em sede meramente regimental*, **ofendia** a cláusula da reserva constitucional de lei formal (**RTJ** 112/504-567).

A norma **inscrita** no art. 333, **inciso I**, do RISTF, *contudo, embora impregnada* de natureza formalmente regimental, **ostenta**, desde a sua edição, como precedentemente por mim enfatizado, **o caráter de prescrição materialmente legislativa, considerada** a regra constante do art. 119, § 3º, “c”, da Carta Federal de 1969.

**Com a superveniência** da Constituição de 1988, o art. 333, n. I, do RISTF **foi recebido, pela nova ordem constitucional**, com força, valor, eficácia e autoridade de lei, **o que permite conformá-lo à exigência** fundada *no postulado da reserva de lei*.

**Não se pode desconhecer, neste ponto, que se registrou, na espécie, com o advento** da Constituição de 1988, **a recepção**, *por esse novo estatuto político, do mencionado* preceito regimental, veiculador de norma de direito processual, **que passou, a partir** da vigência da **nova** Lei Fundamental da República, *como já assinalado, a ostentar* força, valor, eficácia e autoridade **de norma legal, consoante tem proclamado a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal (**RTJ** 147/1010, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI – **RTJ** 151/278-279, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RTJ** 190/1084, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

**O fenômeno da recepção, bem o sabemos, assegura a preservação** do ordenamento infraconstitucional existente **antes** da vigência do **novo** texto fundamental, **desde** que com este **garde** relação de estrita fidelidade no plano jurídico-material, **em ordem a garantir a prevalência da continuidade** do direito, **pois, conforme decidiu** o Supremo Tribunal Federal, *“a Constituição, por si só, não prejudica a vigência das leis anteriores (...), desde que não conflitantes com o texto constitucional (...)”* (**RTJ** 71/289-293).

Esta Suprema Corte, **fazendo aplicação** do mecanismo da recepção, **proclamou permanecerem válidas e eficazes** as regras ordinárias **anteriores** à Constituição, *“desde que não contrastantes com os seus princípios*

e normas, ou com o seu espírito" (RTJ 77/657-659).

É certo que falece, agora, ao Supremo Tribunal Federal o poder de derrogar normas regimentais veiculadoras de conteúdo processual, pois estas – porque consubstanciadoras de prescrições **materialmente** legislativas – **somente** poderão ser alteradas **mediante lei em sentido formal, observado**, em sua elaboração, **o devido processo legislativo, tal como disciplinado** no texto da vigente Constituição da República.

Não foi por outra razão que o *então* Presidente Fernando Henrique Cardoso, **acolhendo** Exposição de Motivos **subscrita** pelo Ministro da Justiça Iris Rezende e pelo Ministro-Chefe da Casa Civil da Presidência da República Clovis Carvalho, **encaminhou**, *pela Mensagem nº 43/98*, **projeto de lei** ao Congresso Nacional, **propondo alterações legislativas** no Código de Processo Civil, na Consolidação das Leis do Trabalho **e na Lei nº 8.038/90**.

Uma das propostas veiculadas em referido projeto de lei (que tomou o nº 4.070/98 na Câmara dos Deputados) **consistia na pretendida abolição, pura e simples, dos embargos infringentes** em todas as hipóteses previstas no art. 333 do RISTF, **como decorria** do art. 7º de mencionada proposição legislativa, **que possuía o seguinte teor:**

*“Art. 7º Acrescentam-se à Lei nº 8.038, de 1990, os seguintes artigos, renumerando-se os subseqüentes:*

*Art. 43. Não cabem embargos infringentes contra decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal.” (grifei)*

As razões subjacentes ao projeto de lei em questão, invocadas pela Presidência da República **para justificar** a proposta **de extinção dos embargos infringentes** contra acórdãos do Plenário do Supremo Tribunal Federal, **foram assim explicitadas** pelos Ministros de Estado subscritores da Exposição de Motivos:

*“Seguindo na mesma esteira de desafogamento dos órgãos de*

*cúpula do Poder Judiciário, o acréscimo de novo art. 43 à Lei nº 8.038/90 visa à redução dos embargos infringentes no âmbito do Supremo Tribunal Federal, uma vez que as matérias que são levadas ao Plenário já são de tal relevância, que os debates verificados para a fixação de posicionamento da Corte raramente ensejariam a revisão de posturas por parte daqueles que já se pronunciaram a favor ou contra as teses veiculadas em recursos ou ações apreciadas em Plenário.” (grifei)*

Essa proposta do Poder Executivo da União, contudo, não foi acolhida pela Câmara dos Deputados, que se apoiou, para rejeitar a pretendida extinção dos embargos infringentes no Supremo Tribunal Federal, nas razões apresentadas, “em voto em separado”, pelo então Deputado Federal Jarbas Lima, que assim justificou a manutenção dos embargos infringentes no sistema recursal validamente instituído por esta Suprema Corte no art. 333 de seu Regimento Interno:

*“5 - Sugere-se, por fim, a supressão da proposta de criação do art. 43 na Lei nº 8.038/90, constante no artigo 3º do substitutivo. Isso porque a possibilidade de embargos infringentes contra decisão não unânime do plenário do STF constitui importante canal para a reafirmação ou modificação do entendimento sobre temas constitucionais, além dos demais para os quais esse recurso é previsto. Perceba-se que, de acordo com o Regimento Interno da Suprema Corte (artigo 333, par. único), são necessários no mínimo quatro votos divergentes para viabilizar os embargos. Se a controvérsia estabelecida tem tamanho vulto, é relevante que se oportunize novo julgamento para a rediscussão do tema e a fixação de um entendimento definitivo, que depois dificilmente chegará a ser revisto. Eventual alteração na composição do Supremo Tribunal no interregno poderá influir no resultado afinal verificado, que também poderá ser modificado por argumentos ainda não considerados ou até por circunstâncias conjunturais relevantes que se tenham feito sentir entre os dois momentos. Não se afigura oportuno fechar a última porta para o debate judiciário de assuntos da mais alta relevância para a vida nacional.” (grifei)*

É importante assinalar que esse entendimento foi aprovado pelo Plenário da Câmara dos Deputados, **que assim rejeitou a pretendida abolição dos embargos infringentes** no âmbito do Supremo Tribunal Federal, **em votação que teve o apoio** dos Líderes do PSDB, do PMDB, do PT, do PTB, do PPS, do PPB e do PFL.

O Senado Federal, por sua vez, **aprovou** o texto oriundo da Câmara dos Deputados, **fazendo-o** com pequenas alterações, **que sequer cuidaram** do tema pertinente à **abolição** dos embargos infringentes.

Em decorrência da aprovação bicameral da proposição legislativa referida, **resultou promulgada, mediante sanção presidencial, a Lei nº 9.756, de 17/12/98, que “Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais”.**

Vê-se, portanto, **que a questão pertinente aos embargos infringentes** no âmbito do Supremo Tribunal Federal **constitui, agora, sob a égide** da vigente Constituição, **matéria que se submete, por inteiro, à cláusula** de reserva constitucional de lei formal, **cabendo** ao Poder Legislativo, **por tratar-se** de típica questão de política legislativa, **a adoção** de medidas que eventualmente possam resultar, **até mesmo, na supressão definitiva** dos embargos infringentes no âmbito interno do Supremo Tribunal Federal. **Matéria “de lege ferenda”, portanto!**

**Tais observações, contudo, não descaracterizam a legitimidade constitucional** da norma inscrita no art. 333, I, do RISTF, **pois, como anteriormente enfatizado, essa prescrição normativa foi recepcionada** pela vigente ordem constitucional (**RTJ** 147/1010 – **RTJ** 151/278-279 – **RTJ** 190/1084, v.g.), que lhe atribuiu força e autoridade de lei, **viabilizando-lhe, desse modo, a integral aplicabilidade** por esta Suprema Corte.

É por isso que entendo, **não obstante** a superveniente edição da Lei nº 8.038/90, **que ainda subsiste, com força de lei, a regra**

consubstanciada no art. 333, I, do RISTF, **plenamente** compatível com a nova ordem ritual **estabelecida** para os processos penais originários **instaurados** perante o Supremo Tribunal Federal.

O fato, Senhor Presidente, **é que não se presume a revogação tácita das leis, especialmente se se considerar que não incide, no caso ora em exame, qualquer** das hipóteses configuradoras de revogação das espécies normativas, **na forma descrita no § 1º** do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Com efeito, a **regulação normativa** veiculada no novo estatuto legislativo **não abrangeu a totalidade** da disciplina inerente ao processo penal originário no Supremo Tribunal Federal, **mesmo** porque a Lei nº 8.038/90, **ao instituir** “normas procedimentais para os processos que específica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal”, **limitou-se**, no plano da persecução penal originária, a **dispor sobre a ordem ritual** do respectivo procedimento **até a conclusão** da fase de instrução probatória (art. 12), **relegando ao domínio regimental** a normação concernente ao próprio julgamento da causa penal.

Na realidade, o diploma legislativo em questão, **embora** pudesse fazê-lo, **absteve-se de disciplinar o sistema recursal interno** do Supremo Tribunal Federal, **o que representou**, na perspectiva do § 1º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a **preservação do conteúdo eficaz** da regra inscrita no inciso I do art. 333 do RISTF.

Esse silêncio do texto legal, **tal como a ele me referi em passagem anterior deste voto, não é de ser equiparado a uma lacuna normativa involuntária** (ou inconsciente), **assim entendida** aquela que decorre “de um descuido do legislador” (NORBERTO BOBBIO, “Teoria do Ordenamento Jurídico”, p. 144, 1989, Polis/Ed.UnB). **Ao contrário, trata-se de típica lacuna intencional** (ou voluntária) do legislador ordinário, que, **embora tendo presente** a realidade normativa emergente do novo modelo constitucional, **quis, conscientemente, deixar de regular** a questão pertinente aos embargos infringentes, **por entender desnecessário desarticular** o sistema integrado

de recursos fundado, validamente, **no próprio** Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Ao assim proceder, **deixando** de disciplinar, inteiramente, a matéria tratada no Regimento Interno desta Corte, o legislador **não deu causa a uma situação de revogação tácita, implícita ou indireta do inciso I** do art. 333 do diploma regimental, **eis que** – insista-se – essa modalidade de revogação **somente** ocorre em 02 (duas) hipóteses: **(a) quando** a lei posterior for totalmente incompatível com a espécie normativa anterior **e (b) quando** a nova lei regular, inteiramente, a matéria de que tratava a legislação anterior.

**Esse entendimento foi exposto, de maneira clara, pelo eminente** Ministro HAMILTON CARVALHIDO, **que integrou** o E. Superior Tribunal de Justiça, **e que, ao discorrer sobre o tema, acentuou** que a Lei nº 8.038/90 **não extinguiu os embargos infringentes previstos** no art. 333, **inciso I**, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Eis, no ponto, a valiosa lição desse eminente magistrado e antigo Chefe do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro:

*“Cuida-se de norma regimental, que reproduz norma regimental anterior, e antecedeu à Constituição de 1988, com a qual se harmoniza plenamente, em especial com a sua disciplina dos direitos fundamentais, fazendo-se indiscutível a sua recepção pela nova ordem constitucional. E foi recepcionada como norma materialmente legislativa, eis que editada pelo Supremo Tribunal Federal no exercício da competência para disciplinar o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso, que lhe foi atribuída, com exclusividade, pela Emenda Constitucional 1, de 1969.*

.....  
*A questão, enquanto pura de Direito, não se submete a critérios outros que não os que se pode extrair da Lei de*

*Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que, no seu artigo 2º, parágrafo 1º, preceitua a revogação da lei anterior pela posterior, quando a lei nova expressamente o declare; quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior (Decreto Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942).*

*Sendo essa a lei de regência do conflito de normas no tempo, a solução da questão é a da declaração positiva da vigência da norma regimental anterior, qual seja, a do cabimento dos embargos infringentes do acusado contra acórdão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, quando condenatório e assentado por maioria contra, no mínimo, quatro votos divergentes.*

*É que a Lei 8.038/90 não revogou expressamente o artigo 333, inciso I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal; nada dispõe em contrário à norma regimental e não disciplina inteiramente nem o processo da ação penal originária, nem taxativamente os recursos da competência do Excelso Pretório.*

*Com efeito, primeiro, a Lei 8.038/90, no seu artigo 44, revogou expressamente apenas os artigos 541 a 546 do Código de Processo Civil de 1973, e a Lei 3.396, de 2 de junho de 1958, referentes os primeiros aos recursos extraordinários e especial e a última aos artigos 863 e 864 do Código de Processo Civil de 1939 e 622 a 636 do Código de Processo Penal. Segundo, quanto ao Supremo Tribunal Federal e aos recursos da sua competência, apenas disciplinou o recurso extraordinário, assim nada dispondo em contrário ao artigo 333, inciso I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Por fim, tratou tão somente da fase de conhecimento do processo da ação penal originária e o fez não completamente, pois que também se remete ao Regimento do Tribunal, com vistas à disciplina do julgamento da causa.*

*Não é diverso o entendimento do Supremo Tribunal Federal, como exsurge, por todos, do voto condutor do*

*acórdão no Agravo Regimental nos Embargos Infringentes no Habeas Corpus 77.664/SP, da lavra do ilustre ministro Carlos Velloso, relator, 'verbis': 'no Supremo Tribunal Federal, os embargos infringentes são cabíveis da decisão não unânime do Plenário (...), que julgar procedente a ação penal (...), sendo certo que, tratando-se de decisão do plenário, o cabimento dos embargos infringentes depende da existência, no mínimo, de quatro votos divergentes (RI/STF, art. 333, e seu Parágrafo Único)'*.

*É de se afirmar, portanto, a vigência da norma regimental que prevê os embargos infringentes como recurso oponível a acórdão condenatório não unânime, do Pleno do Supremo Tribunal Federal, com divergência de pelo menos quatro votos.*

*Trata-se, como convém averbar em remate, o artigo 333, inciso I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de norma do devido processo legal, garantia individual, titularizada por todos os membros da Sociedade Civil, de observância absoluta, pena de irreparável ofensa ao Pacto Social ele mesmo. A exceção, que o atinja, jamais será individual ou particular, mas, por força de natureza, coletiva e geral, gravíssima e permanente, enquanto ofensa aos direitos fundamentais, com comprometimento intenso da sua efetividade." (grifei)*

**Enfatize-se, portanto, e no que concerne aos embargos infringentes** – cuja base normativa reside no art. 333, n. I, do RISTF –, **que não se registrou, presente o próprio conteúdo** da Lei nº 8.038/90, **hipótese de incompatibilidade ou situação de inteira regulação normativa** da matéria, **o que torna absolutamente inaplicável** ao caso ora em exame a regra inscrita no art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

**Subsiste, portanto, íntegra** a regra **consubstanciada no inciso I** do art. 333 do RISTF, **considerada** a circunstância – **juridicamente relevante** – de que a Lei nº 8.038/90 **não operou, no contexto mais amplo dos processos penais originários instaurados** perante esta Suprema Corte, **revogação global ou**

sistêmica da matéria.

E, como se sabe, **quando** tal ocorre, **passam a coexistir**, em relação de plena harmonia jurídica, diplomas normativos **impregnados de conteúdo temático próprio**, **valendo rememorar a lição** do eminente Professor ALFREDO BUZAID (“**Estudos de Direito**”, vol. I/200-201, item n. 18, 1972, Saraiva), saudoso Ministro desta Suprema Corte que, **ao examinar** o sentido da cláusula constitucional **que deferiu**, em 1967/1969, poder normativo primário ao Supremo Tribunal Federal em matéria processual, **enfatizou**, com a reconhecida autoridade de haver sido um dos mais brilhantes juristas deste País, que referida atribuição **legitimava** a instituição, por este Tribunal, em sede regimental, **de recursos** pertinentes às matérias sujeitas à sua competência:

*“O Supremo Tribunal Federal legisla, nas matérias de sua competência, através do ‘regimento interno’. (...). Este preceito outorgou ao Supremo Tribunal Federal a atribuição privativa para estabelecer o processo e o julgamento, **bem como os recursos** nos casos de sua competência originária (...). Em uma palavra, o regimento tem o valor de lei.” (grifei)*

De outro lado, há a considerar, ainda, **um outro aspecto** que tenho por pertinente **no exame** da controvérsia ora em julgamento **e que se refere** ao fato de que a regra consubstanciada no art. 333, inciso I, do RISTF **busca permitir**, ainda que de modo incompleto, **a concretização**, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, **no contexto** das causas penais originárias, do postulado do duplo reexame, **que visaria amparar** o direito consagrado na **própria** Convenção Americana de Direitos Humanos, **na medida em que realiza**, embora insuficientemente, a cláusula convencional da proteção judicial efetiva (**Pacto de São José da Costa Rica**, Art. 8º, n. 2, **alínea “h”**).

A **adoção do critério do duplo reexame nos julgamentos** penais condenatórios **realizados** pelo Supremo Tribunal Federal, **possibilitando** a utilização dos embargos infringentes **na hipótese singular** prevista no art. 333, **inciso I**, do RISTF, **permitirá** alcançar solução, não obstante limitada, **nos casos** em que o Supremo Tribunal Federal, **atuando**

originariamente como instância judiciária única, **proferir**, por votação majoritária, julgamentos penais **desfavoráveis** ao réu.

Na realidade, **não se pode deixar de reconhecer** que os embargos infringentes, **tais como** instituídos no inciso I do art. 333 do RISTF, **mostram-se insuficientes à plena realização** de um direito fundamental **assegurado** pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 8º, n. 2, “h”) **e que consiste** na prerrogativa jurídico-processual de o condenado “*recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior*”.

**Esse direito ao duplo grau de jurisdição**, consoante adverte a Corte Interamericana de Direitos Humanos, **é também invocável mesmo nas hipóteses** de condenações penais **em decorrência de prerrogativa de foro**, decretadas, em sede originária, por Cortes Supremas de Justiça **estruturadas** no âmbito dos Estados integrantes do sistema interamericano que hajam formalmente reconhecido, como obrigatória, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos **em todos os casos** relativos à interpretação ou aplicação do Pacto de São José da Costa Rica.

**Não custa lembrar** que o Brasil, apoiando-se em soberana deliberação, **submeteu-se à jurisdição contenciosa** da Corte Interamericana de Direitos Humanos, **o que significa** – considerado o formal reconhecimento da obrigatoriedade de observância e respeito da competência da Corte (Decreto nº 4.463/2002) – que o Estado brasileiro **comprometeu-se**, por efeito de sua própria vontade político-jurídica, “*a cumprir a decisão da Corte em todo caso*” **de que é parte** (Pacto de São José da Costa Rica, Artigo 68). “Pacta sunt servanda” ...

Com efeito, o Brasil, **no final** do segundo mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso (Decreto nº 4.463, de 08/11/2002), **reconheceu como obrigatórias a jurisdição e a competência** da Corte Interamericana de Direitos Humanos, “*em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção*” (Pacto de São José da Costa Rica, Artigo 62), **o que legitima** o exercício, por esse importante organismo judiciário de âmbito regional, do controle de convencionalidade, **vale dizer**, da adequação e

observância, **por parte** dos Estados nacionais que voluntariamente se submeteram, como o Brasil, à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, dos princípios, direitos e garantias fundamentais assegurados e proclamados, no contexto do sistema interamericano, pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

**É importante ter presente**, no ponto, o magistério, sempre autorizado, dos eminentes Professores LUIZ FLÁVIO GOMES e VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, cuja lição, no tema, a propósito do duplo grau de jurisdição no sistema interamericano de direitos humanos, notadamente após a Sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Barreto Leiva vs. Venezuela, vale lembrar:

*“As duas exceções ao direito ao duplo grau, que vêm sendo reconhecidas no âmbito dos órgãos jurisdicionais europeus [europeus!], são as seguintes: (a) caso de condenação imposta em razão de recurso contra sentença absolutória; (b) condenação imposta pelo tribunal máximo do país. ([1]) Mas a sistemática do direito e da jurisprudência interamericana é distinta. Diferentemente do que se passa com o sistema europeu, vem o sistema interamericano afirmando que o respeito ao duplo grau de jurisdição é absolutamente indispensável, mesmo que se trate de condenação pelo órgão máximo do país. Não existem ressalvas no sistema interamericano em relação ao duplo grau de jurisdição.*

A Corte Interamericana não é um tribunal que está acima do STF, ou seja, não há hierarquia entre eles. É por isso que ela não constitui um órgão recursal. Porém, suas decisões obrigam o país que é condenado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. ‘Pacta sunt servanda’: ninguém é obrigado a assumir compromissos internacionais. Depois de assumidos, devem ser cumpridos.

De forma direta, a Corte não interfere nos processos que tramitam num determinado Estado membro sujeito à sua jurisdição (em razão de livre e espontânea adesão), porém, de forma indireta, sim. (...).

.....  
No caso ‘Barreto Leiva contra Venezuela’, a Corte, em sua decisão de 17.11.09, apresentou duas surpresas: a primeira é que fez

valer em toda a sua integralidade o direito ao duplo grau de jurisdição (direito de ser julgado duas vezes, de forma ampla e ilimitada) e a segunda é que deixou claro que esse direito vale para todos os réus, inclusive os julgados pelo Tribunal máximo do país, em razão do foro especial por prerrogativa de função ou de conexão com quem desfruta dessa prerrogativa.

.....  
A obrigação de respeitar o duplo grau de jurisdição deve ser cumprida pelo Estado, por meio do seu Poder Judiciário, em prazo razoável. De outro lado, também deve o Estado fazer as devidas adequações no seu direito interno, de forma a garantir sempre o duplo grau de jurisdição, mesmo quando se trata de réu com foro especial por prerrogativa de função.

.....  
*De outro lado, quando o julgamento acontece na Corte Máxima, a única interpretação possível do art. 8º, II, 'h', da CADH, é que este mesmo tribunal é o competente para o segundo julgamento. Foi isso que determinou a CIDH no caso 'Barreto Leiva'. Quando não existe outro juiz ou Corte 'superior', é a mesma Corte máxima que deve proceder ao segundo julgamento porque, no âmbito criminal, nenhum réu jamais pode ser tolhido desse segundo julgamento (consoante a firme e incisiva jurisprudência da CIDH)."*  
(grifei)

Nem se diga que a soberania do Estado brasileiro seria oponível à autoridade das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando proferidas no exercício de sua jurisdição contenciosa.

A questão central, neste tema, considerada a limitação da soberania dos Estados (com **evidente** afastamento das concepções de JEAN BODIN), **notadamente em matéria de Direitos Humanos**, e a **voluntária adesão** do Brasil a esses **importantíssimos** estatutos internacionais de proteção regional e global aos direitos básicos da pessoa humana, **consiste em manter fidelidade** aos compromissos que o Estado brasileiro **assumiu** na ordem internacional, **eis que continua a prevalecer**, ainda, o clássico dogma – reafirmado pelo Artigo 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, **hoje incorporada** ao ordenamento interno de nosso País

(Decreto nº 7.030/2009) –, **segundo** o qual “*pacta sunt servanda*”, **vale dizer**, “*Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé*”, **sendo-lhe inoponíveis**, consoante diretriz **fundada** no Artigo 27 dessa mesma Convenção de Viena, **as disposições do direito interno do Estado nacional**, que **não** poderá justificar, **com base em tais regras domésticas**, o **inadimplemento** de suas obrigações convencionais, **sob pena** de cometer grave **ilícito internacional**.

Essa **compreensão** do tema – **notadamente** em situações **como a ora em exame** em que o Supremo Tribunal Federal se vê dividido na exegese de um dado preceito normativo – **permite realizar** a cláusula **inscrita** no art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos, **que confere**, **no domínio de interpretação** dos direitos e garantias fundamentais, **primazia à norma mais favorável**, **consoante tem enfatizado** a própria jurisprudência desta Suprema Corte (**HC 90.450/MG**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*):

**“HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.**

- Os magistrados e Tribunais, **no exercício** de sua atividade interpretativa, **especialmente** no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, **devem observar** um princípio hermenêutico básico (**tal como** aquele proclamado **no Artigo 29** da Convenção Americana de Direitos Humanos), **consistente em atribuir primazia** à norma que se revele **mais favorável** à pessoa humana, **em ordem** a dispensar-lhe **a mais** ampla proteção jurídica.

- **O Poder Judiciário**, nesse processo hermenêutico **que prestigia** o critério da norma **mais favorável** (que tanto pode ser **aquela** prevista no tratado internacional **como a que se acha positivada** no próprio direito interno do Estado), **deverá extrair a máxima eficácia** das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, **como forma de viabilizar** o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, **notadamente** os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, **sob pena** de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana **tornarem-se palavras vãs**.

- **Aplicação**, ao caso, **do Artigo 7º**, n. 7, **c/c o Artigo 29**,

*ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): **um caso típico** de primazia da regra **mais favorável à proteção efetiva** do ser humano.”*

(**HC 96.772/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

**É de observar-se**, ainda, **por relevante**, que, **opostos** os embargos infringentes, “*serão excluídos da distribuição o Relator e o Revisor*” (RISTF, art. 76), **o que permitirá**, até mesmo, **uma nova visão** sobre o litígio penal ora em julgamento.

**Cabe lembrar**, neste ponto, **considerado** o fato de que os embargos infringentes permitirão, *embora de modo pontual*, **porque limitados** ao objeto da divergência, **uma nova visão** sobre a controvérsia penal, **a observação** de PONTES DE MIRANDA (“Comentários ao Código de Processo Civil”, tomo VII, p. 330 e 339, 1975, Forense) **no sentido** de que essa modalidade recursal, **ainda** que havida por inconveniente por alguns processualistas, **pode**, *no entanto, servir à causa da Justiça*, **como o revela** esse eminente jurista brasileiro **ao justificar a razão de ser** dos embargos infringentes:

*“Os melhores julgamentos, os mais completamente instruídos e os mais proficientemente discutidos são os julgamentos das Câmaras de embargos. (...) muita injustiça se tem afastado com os julgamentos em grau de embargos.*

.....  
*O interesse precipuamente protegido pelo art. 530 do Código de 1973 não é o individual. É o interesse público em que haja a mais completa aplicação de todas as leis que presidiram à formação das relações jurídicas, isto é, de todas as leis que incidiram.”*

**Cabe assinalar**, finalmente, **que a existência de votos vencidos qualifica-se como pressuposto necessário** para a admissibilidade dos embargos infringentes, **pois, como ninguém o ignora**, a finalidade dessa espécie recursal **consiste** em fazer prevalecer, **no rejuízo** da causa –

limitado, *topicamente*, ao objeto da divergência –, a **solução** preconizada *pela corrente minoritária*.

**É de indagar-se**, neste ponto, para efeito de utilização dos embargos infringentes **contra** *acórdão não unânime* do Supremo Tribunal Federal, **na hipótese** prevista no art. 333, **inciso I**, do RISTF, **se** a corrente minoritária deve compor-se *de 04 (quatro) votos vencidos* **ou**, *então*, **se** se revela suficiente a existência **de apenas** 01 (um) voto divergente.

O eminente Ministro GILMAR MENDES **formulou** indagação relevante **a propósito** da questão **pertinente** aos votos vencidos. **Por que** 4 (quatro) votos vencidos **e não** 3 (três), 2 (dois) ou apenas 1 (um)?

**Entendo** que essa questão **mereceu** *adequada análise* pelo eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, que, **em julgamento nesta Corte**, de que foi Relator (**HC** 71.124/RJ), **após haver destacado** o descabimento de embargos infringentes criminais contra decisão condenatória **não** unânime, nos processos de competência originária dos Tribunais em geral, *“salvo no Supremo Tribunal Federal”*, **bem justificou** a razão de ser **da exigência mínima** de 04 (quatro) votos vencidos, **salientando** que esse número – *bastante expressivo* em um Tribunal *com apenas* 11 (onze) integrantes (**tanto** que quatro votos, *nas Turmas*, **compõem a maioria**) – **revela-se apto a evidenciar**, *sem qualquer dúvida*, a plausibilidade jurídica da pretensão deduzida pela parte embargante:

*“Resta a invocada analogia da hipótese com as tratadas no Regimento Interno do Supremo Tribunal, que tanto admite os embargos infringentes contra a decisão que ‘julgar improcedente a revisão criminal’ (art. 333, III), quanto contra aquela que ‘julgar procedente a ação penal’ (art. 333, I), atualmente, desde que haja quatro votos vencidos (a ressalva do art. 333, parág. único, quando se tratasse de julgamento criminal em sessão secreta, que se contentava em que a decisão não fosse unânime, perdeu o objeto com o art. 93, IX, da Constituição).*

*É curioso observar que a admissão dos embargos infringentes contra decisão das ações penais originárias, no âmbito do Supremo*

Tribunal, *desde* o art. 194 do velho Regimento (CORDEIRO DE MELLO, 'ob. cit.', II/832):  **muito anterior**, portanto, a que a EC 16/65 e as cartas constitucionais subsequentes outorgassem hierarquia de lei ordinária ao regimento interno da Corte.

*Não obstante, estou em que a singularidade se explica pela posição do Supremo Tribunal na cúpula da estrutura judiciária nacional (...).*

.....  
*Em contraposição, os acórdãos em processos originários do Supremo Tribunal são de única e última instância, não apenas no accertamento dos fatos, mas também na aplicação do direito: donde, a construção da abertura da via dos embargos, ao menos para as hipóteses em que o número de votos divergentes no seio da Corte emprestar probabilidade significativa de êxito à súplica do reexame do caso.*

*Nessa linha de raciocínio, é significativo que a L. 8.038/90 - que cuidou das ações penais originárias, de competência do Supremo e do Superior Tribunal de Justiça - não haja cogitado de transportar, para o último, a regra de admissibilidade dos embargos infringentes, que, por força do regimento, aqui subsiste. (...).*

.....  
*Finalmente, impressiona o argumento das informações de que, suposto ser o caso de aplicação analógica, a exigência de quatro votos vencidos, de grande peso no conjunto de onze juízes do STE, não poderia ser transplantada para o âmbito de colegiados muito mais numerosos (...) sem que antes se procedesse à devida adequação da proporcionalidade." (grifei)*

**Concluo o meu voto**, Senhor Presidente. **E**, ao fazê-lo, **peço vênias para dar provimento** ao presente "agravo regimental", **admitindo**, em consequência, **a possibilidade** de utilização, no caso, dos embargos infringentes (**RISTF**, art. 333, inciso I), **desde que existentes, pelo menos**, 04 (quatro) votos vencidos, **acompanhando**, por tal razão, a **divergência** iniciada pelo eminente Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO.

**É o meu voto.**

09/11/2016

PLENÁRIO

**EXTRADIÇÃO 1.362 DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR** : MIN. EDSON FACHIN  
**REDATOR DO ACÓRDÃO** : MIN. TEORI ZAVASCKI  
**REQTE.(S)** : GOVERNO DA ARGENTINA  
**EXTDO.(A/S)** : SALVADOR SICILIANO  
**ADV.(A/S)** : DANIEL MOURAD MAJZOUB

EMENTA: EXTRADIÇÃO REQUERIDA PELA REPÚBLICA ARGENTINA. DELITOS QUALIFICADOS PELO ESTADO REQUERENTE COMO DE LESA-HUMANIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA SOB A PERSPECTIVA DA LEI PENAL BRASILEIRA. NÃO ATENDIMENTO AO REQUISITO DA DUPLA PUNIBILIDADE (ART. 77, VI, DA LEI 6.815/1980 E ART. III, C, DO TRATADO DE EXTRADIÇÃO). INDEFERIMENTO DO PEDIDO.

1. Conforme pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *“a satisfação da exigência concernente à dupla punibilidade constitui requisito essencial ao deferimento do pedido extradicional”* (Ext 683, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, Dje de 21.11.2008). Nessa linha, tanto o Estatuto do Estrangeiro (art. 77, VI), quanto o próprio tratado de extradição firmado entre o Brasil e o Estado requerente (art. III, c), vedam categoricamente a extradição quando extinta a punibilidade pela prescrição, à luz do ordenamento jurídico brasileiro ou do Estado requerente.

2. O Estado requerente imputa ao extraditando a prática de delito equivalente ao de associação criminosa (art. 288 do Código Penal), durante os anos de 1973 a 1975, e, no ano de 1974, de crimes equivalentes aos de sequestro qualificado (art. 148, § 2º, do Código Penal) e de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, do Código Penal). Evidentemente, todos esses delitos encontram-se prescritos, porquanto, desde sua consumação, transcorreu tempo muito superior ao prazo prescricional máximo previsto no Código Penal, equivalente a 20 (vinte) anos (art. 109, I). Não consta dos autos, ademais, que se tenha configurado qualquer das

**EXT 1362 / DF**

causas interruptivas da prescrição.

3. A circunstância de o Estado requerente ter qualificado os delitos imputados ao extraditando como de lesa-humanidade não afasta a sua prescrição, porquanto (a) o Brasil não subscreveu a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, nem aderiu a ela; e (b) apenas lei interna pode dispor sobre prescritibilidade ou imprescritibilidade da pretensão estatal de punir (cf. ADPF 153, Relator(a): Min. EROS GRAU, voto do Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, Dje de 6.8.2010).

4. O indeferimento da extradição com base nesses fundamentos não ofende o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (Decreto 7.030/2009), uma vez que não se trata, no presente caso, de invocação de limitações de direito interno para justificar o inadimplemento do tratado de extradição firmado entre o Brasil e a Argentina, mas sim de simples incidência de limitação veiculada pelo próprio tratado, o qual veda a concessão da extradição “*quando a ação ou a pena já estiver prescrita, segundo as leis do Estado requerente ou requerido*” (art. III, c).

5. Pedido de extradição indeferido.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Ministra CÁRMEN LÚCIA, em conformidade com a ata de julgamento e as notas taquigráficas, por maioria, em indeferir o pedido de extradição, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Rosa Weber, que reajustou seu voto. Determinada a expedição de alvará de soltura em favor do extraditando, se por *al* não estiver preso. Ausentes, justificadamente, os Ministros Gilmar Mendes e Teori Zavascki, em missão oficial para participarem do Programa de Eleições dos Estados Unidos (USEP) e da 7ª Conferência da Organização Global de Eleições (GEO-7), em Washington, Estados Unidos, e o Ministro Dias Toffoli, acompanhando as eleições norte-

**EXT 1362 / DF**

americanas a convite da *International Foundation for Electoral Systems (IFES)*.

Brasília, 9 de novembro de 2016.

Ministro TEORI ZAVASCKI  
Redator para Acórdão

31/08/2016

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.404 DISTRITO FEDERAL**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. DIAS TOFFOLI</b>
<b>REQTE.(S)</b>	<b>:PARTIDO TRABALHISTA BRASILEIRO PTB</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>:PAULA ANDREA FORGIONI</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>:MARCIA LYRA BERGAMO</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>:PRESIDENTE DA REPÚBLICA</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>:CONGRESSO NACIONAL</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>:ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO - ABERT</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>:GUSTAVO BINENBOJM E OUTRO(A/S)</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>:AGÊNCIA DE NOTÍCIAS DOS DIREITOS DA INFÂNCIA - ANDI</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>:INSTITUTO DE ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS - INESC</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>:TAMARA AMOROSO GONÇALVES</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>:CONECTAS DIREITOS HUMANOS</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>:FLÁVIA XAVIER ANNENBERG</b>
<b>AM. CURIAE.</b>	<b>:INSTITUTO ALANA</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>:EKATERINE SOUZA KARAGEORGIADIS E OUTRO(A/S)</b>

**EMENTA**

**Ação direta de inconstitucionalidade. Expressão “em horário diverso do autorizado”, contida no art. 254 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Classificação indicativa. Expressão que tipifica como infração administrativa a transmissão, via rádio ou televisão, de programação em horário diverso do autorizado, com pena de multa e suspensão da programação da emissora por até dois dias, no caso de reincidência. Ofensa aos arts. 5º, inciso IX; 21, inciso XVI; e 220, caput e parágrafos, da Constituição Federal. Inconstitucionalidade.**

1. A própria Constituição da República delineou as regras de sopesamento entre os valores da liberdade de expressão dos meios de comunicação e da proteção da criança e do adolescente. Apesar da

**ADI 2404 / DF**

garantia constitucional da liberdade de expressão, livre de censura ou licença, a própria Carta de 1988 conferiu à União, com exclusividade, no art. 21, inciso XVI, o desempenho da atividade material de “exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão”. A Constituição Federal estabeleceu mecanismo apto a oferecer aos telespectadores das diversões públicas e de programas de rádio e televisão as indicações, as informações e as recomendações necessárias acerca do conteúdo veiculado. É o sistema de classificação indicativa esse ponto de equilíbrio ténue, e ao mesmo tempo tenso, adotado pela Carta da República para compatibilizar esses dois axiomas, velando pela integridade das crianças e dos adolescentes sem deixar de lado a preocupação com a garantia da liberdade de expressão.

2. A classificação dos produtos audiovisuais busca esclarecer, informar, indicar aos pais a existência de conteúdo inadequado para as crianças e os adolescentes. O exercício da liberdade de programação pelas emissoras impede que a exibição de determinado espetáculo dependa de ação estatal prévia. A submissão ao Ministério da Justiça ocorre, exclusivamente, para que a União exerça sua competência administrativa prevista no inciso XVI do art. 21 da Constituição, qual seja, classificar, para efeito indicativo, as diversões públicas e os programas de rádio e televisão, o que não se confunde com autorização. Entretanto, essa atividade não pode ser confundida com um ato de licença, nem confere poder à União para determinar que a exibição da programação somente se dê nos horários determinados pelo Ministério da Justiça, de forma a caracterizar uma imposição, e não uma recomendação. Não há horário autorizado, mas horário recomendado. Esse caráter autorizativo, vinculativo e compulsório conferido pela norma questionada ao sistema de classificação, **data venia**, não se harmoniza com os arts. 5º, IX; 21, inciso XVI; e 220, § 3º, I, da Constituição da República.

3. Permanece o dever das emissoras de rádio e de televisão de exibir ao público o aviso de classificação etária, antes e no decorrer da veiculação do conteúdo, regra essa prevista no parágrafo único do art. 76 do ECA, sendo seu descumprimento tipificado como infração

**ADI 2404 / DF**

administrativa pelo art. 254, ora questionado (não sendo essa parte objeto de impugnação). Essa, sim, é uma importante área de atuação do Estado. É importante que se faça, portanto, um apelo aos órgãos competentes para que reforcem a necessidade de exibição destacada da informação sobre a faixa etária especificada, no início e durante a exibição da programação, e em intervalos de tempo não muito distantes (a cada quinze minutos, por exemplo), inclusive, quanto às chamadas da programação, de forma que as crianças e os adolescentes não sejam estimulados a assistir programas inadequados para sua faixa etária. Deve o Estado, ainda, conferir maior publicidade aos avisos de classificação, bem como desenvolver programas educativos acerca do sistema de classificação indicativa, divulgando, para toda a sociedade, a importância de se fazer uma escolha refletida acerca da programação ofertada ao público infanto-juvenil.

4. Sempre será possível a responsabilização judicial das emissoras de radiodifusão por abusos ou eventuais danos à integridade das crianças e dos adolescentes, levando-se em conta, inclusive, a recomendação do Ministério da Justiça quanto aos horários em que a referida programação se mostre inadequada. Afinal, a Constituição Federal também atribuiu à lei federal a competência para “estabelecer meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221” (art. 220, § 3º, II, CF/88).

5. Ação direta julgada procedente, com a declaração de inconstitucionalidade da expressão “em horário diverso do autorizado” contida no art. 254 da Lei nº 8.069/90.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos e nos termos do voto do Relator, em julgar procedente o pedido formulado na ação direta para se

**ADI 2404 / DF**

declarar a inconstitucionalidade da expressão “em horário diverso do autorizado” contida no art. 254 da Lei nº 8.069/90, vencido, em parte, o Ministro Marco Aurélio, que o julgava procedente em maior extensão, e os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski (Presidente), que davam interpretação conforme ao dispositivo impugnado.

Brasília, 31 de agosto de 2016.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator

13/08/2015

PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 592.581 RIO GRANDE DO SUL**

**RELATOR** : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**

**RECTE.(S)** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

**RECDO.(A/S)** : **ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

**INTDO.(A/S)** : **UNIÃO**

**ADV.(A/S)** : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

**INTDO.(A/S)** : **ESTADO DO ACRE**

**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE**

**INTDO.(A/S)** : **ESTADO DO AMAZONAS**

**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS**

**INTDO.(A/S)** : **ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

**INTDO.(A/S)** : **ESTADO DE MINAS GERAIS**

**ADV.(A/S)** : **ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

**INTDO.(A/S)** : **ESTADO DO PIAUÍ**

**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ**

**INTDO.(A/S)** : **ESTADO DE RONDÔNIA**

**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA**

**INTDO.(A/S)** : **ESTADO DA BAHIA**

**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA**

**INTDO.(A/S)** : **ESTADO DE RORAIMA**

**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA**

**INTDO.(A/S)** : **ESTADO DO AMAPÁ**

**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ**

**INTDO.(A/S)** : **ESTADO DE SANTA CATARINA**

**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

**RE 592581 / RS**

**INTDO.(A/S)** :ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL  
**PROC.(A/S)(ES)** :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL  
**INTDO.(A/S)** :DISTRITO FEDERAL  
**PROC.(A/S)(ES)** :PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL  
**AM. CURIAE.** :ESTADO DE SÃO PAULO  
**PROC.(A/S)(ES)** :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**AM. CURIAE.** :ESTADO DO PARÁ  
**PROC.(A/S)(ES)** :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ

EMENTA: REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL.

I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais.

II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial.

III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal.

IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o

**RE 592581 / RS**

argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes.

V - Recurso conhecido e provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 220 da repercussão geral, dar provimento ao recurso extraordinário para cassar o acórdão recorrido, a fim de que se mantenha a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau. Ainda por unanimidade, assentar a seguinte tese: *“É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes”*. Ausente, justificadamente, o Ministro Teori Zavascki.

Brasília, 13 de agosto de 2015.

**RICARDO LEWANDOWSKI – PRESIDENTE E RELATOR**

10/06/2015

PLENÁRIO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.815 DISTRITO FEDERAL**

**RELATORA** : **MIN. CÁRMEN LÚCIA**  
**REQTE.(S)** : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS - ANEL  
**ADV.(A/S)** : GUSTAVO BINENBOJM  
**INTDO.(A/S)** : PRESIDENTE DA REPUBLICA  
**INTDO.(A/S)** : PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL  
**ADV.(A/S)** : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO  
**AM. CURIAE.** : INSTITUTO HISTÓRICO E GEOGRÁFICO BRASILEIRO - IHGB  
**ADV.(A/S)** : THIAGO BOTTINO DO AMARAL  
**AM. CURIAE.** : ARTIGO 19 BRASIL  
**ADV.(A/S)** : CAMILA MARQUES BARROSO E OUTRO(A/S)  
**AM. CURIAE.** : ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS  
**ADV.(A/S)** : ALBERTO VENANCIO FILHO E OUTRO(A/S)  
**AM. CURIAE.** : ASSOCIAÇÃO EDUARDO BANKS  
**ADV.(A/S)** : ROBERTO FLÁVIO CAVALCANTI  
**AM. CURIAE.** : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB  
**ADV.(A/S)** : OSWALDO PINHEIRO RIBEIRO JÚNIOR E OUTRO(A/S)  
**ADV.(A/S)** : MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO  
**AM. CURIAE.** : INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SAO PAULO - IASP  
**ADV.(A/S)** : IVANA CO GALDINO CRIVELLI E OUTRO(A/S)  
**AM. CURIAE.** : INSTITUTO AMIGO  
**ADV.(A/S)** : MARCO ANTONIO BEZERRA CAMPOS E OUTRO(A/S)

**EMENTA:** *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI N. 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS. MÉRITO: APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO, ARTÍSTICA E CULTURAL, INDEPENDENTE DE CENSURA OU*

**ADI 4815 / DF**

*AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X). ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E DE DIREITO DE RESPOSTA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO.*

1. A Associação Nacional dos Editores de Livros - Anel congrega a classe dos editores, considerados, para fins estatutários, a pessoa natural ou jurídica à qual se atribui o direito de reprodução de obra literária, artística ou científica, podendo publicá-la e divulgá-la. A correlação entre o conteúdo da norma impugnada e os objetivos da Autora preenche o requisito de pertinência temática e a presença de seus associados em nove Estados da Federação comprova sua representação nacional, nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada.

2. O objeto da presente ação restringe-se à interpretação dos arts. 20 e 21 do Código Civil relativas à divulgação de escritos, à transmissão da palavra, à produção, publicação, exposição ou utilização da imagem de pessoa biografada.

3. A Constituição do Brasil proíbe qualquer censura. O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceada pelo Estado ou por particular.

4. O direito de informação, constitucionalmente garantido, contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro refere-se à formação da opinião pública, considerado cada qual dos cidadãos que pode receber livremente dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, interferem em sua esfera do acervo do direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a suas legítimas cogitações.

5. Biografia é história. A vida não se desenvolve apenas a partir da

**ADI 4815 / DF**

soleira da porta de casa.

6. Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa. O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se coartando liberdades conquistadas. A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei.

7. A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem.

8. Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias.

9. Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes).

**A C Ó R D Ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, julgou **procedente** o pedido formulado na ação direta para dar interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os

**ADI 4815 / DF**

direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas). Falaram, pela requerente Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL, o Dr. Gustavo Binenbojm, OAB/RJ 83.152; pelo amicus curiae Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro – IHGB, o Dr. Thiago Bottino do Amaral, OAB/RJ 102.312; pelo amicus curiae Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, o Dr. Marcus Vinicius Furtado Coelho, OAB/PI 2525; pelo amicus curiae Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, a Dra. Ivana Co Galdino Crivelli, OAB/SP 123.205-B, e, pelo amicus curiae INSTITUTO AMIGO, o Dr. Antônio Carlos de Almeida Castro, OAB/DF 4107. Ausente o Ministro Teori Zavascki, representando o Tribunal no simpósio em comemoração aos 70 anos do Tribunal de Disputas Jurisdicionais da República da Turquia, em Ancara.

Brasília, 10 de junho de 2015.

Ministra **CÁRMEN LÚCIA** – Relatora

**17/12/2014**

**PLENÁRIO**

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 591.054 SANTA CATARINA**

**RELATOR** : **MIN. MARCO AURÉLIO**  
**RECTE.(S)** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**RECDO.(A/S)** : **SANDRO GASPARI**  
**ADV.(A/S)** : **SANDRO SPRICIGO**  
**INTDO.(A/S)** : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**

PENA – FIXAÇÃO – ANTECEDENTES CRIMINAIS – INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO – DESINFLUÊNCIA. Ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em desprover o recurso extraordinário, nos termos do voto do relator e por maioria, em sessão presidida pelo Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 17 de dezembro de 2014.

**MINISTRO MARCO AURÉLIO – PRESIDENTE E RELATOR**

05/06/2014

PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 591.054 SANTA CATARINA**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, hoje li, no jornal "O Globo", artigo sob o título "O que o Supremo precisa", a tratar, justamente, da problemática das repercussões gerais e a retenção, portanto o afastamento da continuidade da jurisdição, de muitos processos.

Por isso, devo penitenciar-me, porque ontem fugi à tradição de procurar resumir o convencimento sobre processos sob minha relatoria e acabei ocupando espaço dos jurisdicionados que estão na fila, considerados processos que devem ser incluídos na pauta dirigida, para terem a entrega da prestação jurisdicional. Estendi-me um pouco mais no voto, talvez empolgado pela matéria versada: imunidade quanto às entidades de assistência social. E não vi sequer o resultado final do julgamento, já que colega, com todo direito, pediu vista, isso após quatro votos proferidos. Vou procurar, portanto, resumir o voto neste caso.

Qual é o pano de fundo?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministro Marco Aurélio, Vossa Excelência me permite um breve aparte? Neste caso específico, e apenas para não deixar passar em branco – e olha que sou um defensor da brevidade –, o voto de Vossa Excelência, numa questão complexa e intrincada, fez diferença, por exemplo, para o meu ponto de vista, e eu mesmo reajuste a minha impressão original.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vossa Excelência me conforta.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - De modo que, às vezes, o voto analítico, como foi o caso, pela complexidade e pelas circunstâncias, excepcionalmente se justifica, e acho que esse era um caso. Pelo menos para mim, fez muito diferença o voto de Vossa Excelência.