

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO - UNICAP
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

CAROLINE ALVES MONTENEGRO

**STF E CrIDH: anistia dos crimes por motivação política
no período da Ditadura Militar**

Recife
2014

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO - UNICAP
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

CAROLINE ALVES MONTENEGRO

**STF E CrIDH: anistia dos crimes por motivação política
no período da Ditadura Militar**

Dissertação apresentada como requisito para
obtenção do título de Mestre em Direito pela
Universidade Católica de Pernambuco -
UNICAP

Orientador: João Paulo Allain Teixeira

Recife
2014

CAROLINE ALVES MONTENEGRO

**STF E CrIDH: anistia dos crimes por motivação política
no período da Ditadura Militar**

Dissertação apresentada ao programa de Mestrado da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP) como requisito para obtenção do grau de mestre em Direito. Linha de Pesquisa: Jurisdição e Direitos Humanos
Orientador: João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira

Dissertação defendida e aprovada em 27 de junho de 2014 pela banca examinadora constituída pelos Professores:

Prof. Dr. João Paulo Allain Teixeira – Orientador
Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP

Prof. Dr. Marcelo Labanca Corrêa de Araújo
Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP

Prof. Dra. Hertha Urquiza Baracho
Universidade Federal da Paraíba – UFPB

AGRADECIMENTOS

Para D. Helder Câmara, “*bem-aventurados os que sonham, porque levam esperança a muitos corações e correm o doce risco de ver o seu sonho realizado*”. O meu especial agradecimento a Deus, pelo dom da sabedoria e do discernimento que me fora ofertado, tendo, assim, a coragem necessária para não desistir dos meus sonhos.

Aos meus pais (Teotônio e Janete) e demais familiares (muito obrigada aos meus tios: Clidemar Câmara Torres (*in memoriam*) e a Elizabeth Montenegro Torres, por sempre terem ficado com as portas e os corações abertos para me receber, dando-me conforto e comodidade nas noites em que precisei dormir em Olinda), por tudo o que fizeram e têm feito por mim, pelo amor e carinho sempre postos, dedicação, estímulo e incentivo constante e pela confiança e investimento depositados.

Ao meu orientador, João Paulo Allain Teixeira, e coorientador, Gustavo Ferreira Santos, pelo incentivo e apoio ao trabalho. Sem falar, nas sugestões e críticas de Marcelo Labanca. Vocês me estimularam com o conhecimento de vocês a completar meus pensamentos e a dar continuidade a esta pesquisa. Muito grata, por cada minuto de conversa que compartilharam comigo.

Aos meus mestres, com um agradecimento eterno ao meu professor Paulo Galvão, pela paciência, dedicação e por sempre estar pronto para tirar minhas dúvidas, esclarecendo-as e ampliando os meus conhecimentos. Sem sua ajuda, sem dúvida, a caminhada seria muito mais árdua.

Aos demais mestres da UNICAP, sem esquecer o carinho especial de José Soares Filho, pelas leituras e dicas, em um momento de difícil concentração e ritmo deste trabalho. Sozinha, eu não teria tido ânimo para colocar no papel as minhas ideias, chegando ao objetivo desejado.

Enfim, nas palavras de Lulu Santos: “*nada do que foi será de novo do jeito que já foi um dia, tudo passa tudo sempre passará*”. A fase do mestrado passou, deixando saudades e recordações das amigadas conquistadas, dos grupos de estudo, do ambiente saudável na biblioteca da UNICAP, da gentileza de Nélia na secretaria. A quantas pessoas eu devo gratidão! Quero dizer que foi muito bom conviver com vocês durante esse tempo.

PARA SER GRANDE

“PARA SER GRANDE, sê inteiro: nada

Teu exagera ou exclui.

Sê todo em cada coisa. Põe quanto és

No mínimo que fazes.

Assim em cada lago a tua toda

Brilha, porque alta vive.”

Fernando Pessoa

“Artigo I - Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e de consciência e devem agir em relação umas às outros com espírito de fraternidade.”

Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

“Porque gado a gente marca, tange, ferra, engorda e mata, mas com gente é diferente”

(Geraldo Vandré)

RESUMO

A ditadura militar brasileira de 1964 foi um período de terríveis crimes contra o ser humano e a sua liberdade democrática, em nível nacional, contra os que eram considerados ameaças ao regime, os que defendiam ou comungavam com ideias socialistas e comunistas. Naquela época, houve a instalação da ditadura militar de direita na América do Sul. O nosso país possui algumas medidas tardias relacionadas ao processo de transição. A lei de 1979, apesar de ser considerada o primeiro passo para a redemocratização do país, tem inúmeras falhas em razão da forte imposição militar. Uma das dimensões da justiça transicional brasileira, que o caracteriza, consiste na reparação, este reconhecimento, com relação aos perseguidos políticos e não aos torturadores, teve início na CF/88 no artigo 8º do ADCT, dentre outras medidas legislativas posteriores, como, o reingresso a função anterior, a incorporação do tempo para a previdência social, outras formas de reparação com a Comissão da Memória e Verdade, Caravanas da Anistia, etc. Algumas mudanças são observadas, no entanto, o nosso país é considerado o único de sua região, ao contrário da Argentina, por exemplo, a adotar um posicionamento não evoluído no que diz respeito à anistia dos crimes políticos da ditadura militar da década de 1970, sem analisar de forma adequada as jurisprudências da Corte Interamericana, de forma diversa a: Chile, Peru e Uruguai, em assuntos relacionados ao tema. A presente pesquisa, portanto, concentra-se basicamente em uma análise dos seguintes pontos: a formação dos estados nacionais europeus e brasileiros, a importância da democracia na evolução dos estudos nacionais e internacionais relativos à proteção dos direitos humanos, a globalização como marco importante para uma maior interdependência e conexão entre os países, a necessidade de ampliar o estudo e o fortalecimento dos assuntos relacionados ao sistema interamericano, em especial, o controle de convencionalidade, sobretudo após a década de 1990, quando muitos países já haviam ratificado tanto a Convenção Americana quanto a jurisdição da CrIDH, o estudo da justiça de transição no Brasil e as modificações que ocorrem a partir da lei nº6.683. Através desta análise, procura-se, afinal, apresentar a repercussão do caso Gomes Lund *versus* Brasil (2010), após o julgamento da ADPF nº153, correlacionando-o com outras jurisprudências da CrIDH e casos, entre os quais as do Peru (2001), Chile (2006), e Uruguai (2011).

PALAVRAS-CHAVE: Ditadura de 1964. Democracia. Direitos Humanos. Sistema Interamericano.

ABSTRACT

The Brazilian military dictatorship in 1964 was a period of terrible crimes against human beings and their democratic freedom, nationally, against those who were considered threats to the system of political, social, economic and cultural repression, or it is, to those who advocated or communed with socialist and communist ideas. At that time there was the installation of the military dictatorship of the right in the South America rights. Our country has some belated measures related to the transition process. The 1979 law, despite being considered the first step towards democratization of the country, has numerous flaws because of the strong military imposition. One aspect of Brazilian transitional justice which characterizes it, is to repair this recognition with respect to political persecution and not to the torturers, beginning on CF/88 in Article 8° of the ADCT, among other subsequent legislative measures, such as reentry the previous function, the incorporation of time for social security, other remedies with the Commission of Truth and Memory, Caravan of Amnesty etc. Some changes are observed, however our country is considered as the one in the region, unlike Argentina, for example, to adopt a position not evolved with regard to amnesty for political crimes of the military dictatorship of the 1970s, without adequately analyzing the Inter-American Court jurisprudence from Chile, Peru and Uruguay, in the matters related to the topic. This research, therefore, focuses primarily on an analysis of the following points: the formation of European and Brazilian national states, the importance of democracy in the evolution of national and international studies on the protection of human rights, globalization as an important way for greater interdependence and connection among countries, the need to expand and strengthen the study of issues related to the Inter-American System, in particular, control of conventionality, especially after the 1990s, when many countries had ratified both the American Conventions, as the jurisdiction of Inter-American Court, the study of transitional justice in Brazil and the changes that occur from the law n° 6.683/79. From this analysis, we may seek to ultimately present the impact of case Gomes Lund vs. Brazil (2010), after the trial of ADPF n° 153 correlating it with other jurisprudence of Inter- American Court of Human Rights, as well as, decisions and judgments, including those of Peru (2001), Chile (2006) and Uruguay (2011).

KEYWORDS: Dictatorship of 1964. Democracy Human Rights. Inter-American System.

ABREVIATURAS

AI-1 a AI-5 – Atos Institucionais 1 a 5

ACPs – Ação Civil Pública

ARENA – Aliança Renovadora Nacional

BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social

BNT – Bônus do Tesouro Nacional

CA – Comissão da Anistia

CEDIN – Centro de Direito Internacional

CEMDP – Comissão Especial dos Mortos e Desaparecidos Políticos

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CNV – Comissão Nacional da Verdade

CONADEP - Comissão Nacional sobre Desaparição de Pessoas (Argentina)

CP – Código Penal

CrIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de Serviço

FHC – Fernando Henrique Cardoso

LRF – Lei de Responsabilidade Fiscal

IPMs – Inquéritos Polícias Militares

MDB – Movimento Democrático Brasileiro

OEA – Organização dos Estados Americanos

FUNDEF – Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério

ONU – Organização das Nações Unidas

PETI – Programa de Erradicação do Trabalho Infantil

PDVs – Programas de Demissão Voluntária

PMPC – Prestação Mensal, Permanente e Continuada

PNB – Produto Nacional Bruto

PT – Partido dos Trabalhadores

SCIELO – Livraria Científica Eletrônica

SNI – Sistema Nacional de Informação

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal de Justiça

SUDENE – Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste

SUDAM – Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia

URP – Unidade de Referência de Preços

URV- Unidade Real de Valores

Vs – Versus

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
CAPÍTULO I – NOVOS SISTEMAS JURÍDICOS CONSTITUCIONAIS SOB A ÓTICA DE UM PLURALISMO POLÍTICO E JURÍDICO	17
1.1 TRANSFORMAÇÕES NOS ESTADOS NACIONAIS EUROPEUS.....	17
1.1.1 Estado brasileiro e globalização.....	31
1.2. ESTADOS DEMOCRÁTICOS EM UMA SOCIEDADE PLURAL.....	47
1.3 RELAÇÕES JURÍDICAS CONSTITUCIONAIS: NOVAS FORMAS.....	53
1.3.1 Globalização e as novas formas de relações constitucionais.....	57
CAPÍTULO II – SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	62
2.1 CONSTRUÇÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO.....	62
2.2 ÓRGÃOS DE MONITORAMENTO DO SISTEMA INTERAMERICANO.....	69
2.3CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.....	76
2.3.1 CASOS - BAIRROS ALTOS Vs PERU, ALMONACID Vs CHILE, GOMES LUND Vs BRASIL, GELMAN Vs URUGUAI : REPERCURSÕES.....	81
2.4 NATUREZA JURÍDICA DAS NORMAS RELACIONADAS AOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL.....	91
2.4.1 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL DE 1988 E CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: ANTINOMIAS E LACUNAS.....	96
CAPÍTULO III – AMPLIAÇÃO DAS DISCUSSÕES RELACIONADAS AOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL ATRAVÉS DO SISTEMA INTERAMERICANO	101
3.1 DIÁLOGO INTERCULTURAL: TOLERÂNCIA A CADA POVO	101
3.3 PROCESSO DE INTERCÂMBIO: O TRANSCONSTITUCIONALISMO.....	107
3.4 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL ABERTA NO STF.....	113

CAPÍTULO IV – ETAPAS DO PROCESSO DE TRANSIÇÃO NO BRASIL: DITADURA MILITAR vs. DEMOCRACIA.....	123
4.1 DISCUSSÕES SOBRE A LEI DA ANISTIA DE 1979	124
4.2 ANISTIA DESCRITA NO ADCT N°08	131
4.3 DECISÃO DA ADPF N°153: PRINCIPAIS MUDANÇAS JURÍDICAS.....	135
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	143
REFERÊNCIAS	146

INTRODUÇÃO

Este trabalho objetiva abordar a justiça de transição que vem ocorrendo no Brasil, a partir da edição da lei 6.683/79 (lei da anistia), fazendo uma análise histórico/jurídico e institucional. Assim como, os efeitos de sua aplicação com respeito ao atendimento dos conceitos e práticas de direitos humanos, que evoluíram, através da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU. Compreende também, a adoção pelo Brasil do cumprimento destes direitos no período de redemocratização e implementação de um Estado democrático, principalmente, com a Constituição de 1988, bem como, com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, junto aos organismos que tratam dos direitos humanos, com evidência no nível regional de alguns países sul americanos.

Em adicional, foi feito um comparativo das legislações de outros países latinos americanos que passaram por regimes ditatoriais militares (Argentina, Uruguai e Chile) e Civil (Peru) correlacionando os processos e como eles se alinharam ou não as determinantes recomendadas ou comprometidas perante as mesmas organizações jurídicas regionais.

O primeiro capítulo está centrado na formação e constituição dos Estados Nacionais democráticos europeus em um período de transformação das relações sociais, cuja centralização deixou de ser a monarquia absolutista e a Igreja, passando a ter como foco principal o indivíduo racional, para conviver em um ambiente complexo, multicultural e heterogêneo da Idade Moderna e Contemporânea. Por conseguinte, após as atrocidades das guerras mundiais, das ditaduras europeias e principais países sul-americanos (Argentina, Peru, Chile, Brasil e Uruguai), houve uma preocupação com o estudo e o reconhecimento dos direitos humanos em níveis internacional e regional. Assim, surge a ONU, bem como os mecanismos de defesa e proteção dos direitos humanos locais, a exemplo do Sistema Interamericano. O nosso país está inserido no processo de globalização, já que se encontra cada vez mais integrado nas relações sociais, políticas, culturais e econômicas mundiais, envolvido com as repercussões dos avanços e problemas internacionais, por isso, a grande importância do reconhecimento interno do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Esse primeiro capítulo trata, ainda, da formação do Estado Nacional brasileiro, desde a chegada dos portugueses, com uma colonização típica de exploração, em que sucederam as capitânicas hereditárias, substituídas pelas sesmarias e, em seguida, pelas grandes propriedades latifundiárias, até a emancipação política com a Independência, passando a um Estado monárquico, até o advento, em 1889, da forma republicana de governo. Por último, a formalização federalista e republicana, o que resultou na permanência do nosso país como Estados Unidos, mas constituído por meio de um federalismo de Estados interdependentes e autônomos. Vários contextos históricos brasileiros são importantes para entender como funciona a nossa sociedade atual, dentre os quais: período da monarquia ou império, a era da escravidão (Colônia e Império), a instituição da República, a influência dos militares, a Revolução de 1930, que deu início à era Vargas, e o Golpe de 1964, que instaurou a ditadura militar, a redemocratização do país com a CF/88, a introdução do Brasil no mundo globalizado e a sua inserção nos Sistemas Internacional (ONU) e Regional de defesa dos direitos humanos.

Ainda neste capítulo, argumenta-se sobre a instauração da ditadura militar no Brasil. A partir do Golpe de 1964, este país teve um período de mais de 20 anos de repressão e controle dos governos militares contra os inimigos internos, aqueles que realizaram mobilizações de caráter socialista. Esse momento ficou conhecido como os “anos de chumbo”, em que os brasileiros passaram a ser submetidos aos atos institucionais, ocorrendo várias violações aos direitos humanos, entre as quais: suspensão indiscriminada de direitos políticos, prisões arbitrárias, crueldades e perseguições, extinção dos partidos políticos, ausência de liberdade de expressão, etc. O lema da ditadura era dar segurança ao povo brasileiro, por isso, criou-se um Conselho Nacional de Segurança, entretanto, era controlado pelos militares.

O segundo capítulo propõe-se ao estudo propriamente do Sistema Interamericano, uma vez que nele são abordadas as principais funções dos órgãos de monitoramento, o modo como eles têm realizado suas atividades. Perquire-se, também, como aprimorar as técnicas para uma melhor política de proteção dos direitos humanos, pois, apesar de ser um país que já alcançou um nível normativo avançado em termos de reconhecimento da matéria específica, há uma descrença na real eficácia e efetividade das leis no nosso país, o que representa um ponto negativo, pois, para acompanhar a rapidez e o desenvolvimento da integração mundial, são necessárias relações

regulatórias difusas que colaborem com o processo de consolidação democrática para o maior reconhecimento internacional dos direitos humanos.

Além disso, constata-se também, neste capítulo, a natureza jurídica das normas internacionais relacionadas aos direitos humanos no Brasil, sua importância para se manter uma relação mais fecunda no ambiente regional americano e internacional, assim como o estudo da convencionalidade, com enfoque em decisões da Corte Interamericana (casos dos seguintes Estados-parte: Peru, Chile, Brasil, e Uruguai). Nesse sistema, as principais relações políticas e jurídicas entre a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos humanos (CrIDH), são baseadas na Convenção Americana, o principal instrumento jurídico, e demais legislações específicas que estão relacionadas aos direitos humanos no continente americano

O terceiro capítulo refere-se às principais ampliações das discussões relacionadas aos direitos humanos no Brasil como membro do Sistema Interamericano. Nesse sentido, será descrita a tendência ao tratamento diferenciado dos direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988, por conseguinte, uma maior abertura em relação às normas internacionais, resultando em uma ampliação do “bloco de constitucionalidade”. Com isso, surgem as possibilidades da jurisdição constitucional com a aplicação da pluralidade de intérpretes da constituição para auxiliar o julgamento em situações que demandam uma maior discussão e uma política para a configuração de um diálogo entre ordens jurídicas que apresentam os mesmos problemas relacionados aos direitos fundamentais e humanos, com o objetivo de, através de um intercâmbio constitucional, interpretar ordens, que, conquanto autônomas, se interpenetram, resultando em um aprendizado recíproco e um intercâmbio, sem ocorrer a imposição de um sistema jurídico sobre o outro.

Este último capítulo dispõe sobre as etapas da justiça de transição no Brasil: com a lei 6.683/79, as modificações na anistia, a partir do art.8º do ADCT, a decisão da ADPF nº153 sobre a anistia dos crimes políticos e conexos durante o regime militar brasileiro, a necessidade de uma reinterpretação jurídica pelos operadores do direito, que não podem olvidar as obrigações e compromissos internacionais ajustados em nosso país, assim como o que já vem ocorrendo com o papel do MP e suas competências. A interpretação da Lei da Anistia com o julgamento da ADPF nº153 causou controvérsias.

Isso porque o STF decidiu, em 2009, pela adequação da Lei de Anistia de 1979 à CF/88, que perdoou tanto os agentes de repressão, quanto os condenados pelo regime militar por cometerem crimes considerados subversivos, no período da ditadura militar brasileira. Já a CrIDH, no caso da *Guerrilha do Araguaia vs. Brasil*, seguindo orientações do Peru e Chile, em 2010, decidiu que esses crimes devem ser investigados, os infratores, processados e julgados, por se tratar de crimes de lesa-humanidade, havendo a determinação da necessidade de apuração das responsabilidades e a observância da Convenção Americana.

Este trabalho adota como metodologia para sua elaboração o referencial de uma pesquisa bibliográfica, Lakatos *et al.* (2010), a partir de um levantamento de materiais disponíveis sobre os assuntos já publicados em livros, revistas, publicações avulsas e na imprensa, com base em dados nacionais e estrangeiros, na UNICAP e em outras bibliotecas, para alcançar dados referentes à anistia dos crimes políticos no período da ditadura militar brasileira, correlacionando-o com outros países sul-americanos, como Peru, Chile, Brasil, Argentina e Uruguai.

Além disso, utilizou-se como fonte de pesquisa complementar (primárias), a leitura dos textos jurídicos, as das legislações vigentes em cada país e as decisões proferidas pelas cortes constitucionais sobre o processo de justiça de transição e seus efeitos jurídicos, políticos e sociais em termos de: anistia, memória, verdade e justiça, com a preocupação em identificar os alinhamentos ou não entre os processos nacionais e regionais, dando-se ênfase ao caso brasileiro.

Os principais levantamentos de dados doutrinários desta investigação científica estão centrados em doutrinadores nacionais, como Piovesan (2011; 2012; 2013; 2014), Piovesan *et al* (2014), Santos (2011), Silvia Filho *et al* (2013), Proner *et al* (2013), Sabadell *et al* (2014), Resende (2014), de Oliveira *et al* (2014), Abrão *et al* (2011), Teixeira (2006), Cruz (2004), Afonso da Silva (2012) e Neves (2001; 2009; 2011), dentre outros, e, em estrangeiros, tais como: Giddens (1991), Taylor (2004), Martín (2006), Costas Douzinas (2009), Zagrebelsky (2003), Chevallier (1979), Habermas (2002), Schilling (1966), Bobbio (2000; 2004), Häberle (1997), Hall (2011) e Luhmann (2010), com o fim de buscar os principais entendimentos necessários para obter o levantamento de dados na área de Direito Internacional dos Direitos Humanos e as etapas do processo de justiça de transição brasileira.

Alguns endereços eletrônicos foram utilizados com a finalidade de promover uma revisão bibliográfica, jurisprudencial e de decisões relacionadas ao tema da pesquisa, dentre eles: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp> – portal do Supremo Tribunal Federal (STF); <http://www.corteidh.or.cr/> – Corte Interamericana de Direitos Humanos (CrIDH); <http://www.oas.org/pt/cidh/> – Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH); <http://www.cedin.com.br/pt/> – Centro de Direito Internacional (CEDIN); <http://www.scielo.org/php/index.php> – Livraria Científica Eletrônica (SciELO), <http://conpedi.org.br/> – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI).

CAPÍTULO I NOVOS SISTEMAS JURÍDICOS CONSTITUCIONAIS SOB A ÓTICA DE UM PLURALISMO POLÍTICO E JURÍDICO

1.1 TRANSFORMAÇÕES NOS ESTADOS NACIONAIS EUROPEUS

Quando se falou, de acordo com Moraes (1996), que, no período neolítico, as comunidades que começavam a se agrupar possuíam um diálogo entre si, além de um ambiente de cooperação, solidariedade e igualdade, isso parecia deslumbrante. Mas foi o que, de fato, aconteceu no nascimento do Estado da Antiguidade, na maioria das situações, formando um sistema matrilinear democrático.

O sistema matrilinear possuía algumas características, dentre as quais: nasciam mais mulheres que homens; os homens eram encarregados dos trabalhos mais arriscados (caça e colheita); às mulheres eram atribuídos os trabalhos domésticos de cozimento, vestimenta, saúde dos filhos e pessoas mais velhas, portanto, elas cuidavam dos filhos e da casa e não se movimentavam, nem se arriscavam tanto, além disso, como administravam o lar, em uma necessidade de ausência do patriarca, cabia a estas serem gestoras da sociedade familiar, assim como, finalmente, a ordem jurídica parental e sucessória seguia a linha materna.

Nesses primórdios da formação de uma entidade estatal, ainda nos baseando em Moraes (1996), já existiam como atividades principais a agricultura e a criação de animais, um consenso em aspectos políticos e religiosos, o que delineava um esboço do pluralismo. Ademais, o Estado, com uma força suprema na organização social, possuía a competência de proteger e assegurar a paz na ordem interna e externa.

Parecia tudo perfeito e muito harmonioso, se continuassem todos os povos a aprimorar essa forma saudável de conviver, através da harmonia e cooperação entre si. No entanto, houve uma época de grande desacordo, quando começou a formar-se uma divisão na classe social, com hierarquias entre os povos. O superior com poder de domínio sobre os demais constituía uma minoria, e a grande maioria ficava submetida às ordens e às imposições dos detentores do poder.¹

Todo esse processo de relação desigual entre os povos, submissão de um grupo subalterno ao poder de um superior, autoritário, chamou-se totalitarismo. Por conseguinte, conforme Moraes (1996), há uma grande transformação do Estado de direito/democrático para o totalitário, no qual imperaram guerras e a formação de uma monarquia absolutista.

Para Giddens (1991), esse momento histórico, denominado pré-modernidade, é caracterizado pelo desenvolvimento isolado de pequenas comunidades pastoris e agrícolas. Em seguida, houve a formação de Estados agrários, que persistiram até o surgimento das sociedades modernas ocidentais.

As sociedades agrícolas eram mais primitivas, viviam basicamente da colheita, do extrativismo e dos processos de criações extensivas em campos comuns. Predominava o nomadismo. Já as sociedades agrárias empregavam técnicas de relação do homem com a natureza, para permitir que ele substituísse o nomadismo pelo sedentarismo. Constituíram os códigos de conduta, tal como o de Hamurabi, dentre outros. Além disso, criaram corporações, como as civis, as militares e as de sacerdotes. Formaram o território e a propriedade privada e, em seguida, o governo; no entanto, faltava o elemento jurídico povo, pois não havia sido formada a nação.

Convém ressaltar que:

[...] As civilizações agrárias tinham “fronteiras”, no sentido que os geógrafos atribuem ao termo, embora comunidades agrícolas menores e sociedades de caçadores e coletores normalmente se diluíssem em outros grupos em torno delas e não fossem territoriais no mesmo sentido que as sociedades baseadas no Estado (GIDDENS, 1991, p. 15).

Por conseguinte, a Idade Moderna foi um período de grandes transformações na Europa e não correspondeu à época industrial propriamente, pois seu marco teórico se

¹ As intempéries causaram grandes desagregações, uma vez que um bando necessitava matar o outro para sobreviver. No entanto, a partir desse momento, foram produzidos artefatos mais resistentes e adaptados à caça, à pesca e à colheita.

centrou entre 1500-1800², consistindo, segundo Schilling (1966), em uma fase de ideias sociais próprias, em que o absolutismo monárquico e a centralização na religião católica da idade medieval passaram a ser substituídos pela racionalidade humana.

Podem-se também ressaltar duas grandes revoluções que resultaram em importantes mudanças na modernidade – a Revolução Americana de 1776 e a Francesa de 1789. A Revolução Americana teve como escopo a libertação das colônias americanas da Inglaterra, gerando um novo Estado Republicano Democrático para a América. Portanto, com a independência dos Estados americanos, houve, no Estado, a mudança para uma República, e, com a declaração, consolidou-se a existência e o exercício dos direitos inseridos no plano constitucional.

Já a Revolução Francesa foi marcada pela mudança do antigo regime, monárquico absolutista, por um republicano e democrático. A implementação desse processo sofreu obstáculos: primeiro, a dissolução da própria República por divergências entre líderes, segundo a construção da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), momento da eclosão da Revolução Francesa e o código civil (1806) no período napoleônico. A Revolução Francesa tinha como lema os seguintes princípios: liberdade, igualdade e fraternidade. Esta Revolução caracterizou-se por um período de grande terror, em que os próprios idealizadores das mudanças sociais, políticas e jurídicas na França ultrapassaram seus limites com a aplicação de penas severas, instaurando o regime de grande insegurança e anarquia, que perdurou por muito tempo neste país, até a formação do império de Napoleão.

A modernidade, como suas peculiaridades, foi também caracterizada tanto pela paz, que seria perpétua para o filósofo Kant, já que as relações internacionais de comércio faziam com que os conflitos mudassem o foco de atuação em prol das negociações de mercadorias entre vários povos de distintas nacionalidades, como também, de sérios conflitos em busca de ampliação territorial com o processo de colonização dos países europeus na América e na África, por exemplo, com a finalidade de ressaltar o poder por meio do poderio bélico ou armamentista, parecido com o que ensinava Hobbes, quando ressaltava o fato de o homem ser inimigo do próprio homem, por viverem em constante disputa entre si.

² 1500-1800 – junção de pessoas que, com emprego de máquinas, equipamentos e ferramentas, dividiam o trabalho através da cooperação.

Para Taylor (2004), apesar de alguns avanços nos imaginários sociais modernos, com os ideais de igualdade e a formação do Estado republicano, havia uma incongruência, pois o patriarcalismo estava presente no ambiente doméstico nas relações com as mulheres, os filhos e todos os demais agregados, além do grande número de escravos.

Esse período da Modernidade foi caracterizado pela formação das Cidades Estados como: Turim, Nápoles, Veneza e Florença, que, no entendimento de Schilling (1966), surgiram com a independência das realezas e principados em um império e a formação do mercantilismo, ou seja, do capitalismo mercantilista através das corporações, em que se buscou a formação do capital por meio das relações comerciais com valores mobiliários. A terra não mais pertencia aos escolhidos por Deus, que, a partir das graças recebidas, possuíam a propriedade, que foi uma das características do feudalismo da Idade Média e não era mais considerada como paradigma deste cenário histórico europeu.

Uma parte da Europa (principalmente Genebra, regiões fronteiras da Alemanha, Países Baixos e as regiões Anglo-Saxônicas do antigo e novo mundo) não suportava mais a religião católica do período medieval, denominada por Weber de “*práticas religiosas de salvação*”, caracterizada pela flagelação, pelo castigo divino, pelas indulgências, pela salvação por meio das recompensas financeiras, causando um conflito entre o pecado e a promessa de salvação no outro mundo. Uma forma distorcida da verdadeira religião cristã, centrada no Cristo ressuscitado, que, por ser um ser divino e humano, não busca nenhuma forma de sofrimento e humilhação, mas o perdão dos seres humanos.

A reforma protestante, tanto a Luterana, quanto a Calvinista, foi de grande valia para este período, uma vez que possuíam como fim ressaltar que a riqueza não era mais uma graça de Deus pela escolha, mas uma conquista divina, a partir do esforço laboral de cada indivíduo. Assim, as pessoas livres trabalhavam³, e suas riquezas acumuladas eram consequências de seu trabalho. Por isso, o papel da reforma protestante, conforme Schilling (1966) foi mais de reorganização econômica e social do que secularização do Estado no absolutismo.

Concorda-se, assim, com este posicionamento:

³ O trabalho tanto podia ser no meio rural – campo e administração de uma propriedade agrária – quanto no meio urbano – artesanato, comércio, indústria nascente.

[...] a Reforma Protestante apostava na igualdade aritmética entre os homens, pois nenhum sacerdote teria o privilégio de interpor-se entre os homens e Deus, contacto esse que passaria então a ser feito diretamente pela fé (CRUZ, 2004, p.57).

Nicolau Maquiavel, como renascentista italiano, entre os séculos XV e XVI, rompeu com o mundo medieval e o antigo, e as suas ideias sobre o Estado e a sociedade foram construídas em um ambiente republicano, com a centralização do poder em oposição aos posicionamentos da religião católica feudal e a fragmentação do poder ou policentrismo. Então, a política não era considerada uma ordem imposta por Deus aos mortais, mas uma propriedade natural humana, de acordo com Bedin (2000).

No período da Renascença italiana, o poder temporal dos papas estava em pleno declínio, pois havia uma valorização do ser humano isolado, que, mesmo sendo pagão, possuía uma relação com o universo, em detrimento da religiosidade utópica do catolicismo. A teoria de Maquiavel era considerada muito avançada para a época, portanto, foi direcionada para uma utilização futura. Era baseada no abandono da confiança absoluta em Deus; no fortalecimento e poder do Estado; na força e beleza do corpo humano e na necessidade de os homens exercerem os seus domínios através da fortuna⁴ e, conseqüentemente, conquistarem a glória histórica, segundo Schilling (1966).

Confirmando-se o posicionamento de Taylor (2004), na modernidade, não existiu mais uma superioridade em relação a qualquer tipo de religião, motivo da formação dos estados laicos. Mas a centralização no ser humano e o culto às divindades serviam para o pedido de prosperidade, saúde, vida longa, ausência de doença, morte prematura, dentre outros. Fez-se, assim, valer o posicionamento de Adam Smith, ao ressaltar que a busca da prosperidade individual redundava no bem estar geral.

Para Bedin (2000), o estudo daquele renomado florentino foi centrado na construção do estado pelo homem, o qual era dotado de uma moral como cidadão, que se relacionava entre si com os demais, e no pressuposto de que, na política, os fins justificam os meios. Por isso, para que um príncipe se mantivesse no poder, era preciso aprender a ser mau, utilizando-se desse artifício de acordo com suas necessidades.

⁴ Fortuna é uma palavra utilizada tanto no italiano, quanto no português, mas com sentidos diferentes. No italiano, corresponde a ter sorte no empreendimento político, que foi uma das características de Maquiavel.

Maquiavel⁵ desenvolveu suas premissas em um ambiente em que era valorizado o comportamento burguês, através de práticas do livre comércio interno e externo e do empreendimento voltado ao lucro, como aconteceu em: Gênova, Veneza e Florença.⁶ Nessas cidades, as pessoas podiam se estabelecer como comerciantes, armadores e banqueiros; as leis instituíram portos livres e circulação de dinheiro, inclusive, amplas trocas cambiais e de metais preciosos.

O tratado de Tordesilhas⁷ (1492) dividiu as terras descobertas das Américas entre Portugal e Espanha, através de uma linha imaginária a partir da ilha de Cabo Verde, distando 380 léguas a oeste. Segundo Gomes (2007), este foi revogado pelo tratado de Madrid de 1750, que redesenhou as fronteiras daqueles países, com base na ocupação efetiva do território. Ingleses, holandeses e franceses⁸ exerceram colonização nas Américas. Os holandeses tentaram estabelecer governos e feitorias no Brasil, principalmente, no nordeste do país. Os franceses, em São Luís, no Maranhão.

O Capitalismo tem início com o mercantilismo, empresas de comércio, bancos e armadores de navios, a instituição de colônias interpostas, sesmarias e as novas terras do ocidente. No século XVII, este modo de produção se intensifica e forma as primeiras estruturas do trabalho manufatureiro, mas só na segunda metade do século XVIII dá-se a Revolução Industrial. O grande crescimento do capitalismo industrial ocorre no século XIX graças à evolução de tecnologia e de expansão do comércio internacional, alicerçado por meio das grandes indústrias e corporações nacionais, depois multinacionais e transnacionais (globais).⁹

Outro filósofo moderno, com estudos relacionados à formação do Estado nacional europeu, foi Thomas Hobbes. O homem, conforme sua teoria contratualista,

⁵ O ensinamento de Maquiavel é resumido em três aspectos: 1 – regras comportamentais para dirigentes, como alcançar e como mantê-lo; 2- relação livre entre as pessoas e os povos – o caminho era o comércio livre e 3 – premissa de que os meios justificam os fins. Afinal, um de seus posicionamentos corresponde ao fato de que, quanto mais difícil se consegue o poder, mais fácil a realização de coalizões.

⁶ Cidades-Estados italianas, portos livres, que exerciam atividades mercantis.

⁷ Tratado de Tordesilhas – Nesse período, presumiam-se as descobertas, pois as terras eram previsíveis. Só a terra de São Domingos havia sido descoberta. A expedição de Cabral (cuja primeira viagem ocorreu em 1500) é conhecida como a que oficializa as terras possíveis, assim como já se presumia que era uma frota exploradora, já que eram 13 caravelas e levavam escrivães, religiosos e bens para troca.

⁸ O rei da França duvidava de que o papa tivesse recebido um testamento de Adão, dividindo as terras do ocidente entre espanhóis e portugueses.

⁹ Dois fatos ocorreram simultaneamente: a formação social, que demora a mudar de posição, e o processo de ascensão da burguesia, a comercial e, em seguida, a industrial.

era um ser isolado, sem contar com instituições que lhe dessem segurança, apoio e garantia para prover suas necessidades imediatas e futuras. Por isso, a existência de um Estado em que todos estavam em guerra contra todos. Portanto, a necessidade de surgir um contrato, no qual cada indivíduo transferisse todos os seus direitos a um governante absoluto.

Comungando com este posicionamento:

[...] A grande experiência desse estado de oposições latentes antes da revolução e o desencadeamento sangrento da própria revolução, o sofrimento geral resultante das oposições e da luta formam indiscutivelmente o pano de fundo de sua ideia social: o estado natural do homem interpretado como a guerra de todos contra todos (*bellum omnium contra omnes*). A ideia social que ele desenvolve deve por um paradeiro a esse estado, com uma paz instaurada metodicamente e com a coerção da razão. A paz é o objetivo declarado dessa doutrina, precisamente porque não existe. E não somente porque não existe na época, mas porque em geral não é evidente ou porque, entre os homens, está sempre em ameaça (SHILLING, 1966, p.209).

Hobbes, segundo Bedin (2000), foi considerado um símbolo do absolutismo político, um contratualista absolutista, pois, segundo ele, o poder político era centralizado no soberano. Assim, as pessoas deveriam renunciar a todas as suas coisas e submetê-las à obediência de um soberano e ao que estabelecia a lei.

Por outro lado, como analisa Douzinas (2009), Hobbes entendeu ser o homem racional como um indivíduo central na ordem social e responsável pela origem da lei. Sendo assim, este podia ter capacidade de coordenar e administrar o objetivo desejado. Assim, ele considerou que a origem do direito deu-se com a natureza humana, e, não, a divina ou qualquer observação natural.

Temos ainda em Bedin (2000) que a principal obra desse filósofo inglês foi o *Leviatã*, considerado um dos livros mais importantes do pensamento político social, tendo, no entanto, trazido, para o autor, muitas discórdias, tanto com relação ao clero católico francês, quanto em relação aos exilados ingleses na França, pois rompia com a concessão divina admitida na Idade Média, o poder do rei, entendendo que o poder se estabelecia através do consenso dos indivíduos por meio de um contrato social.

Vejamos este resumo do *Leviatã*, de Hobbes:

[...] Todos os elementos da modernidade política e jurídica estão presentes no *Leviatã*: o indivíduo anterior à sociedade; os direitos naturais e posteriormente os direitos humanos baseados no reconhecimento do desejo da lei; o Soberano convencional, criado à imagem do indivíduo livre, cujo direito estabelece o direito individual; o positivismo jurídico e a centralidade da vontade e do contrato [...] (DOUZINAS, 2009, p.92).

Locke, segundo Chevallier (1979), foi considerado também um importante contratualista, ao lado de Hobbes e Rousseau, cada um com suas características específicas e exercendo seus papéis na formação do Estado nacional europeu. Ele buscava o conhecimento e o progresso, bem como a propriedade privada, como parte integrante do estado de natureza humana.

Para esse filósofo, a paz seria garantida por meio do trabalho e da propriedade, esta seria adquirida por aquele, e os dois seriam protegidos pelo Estado. Ele defendeu, assim, a liberdade do cidadão para a aquisição da propriedade e sua administração, acreditando que o labor, nestes locais, ajudava no desenvolvimento do capitalismo. Para Schilling (1966), “no Estado, o homem não era mais responsável pela salvação da alma do seu próximo”. Portanto, há, neste momento, uma ruptura com o cristianismo medieval.

Locke, como um liberalista, ao contrário dos ideais de Hobbes, que eram totalitários, buscou o direito de propriedade e observação das leis como meio para reconstruir a natureza humana. Assim, em seu entendimento, como o estado da natureza de propriedade natural era limitado, o homem poderia apropriar-se desta através do trabalho, mas apenas no que fosse necessário para a sua autopreservação e felicidade, evitando-se o desperdício, de acordo com Douzinas (2009).

O contrato social de Locke era assim definido:

[...] Para ele, o estado da natureza é um estado de liberdade e de igualdade; não a guerra virtual de todos contra todos, não a licença; porquanto o estado de natureza é regido “por uma lei de natureza que a todos obriga; e a razão, que é essa lei, ensina a todos os homens que tão só a consultem, sendo todos iguais e independentes, que nenhum deve prejudicar a outrem na vida, na saúde, na liberdade ou nos bens”. Cada um deve, além disso, garantir a execução dessa lei de natureza, punindo de maneira eficaz aqueles que a transgredirem (CHEVALLIER, 1979, P. 42).

Conforme Chevallier (*op. cit.*), este pensador político moderno defendia que os direitos civis eram adquiridos pela sociedade política ou pela comunidade, distinta do governo ou poder civil. Assim, o consentimento não era irrenunciável e para sempre subordinado, mas julgado de acordo com os direitos individuais e inalienáveis dos indivíduos.

Um legado importante de John Locke, como nos ensina Schilling (1966), foi o início de uma divisão de poderes entre o legislativo e o executivo, em um período de grande fortalecimento da monarquia inglesa, que deveria tão somente promulgar as leis, exercendo um controle discricionário e independente, ao passo que o parlamento era

soberano com o aval do povo, sem a presença do judiciário para completar a tão famosa balança dos poderes defendida posteriormente por Montesquieu.

Schilling (*op. cit.*) complementa que Rousseau completa o quarto dos mais representativos filósofos da modernidade. Também contratualista, ele acreditava que o estado primitivo ou natural harmonioso e livre foi destruído pela organização da sociedade. Além disso, ele defendia que a aquisição da propriedade colocava barreiras nos homens, levando-os aos conflitos. Ademais, tinha ideias de ajuda e proteção aos despossuídos, tendo sido, por isso, citado posteriormente por Marx no Manifesto Comunista.

Além disso, esse contratualista tinha no coração de suas investigações a vontade moral como essência do homem, e não a aquisição da propriedade através do trabalho, como Locke, uma vez que a vontade moral isolada de cada pessoa, ou a vontade geral, deveria sempre resultar em um bem comum. Ele fez uma importante diferença entre a vontade geral e a vontade de todos. Para Rousseau, a vontade de todos é egoísta, isolada, privada, sem liames; já a vontade geral seria a mais adequada, por ser a vontade tanto de toda a comunidade, como a de cada um, não sendo egoísta e não sendo alienada na propriedade privada.

Nesse sentido, convém mencionar:

[...] Esta dualidade foi o que Rousseau pretendeu pôr de lado. A verdadeira harmonia só pode surgir quando vencemos esta dualidade, quando o meu amor por mim coincidir com o meu desejo de realizar os objetivos legítimos dos meus co-agentes (os que participam comigo nesta harmonização). Na linguagem de Rousseau, os instintos primitivos do amor de si (*amour de soi*) e da simpatia (*pitié*) fundam-se, no ser humano racional e virtuoso, num amor de bem comum, que no contexto político se conhece como vontade geral (TAYLOR, 2004, p. 116 a 117).

Para Chevallier (1979), Rousseau foi considerado um contratualista democrático que defendeu tanto a vontade particular de cada cidadão, quanto o cumprimento dos deveres destes como súditos; caso contrário, o compromisso ou pacto social seria considerado um formulário vazio.

Por outro lado, Habermas (2002) sustenta que o Estado Nacional, um importante ente da racionalidade moderna, formado no período entre o século XV e o XVII, não surgiu em princípio uniforme, pois possuiu duas grandes vertentes em seu processo de formação e evolução. Nesse sentido, na região norte e oeste da Europa,

existiam Estados Nacionais, constituídos através da Paz de Westfália de 1648¹⁰, que deram origem aos Estados-Nações. Por outro lado, as formas estatais da Europa Central e Oriental surgiram por meio das nações preexistentes, em face de vestígios de uma consciência nacional precipitada e disseminada com recurso de propaganda.

No primeiro processo de formação dos Estados Nacionais, os povos vencedores na Paz de Westfália tiveram primazia no processo de formação geopolítica dessas entidades. Assim, a população dos Estados divergentes e diferentes constituiu-se como membros de um mesmo Estado Nacional. Existia o sentido jurídico de Estado (povo), mas não o sociológico (nação). Por isso que, nesta fase, os Estados criados não tinham a vontade expressa de nação criada por instrumentos jurídicos. Havia a distensão em alguns conceitos de nacionalismo, como os de pátria e dever de defesa da cidadania, para que os povos desses Estados admitissem e apoiassem suas iniciativas de ordem política interna e externa, as quais muitas vezes levaram às guerras, revoltas e comoções internas.

A nacionalidade se baseava nos princípios de nação, que era um conceito sociológico e respaldava-se em estruturas de comunidades, onde existiam os elementos de parentesco, vizinhança e interesses comuns. O nacionalismo inspirava-se no conceito de povo, um dos elementos constitutivos do Estado Nacional, enfocando sentimentos de pátria, deveres e direitos de cidadania.

Já no segundo caso, ainda com base em Habermas (2002), os Estados eram conhecidos por alguns doutrinadores como nações organizadas, as quais possuíam tradições culturais comuns. Convém ressaltar as formações estatais estabelecidas por eruditos e intelectuais, que, através de unidades mais ou menos imaginárias de nações culturais, por via diplomático-militar, deram origem aos Estados Nacionais.

O Estado de Israel foi um caso de formação de Estado a partir de nações. Os povos de nacionalidades diferentes, dispersos ao redor do mundo, formaram um Estado a partir de uma tradição religiosa comum e com um objetivo de retornar à terra

¹⁰ A paz ou Tratado de Westfália encerra a Guerra dos Trinta Anos na Europa, institui a soberania, legitima a territorialidade e o direito de os Estados escolherem a sua própria religião, assim como suas políticas internas livres da pressão externa e com total jurisdição no seu espaço geográfico. Por meio da Paz de Westfália, há a constituição dos três elementos do estado nacional: território, população e soberania. In: Migst, Karen A., 1947. **Princípios de relações internacionais**; tradução Arlete Simille Marques. 4 ed .Rio de Janeiro:Editora Campus, 2009, p.23.

prometida. Já a formação do mundo árabe foi considerada uma criação de Estados Nacionais a partir de nações divergentes e diferenciadas, que se uniram pelo mesmo idioma e predomínio de religião muçulmana. Outro exemplo, citado por Habermas (*op. cit.*): a Alemanha, que se desenvolveu a partir da ideia de uma “nação cultural”, de inspiração romântica e cultivada pela burguesia letrada.

Com a I Guerra Mundial, do século passado, houve a extinção do império Otomano, do Austro-Húngaro e o processo de descolonização. Após a II Guerra Mundial, acelerou-se a descolonização na Ásia e África, e, mais recentemente, ocorreu o desmembramento da URSS e superação da bipolaridade entre URSS e EUA, criando-se, na Europa, uma estrutura geopolítica que conta com o ressurgimento de antigos Estados-Nações, tendo-se, como exemplo, a dissolução da Confederação Iugoslava e as Repúblicas da Ex-URSS.¹¹

O Estado Nacional, historicamente, vem recebendo as seguintes formas de governo: 1 – Estado monárquico (absolutista¹² e parlamentar¹³); 2 – Estado republicano (parlamentarista e presidencialista). O Estado absolutista foi aquele cujo poder era centralizado e único nas mãos de um monarca, que – dizia-se – não errava, tomando para si próprio os poderes (*King no Wrong*). Os povos eram denominados súditos, os grupos sociais eram constituídos pela aristocracia e plebeus, e o poderio constitucional bélico, comandado pelo exército. Essa formação estatal foi se extinguindo com a modernidade na Europa. Essa forma de Estado transformou-se em uma monarquia constitucional, compatível com o presidencialismo e o parlamentarismo, que possui como importantes representações a Grã-Bretanha e a Suécia.

O Estado republicano teve como um dos defensores Maquiavel. É laico, surgiu com a Revolução Inglesa e a Americana. É um regime de governo com as seguintes características: eletividade e transitoriedade do mandato. Por isso, ele determina como atinge o poder e quanto tempo se permanece nele. Ele tende a ser federal. O Estado

¹¹ Convém mencionar que a descolonização da Ásia ocorreu, principalmente, após a I Guerra Mundial, a da América Latina, desde a primeira metade do século XIX até o início do século XX e a da África, depois da II Guerra Mundial.

¹² Cujas expressão histórica mais notável foi o dito pelo rei da França Luis XIV: “*L'état ce moi*”, “O Estado sou eu”.

¹³ O rei reina, mas não governa. Como a monarquia parlamentar inglesa.

federal é formado por unidade central (União) e unidades periféricas (Estados). É indissolúvel, pois não são tolerados os movimentos separatistas.

Quanto à organização do território, os Estados podem ser: 1 – Estados unitários – centralizados em uma única forma de jurisdição e, quanto ao exercício, podem ser: simples, desconcentrados e descentralizados. 1.1 – O Estado unitário simples é aquele que não possui divisão interna em regiões administrativas. Não há esta forma no sistema mundial contemporâneo. 1.2 – Estado unitário desconcentrado é o que possui representação do poder central, sem representações do poder decisório. Exemplos: Vaticano, Mônaco, Andorra Velha, Liechtenstein. 1.3 – Estados unitários descentralizados são os constituídos por entes territoriais autônomos, com personalidade jurídica própria e com poder decisório sobre algumas questões, sem interferência do poder central. Exemplo: França.

Quanto às tendências políticas econômicas, os Estados nacionais se subdividem em: 1 – Estado liberal; 2 – Estado social, que pode ser: 2.1 – Estado social democrático de regime capitalista e 2.2 – Estado social de regime de produção estatal e 3 – Estado nacionalista.

O Estado liberal, também conhecido como *Laissez-faire, laissez-passer*, ou melhor, o Estado guardião, não interfere na livre iniciativa, assegura a liberdade de comércio e o livre exercício das profissões, por isso a conhecida denominação profissional liberal. Ele foi uma das modalidades estatais defendidas por Kant.

Para Carvalho Netto (2004), com a organização dos direitos de 1º geração, ou seja, os de proteção dos direitos individuais, a atuação do Estado liberal passou a ser mínima, o ordenamento jurídico geral e abstrato tornou-se a forma de consagração de tais direitos, em oposição a qualquer organização corporativa.

Por outro lado, o Estado social é formado de duas formas: a social democracia de regime capitalista e o socialismo de regime de produção estatal. O Estado de social democracia (regulador ou complementar) assegura a produção privada, estabelece sistemas regulatórios e intervém na atividade econômica, quando necessário. Esta classificação estatal formatou sistemas de previdência e seguridade social e organizou o processo de relações sociais de trabalho (legislação trabalhista).

No Estado socialista ou socialismo de regime estatal, os bens de produção pertencem à nação, são administrados pelo governo, que representa o Estado. Na condição do Estado social, foi abolida a propriedade privada dos meios de produção, que foi incorporada ao Estado.

Como sustenta Carvalho Netto (*op.cit.*), houve um enfraquecimento do paradigma liberal com os movimentos socialistas, comunistas e anarquistas, que foram responsáveis pelo fortalecimento dos direitos sociais coletivos, tais como: os de greve, aquisição de um salário mínimo, jornada máxima de trabalho, educação, acesso ao lazer, dentre outros. Assim, os casos de nacionalismos se constataram nos Estados ditatoriais populistas, a exemplo das ditaduras jurídicas do nazismo e do fascismo.

Com a crise do Estado Social, após a II Guerra Mundial, formou-se o Estado dito empresário, em razão da formação complexa da sociedade, que deu origem aos direitos de 3º geração ou universais, tais como: os do consumidor, do meio ambiente e os direitos humanos. Além disso, os direitos de 1º geração, ou individuais, adquiriram uma característica processual, passaram a executar uma democracia mais participativa, de caráter plural e aberto.

Assim, em razão de a sociedade estatal nacional apresentar-se, em sua grande maioria, de forma democrática, não há como desconsiderar uma estrutura de organização política estatal plural, pois, para que haja harmonia entre os cidadãos, deve-se buscar uma maior cooperação e integração entre os povos. A abertura e uma participação política adequada, seja através do voto, ou mesmo de uma associação de classe, representação popular, etc., são necessárias para manter a sociedade mais participativa e atuante no processo democrático.

O Brasil sofreu fortes influências dos Estados modernos europeus, em especial, Portugal, Espanha, França, Inglaterra e Holanda. Por isso, nos períodos colonial, imperial e republicano, o nosso país foi considerado como canal de importação de produtos e ideias da Europa, com um processo de industrialização lento, sendo um dos mais tardios a conceder liberdade à mão-de-obra escrava, já que houve a abolição da escravatura apenas após 350 anos¹⁴. Ademais, é considerado um país com uma

¹⁴ Nas Palavras de Laurentino Gomes: “[...] o Brasil foi o maior território escravista do hemisfério ocidental por mais de 350 anos.” In: GOMES, Laurentino. 1889 - **Como um imperador cansado, um marechal vaidoso e um professor injustiçado contribuíram para o fim da Monarquia e a Proclamação da República**. 1.ed. São Paulo: Globo, 2013, p.211.

formação social que convive no presente com herança da vida, trabalho e modo de pensar do passado, o escravismo, a influência dos imigrantes, que chegaram para trabalhar no ciclo do café com alguns “ex-escravos”, o autoritarismo, o coronelismo e a sociedade de castas.

Nessa esteira, o posicionamento seguinte:

A história não é única, homogênea. Modifica-se com as alterações das forças que predominam interna e externamente. Em geral, no entanto, são as determinações externas, acopladas com as forças internas, que articulam e orientam o subsistema econômico que se cria e recria com as mudanças, rupturas e expansões da formação social brasileira. A economia primária exportadora, a industrialização substitutiva de importações, a associação de capitais estrangeiros e nacionais, a crescente monopolização do aparelho estatal pelo capital financeiro, estes são desdobramentos diversos, frequentemente relacionados, das determinações internas e externas predominantes ao longo da história [...] (IANNI, 2004, p.56).

A dependência aos países europeus, principalmente a Inglaterra, intermediada por Portugal, contribuiu enormemente para que o Brasil Império continuasse como país ligado à economia primária exportadora. A decadência de atividade canavieira foi substituída pela exportação cafeeira até o término da primeira República; entremeados em fases curtas com a exportação do algodão, sobretudo, após a guerra civil americana.

Mesmo com o surgimento de lei que proibia o tráfico de escravos em 1850, o término do regime de sesmarias e a instituição de um código de comércio no regime imperial, o Brasil permaneceu como um país de estrutura latifundiária, escravista e de atitudes conservadoras em seus quadros políticos e de domínio econômico.

A industrialização foi abortada, não teve prosseguimento, as ideias republicanas e federativas, vieram em seguida à abolição dos escravos com a instalação da República Velha¹⁵. Segundo Prado Júnior (2004), o Brasil, primário exportador, só se industrializou com a crise de 1929, mediante um processo denominado substituição de importação, passando, a partir de então, por diferentes processos de formação histórica, como na República, em que sofreu uma forte repressão militar, com o golpe de 1964, momento em que houve uma centralização dos poderes nas mãos do executivo e ofensas à pessoa humana. Hoje em dia, ele busca consolidar-se em termos democráticos, é considerado um país inserido no contexto das relações e negociações

¹⁵ Não existiam ainda condições de industrialização no Brasil.

globais, assim como faz parte de sistemas regionais e internacionais de proteção dos direitos humanos.

1.1.1 Estado brasileiro e globalização

Nos séculos XV e XVI, ainda recorrendo a Prado Júnior (2004), os europeus, dentre eles, portugueses, espanhóis, holandeses, ingleses e franceses, estavam em uma fase de expansão comercial, que, naquela época, era realizada por meio da navegação marítima. Assim, os portugueses descobriram as ilhas de Cabo Verde, Madeira e Açores e atingiram o Oriente, em busca das especiarias, cortando a África, que, posteriormente, foi um local de aquisição do trabalho escravo para trabalhar em uma colônia portuguesa na América do Sul, que hoje é o Brasil.

A parte tropical da América, que inclui o Brasil, não teve o mesmo processo de colonização da área temperada, pois tornou-se uma região de exploração dos europeus, destinada à ampliação das relações comerciais, já que, neste local, podiam ser explorados produtos de grande valor comercial, com a utilização da mão-de-obra de raças inferiores (como eram consideradas pelos exploradores), a exemplo dos índios e negros importados.

A América do Sul submeteu-se a um processo de colonização do tipo exploração. Não havia formação estatal, mas a convivência de sociedades indígenas, sendo que algumas destas formações sociais eram bastante desenvolvidas, como Peru e Colômbia. Esses povos tiveram suas riquezas (prata, ouro e pedras preciosas) expropriadas para a Europa Ocidental, principalmente, Portugal e Espanha e foram escravizados.

A colonização brasileira ocorreu através da formação das capitânicas hereditárias, que representavam porções de terras doadas a membros da nobreza, que se propunham a desenvolver economicamente e promover a sua defesa. Afonso da Silva (2012, p.69) sustenta que: “A primeira concessão se deu pela carta de doação expedida por D. João III, a 10 de março de 1534, em favor de Duarte Coelho, a que coube a Capitania de Pernambuco”.

Nas palavras de Afonso da Silva (2012), as capitânicas hereditárias possuíam como titulares os donatários, que detinham poderes quase absolutos, já que exerciam seu governo com jurisdição civil e criminal, apesar de realizarem sua administração por

meio dos ouvidores que eram nomeados por aqueles e os juízes eleitos nas vilas. Com a instituição do sistema de governadores-gerais em 1549, ocorre uma melhor organização administrativa em nosso período colonial, e o primeiro governador geral foi Tomé de Sousa, que administrou o Brasil Colônia por meio de regimento, documento de importante papel, pois, mesmo anterior às cartas políticas, atenuou o arbítrio, delimitando, assim, funções com respeito às leis, forais e privilégios. Além disso, estabeleceu as principais funções e atribuições do governo-geral e demais órgãos administrativos que o auxiliavam, a exemplo, o ouvidor-mor.

As capitanias com poderes unitários e centralizados instituídos por Tomé de Sousa, ainda com base em Afonso da Silva (2012), começaram a se descentralizar com a formação dos governos regionais (o Estado do Maranhão e do Brasil), e estas, em várias capitanias regionais autônomas. O poder local se fortaleceu e se tornou independente do poder central, assim, houve a instituição de governos com atribuições políticas, jurídicas e militares. Eis como a estrutura do Estado brasileiro, naquela época denominado Reino Unido a Portugal, era organizado no período de encerramento da colônia e em vias à proclamação de sua independência em 1822.

Informa-nos Afonso da Silva (2012) que o Estado brasileiro, no período monárquico, era um país de grandes latifundiários, e sua nobreza intelectual passou a dedicar-se aos estudos nas universidades europeias, principalmente, Coimbra e Salamanca, e, posteriormente, França, sofrendo influência política das teorias daquela época do velho mundo, dentre as quais: liberalismo, democracia, federalismo, constitucionalismo, positivismo, etc. Observa-se, assim, a instituição do império brasileiro com a Constituição de 1824; a transformação das capitanias em províncias; o governo monárquico e hereditário e a divisão quadripartite dos poderes políticos, com o exercício do poder moderador, considerado uma inspiração de Benjamin Constant com a principal finalidade de tornar o imperador chefe supremo da nação, fazendo com que ele mantivesse o controle e a coordenação dos demais poderes.

Para Gomes (2013), a Constituição de 1824 instituiu o poder moderador, uma invenção brasileira, baseada nas ideias de Henri-Benjamin Constant e Rebecque. Esse poder concedia ao monarca a palavra final em divergências entre os demais poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário). Portanto, nesse período, o imperador ampliou

consideravelmente seu poder, que era soberano, o que resultou em algumas dissoluções da Câmara e novas eleições parlamentares, dentre outros.

Por conseguinte, o nosso país foi criado como um império monárquico. O império brasileiro continuou mantendo o trabalho escravo e o modelo primário exportador. Este atraso social e econômico ensejou o idealismo pela conquista da abolição da escravatura (em 13 de maio de 1888). Logo em seguida, a proclamação da República (15 de novembro de 1889), dando ensejo a mudanças nas relações de trabalho, no perfil econômico brasileiro.

Ianni (2004) ressalta que o Brasil tornava-se cada vez mais atrasado, com uma forte mentalidade dos tempos do colonialismo português. Em meados do século XIX, esse fato ficou realçado no período posterior à Guerra do Paraguai, momento em que se constatou que o regime monárquico e o trabalho escravo eram inadequados, o país precisava se modernizar. Por conseguinte, em 1888-89, ocorreram importantes mudanças sociais na história brasileira: a abolição da escravatura, o fim da monarquia, a proclamação da República e um passo decisivo para o trabalho livre. Nessa época, o povo brasileiro lutava também por conquistas democráticas.

A República¹⁶ foi constituída de forma centralizada, as pessoas eram escolhidas e nomeadas pelo presidente, não existiam entidades estatais autônomas. O sentido federativo do Brasil só ocorre com a Constituição de 1934. Já os países latino-americanos do século XVIII e XIX foram instituídos como República, portanto, não surgiram como Estado monárquico.

No mesmo sentido, vejamos este posicionamento sobre a Proclamação da República brasileira:

[...] “Um passeio militar” é a descrição mais comum que se vê nos livros sobre a Proclamação da República. A facilidade com que se derrubou um regime e se proclamou outro na manhã de 15 de novembro, sem reação popular, sem troca de tiros, sem protestos, parecia confirmar, uma vez mais, o mito de que as transformações políticas brasileiras se processam sempre de forma pacífica. Essa imagem, no entanto, se desfoca por completo quando se avança um pouco no calendário. Derrubada a Monarquia, o sonho de liberdade e ampliação dos direitos rapidamente se dissipou. Em alguns anos, o país estava mergulhado na ditadura sob o comando de Floriano Peixoto, o

¹⁶ Nessa época, a população brasileira não era muito esclarecida. A proclamação da República, no imaginário do povo, foi considerada como uma parada militar. *In*: VILLAS BOAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.191.

“Marechal de Ferro”, a quem ainda hoje se atribui o papel de salvador da República (GOMES, 2013, p. 18).

Nas palavras de Afonso da Silva (2012, p.77): “[...] um dia, por uma bela manhã, uma simples passeata militar proclama a República Federativa por um decreto (o de n.1 de 15.11.1889, art.1º)”. Com a constituição de 1891, as províncias, agora Estados, formaram os Estados Unidos do Brasil com soberania e autonomia. A capital da União passou a ser o Distrito Federal. Adotou-se o presidencialismo e o regime representativo. Houve a transformação da formação política quadripartite pela tripartite, com os poderes harmônicos e independentes entre si. O primeiro presidente eleito da República brasileira foi Deodoro da Fonseca, mas houve conflitos de poderes, a partir de então.

Para Baracho *et al* (2010), a introdução da federação no Brasil acontece da seguinte forma:

Como é cediço, a federação só foi implantada no ordenamento jurídico nacional a partir do segundo texto da história constitucional brasileira, através do Decreto n.1, de 15 de Novembro de 1889. A Constituição de 1891, portanto, recebe a marca de transformação do Estado brasileiro, que sai do modelo unitário para o modelo descentralizado. Vale ressaltar, por oportuno, que a estrutura federativa ainda não havia sido bem definida, uma vez que o ideário pelo qual se lutava era a implementação de um regime que se opusesse à monarquia e conseqüentemente a subordinação à Coroa Portuguesa (BARACHO *et al*, 2010, p. 509).

Para Aguillar (2006), a Constituição republicana de 1891 trouxe, sem dúvidas, importantes mudanças, dentre as quais: o sistema federativo; a separação dos poderes; a descentralização política estatal; a garantia do direito de propriedade e a liberdade do exercício profissional, sob grande influência norte-americana e dos paradigmas do liberalismo político e econômico.

Nesse contexto, a América do Sul sofreu forte influência da Europa. O Brasil, em especial, de Portugal e da Inglaterra no Império e da França e Alemanha na República, através da Constituição francesa, da alemã, do direito penal alemão e o do direito civil francês. Os demais países, com predominância da Espanha¹⁷. Há a

¹⁷ Após a I Guerra Mundial, o Brasil foi muito influenciado pelos Estados Unidos, em especial, no entretenimento (cinema) e música, que se assemelha à brasileira.

formação de um referencial ibérico nessas sociedades, que interferiram em muitos comportamentos e relações sociais, mas foram se amoldando às características e peculiaridades de cada local. Por isso, constata-se que os estados sul-americanos, por possuírem um desenvolvimento dinâmico, não ficaram restritos tão somente à cultura europeia, já que passaram também a apresentar as suas características próprias.

O Estado brasileiro foi considerado escravista até o século XIX. Quando houve a abolição da escravidão, a sociedade passou a ser constituída por vários homens livres, mas que continuavam submissos aos seus senhores em razão da ausência de independência econômica para se libertarem de fato. O Brasil começava a adquirir características compatíveis com a estrutura de um Estado capitalista moderno na teoria, no entanto, ainda era uma sociedade com graves problemas de liberdade e desigualdade social.

Segundo Aguillar (2006), o Brasil, com o fim da escravidão, com a Lei do Ventre Livre de 1871 e a abolição em 1888, passava a apresentar, na época republicana, problemas relacionados à necessidade de novas mãos-de-obra, o que foi substituído com a política de incentivo à imigração para trabalhar, principalmente, nas lavouras de café no Estado de São Paulo e nas indústrias nascentes.

Nesse sentido:

Grande parte dessa ampla transformação social tem por base o “ciclo” do café. Desde fins do Império e compreendendo praticamente toda a Primeira República, “o Brasil é o café”. Em um país exportador de produtos primários, esse produto entra “com mais de 70% do valor” da exportação. Mas a cafeicultura não predomina apenas em termos econômicos (IANNI, 2004, p. 65).

O nosso país, inserido no capitalismo tardio¹⁸, só se tornou industrial no século XX. Na primeira metade até o término da primeira República, torna-se um modelo primário exportador¹⁹, que remonta ao período colonial. Antes de qualquer coisa, algumas transformações fundamentais ocorreram, as quais são descritas a seguir:

¹⁸Capitalismo tardio – demora, em alguns países, em se implementar e desenvolver o processo de industrialização, em relação aos países pioneiros, Inglaterra, Holanda e Estados Unidos. Referência a todos os países da América do Sul, além da Alemanha, Portugal, Espanha e Itália.

¹⁹ Duas fases do modelo primário exportador: Colonial e Império brasileiro, baseados no trabalho escravo, e República Velha, quando ocorrem as transformações nas relações de trabalho, principalmente, no meio urbano.

[...] Assim, o que se nota é que, com a abolição da escravidão, o advento da República, o progressivo processo de urbanização, a imigração e todas as demais mudanças ocorridas no decorrer da Primeira República e no início da era Vargas, sobretudo a crescente industrialização, que toma impulso a partir desse último período, uma nova semântica social tornar-se-á prevalente na autodescrição da sociedade brasileira. Passa a recrudescer a preocupação com o perfil de nossas instituições e com a questão da modernização, que sempre parece fugidia (VILLAS BOAS FILHO, 2009, p. 204).

Esse momento, no Brasil, é caracterizado por conflitos e utilização da força repressiva do exército. Arns (2013), no documento *Brasil: nunca mais*, aponta que os militares foram os principais responsáveis pela derrubada do imperador Dom Pedro II e implantação da República, chamando Deodoro da Fonseca, em seguida, Floriano Peixoto, com a função de presidente da República. Assim, há a formação de um exército com duas características: uma progressista diante da oligarquia monarquista e outra repressiva nas camadas mais pobres.

O exército, por muito tempo, exerceu um papel repressivo na sociedade brasileira. A exemplo, na primeira fase da República, os seguintes conflitos: Canudos (1897) e Contestado (1912). Em 1922 e anos seguintes, os movimentos tenentistas e a Coluna Prestes tiveram como principais objetivos: moralidade pública, democratização do voto e a dignidade nacional, mas foram alvos de graves ofensas humanas daquela instituição militar.

Uma das razões da crise da República foi a centralização do poder estatal nas mãos de governador e a formação do coronelismo, uma herança do poder moderador do período imperial. Nas palavras de Afonso da Silva (2012), o coronel tem a seguinte definição:

[...] O fenômeno do coronelismo tem suas leis próprias e funciona na base da coerção da força e da lei oral, bem como de favores e obrigações. Esta interdependência é fundamental: o coronel é aquele que protege, socorre, harmoniza e sustenta materialmente os seus agregados; por sua vez, exige deles a vida, a obediência e a fidelidade. É por isso que o coronelismo significa força política e força militar (AFONSO DA SILVA, 2012, p. 80).

Por conseguinte, houve uma Revolução²⁰, com a era Vargas e a instituição do Estado novo em 1937. Foi um período ditatorial, o poder era concentrado no chefe do

²⁰ Para Bonavides (2013, p.458), “[...] a revolução se faz contra um sistema de governo ou feixe de instituições; contra a classe dominante e sua liderança; contra um princípio de organização política e

Executivo (Presidente da República), que legislava através de decretos-leis, por ele mesmo aplicado. Apesar de toda centralização do poder político, foi uma época da criação do Ministério do Trabalho e das leis trabalhistas; o surgimento da Justiça Eleitoral, como órgão do Poder Judiciário; a criação de partidos políticos, e, a partir de 1934, foi instituído o voto feminino.

A Constituição de 1937 ou “polaca”, em razão do forte poder autoritário do chefe do Executivo nacional²¹, Vargas, um ditador, retornou com a política de centralização do poder na esfera federal, com a criação de órgãos federais de controle da economia, retirando a autonomia dos Estados, queimando as bandeiras e os hinos estaduais²² em solenidades para representar o comportamento centralizador do Presidente da República. Por outro lado, representou um período de mudanças no cenário do reconhecimento dos direitos sociais aos empregados brasileiros. Assim, a partir de então, houve a fixação de salários mínimos, a criação da Previdência Social e as Caixas Econômicas, segundo Aguillar (2006).

Por isso, a era Vargas é caracterizada como uma época em que o Brasil preocupa-se, pela primeira vez, em estabelecer direitos sociais, através da elaboração de leis trabalhistas e previdenciárias, além do surgimento da participação dos sindicatos urbanos. No entanto, há uma ampla distinção do meio urbano e o rural²³, pois, neste, ainda predominava uma maior quantidade de força de trabalho e da própria população, sem o reconhecimento dos mesmos direitos sociais, fato este que perdura até o fim da II Guerra Mundial.

Na década de 1950, no governo de Juscelino Kubitschek, cujo lema político foi “cinquenta anos em cinco”, o Brasil consolida o processo de industrialização, com a vinda de empresas estrangeiras de procedências europeias, norte-americanas,

social e não contra um homem apenas.” In: BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 20ed. Malheiros Editores, 2013.

²¹ Criou-se o Estado de sítio e a instituição de decretos-leis pelo Presidente da República.

²² Nesse período, os hinos estaduais deixaram de ser tocados nas solenidades escolares. Nas cívicas, não se tocava nem cantava o hino estadual e também não se hasteavam as bandeiras estaduais.

²³ Ainda hoje, não existe um assalariamento pleno no meio rural brasileiro, pois é caracterizado pelas seguintes relações de trabalho: trabalhador contratado por tempo determinado, safrista e diarista. Além dos resquícios do sistema não capitalista – parceria, arrendamento rural em troca de dia de trabalho e morador de propriedade. O trabalhador rural se aposenta de uma única forma: por idade.

canadenses e asiáticas, destinadas, principalmente, à produção de bens de consumo duráveis, destacando-se, entre elas, as indústrias automobilísticas, de eletrodomésticos, assim como um expansivo crescimento das áreas urbanas em todo o país. Adicionado ao setor industrial, outra meta de Kubitschek foi o investimento em transporte e energia. Neste governo, houve a construção e a transferência da capital do país para o cerrado (Brasília) e o início de uma política de desenvolvimento regional, com a criação da SUDENE em 1959.

O Golpe de 1964²⁴, com a derrubada do governo de João Goulart²⁵, resultou em um longo contexto histórico brasileiro de repressão e controle dos governos militares²⁶ contra os inimigos internos, que eram aqueles que realizaram mobilizações de caráter socialistas, a exemplo, os estudantes universitários, intelectuais, os operários e os trabalhadores rurais²⁷. Esse momento ficou conhecido internacionalmente pelo abuso do poder, as prisões arbitrárias e ausência de liberdades de expressão. A democracia era um sonho muito distante, assim como, houve um falso crescimento econômico no país com a abertura ao mercado e ao capital externo, a nacionalização de empresas estrangeiras. O lema da ditadura era dar segurança ao povo brasileiro, por isso, criou-se um Conselho Nacional de Segurança, entretanto, era controlado pelos militares.

Quando, em 1972, segundo Arns (2013), o Conselho de Segurança descobriu o PCdoB no sul do Pará, iniciou operações para deter tais militantes, ação que se estendeu

²⁴ Nas palavras de ABRUCIO (2005) “[...] na República velha, predominou um modelo centrífugo, com Estados tendo ampla autonomia, pouca cooperação dos governos estaduais, particularmente no Estado Novo, entre si e um governo federal bastante fraco.” Nos anos Vargas, o Estado nacional fortaleceu-se, mas os governos perderam a autonomia. O interregno 1946-1964 foi o primeiro momento de maior equilíbrio em nossa federação, tanto do ponto de vista da relação entre as esferas de poder como da prática democrática. Mas o golpe militar acabou com esse padrão e, por cerca de 20 anos, manteve um modelo autoritário (ABRUCIO, 1998), com grande centralização política, administrativa e financeira. *In*: ABRUCIO, Fernando Luiz. *A Coordenação Federativa no Brasil: A experiência do Período FHC e os Desafios do Governo Lula*. Rev. Sociol. Polít. Curitiba, 24, p.46, 2005.

²⁵ Para Alves (1984), “A suspensão dos direitos políticos eliminava o direito de voto, de candidatura eleitoral e de participação em atividades político-partidárias. O Ato continha uma lista daqueles que imediatamente perderiam seus mandatos eleitorais e teriam suspensos seus direitos políticos. O nome do Ex-Presidente João Goulart encabeçava a lista, seguido por 40 membros do Congresso Nacional. Outras 100 pessoas mencionadas perdiam seus direitos políticos por dez anos.” *In*: ALVES, Maria Helena Moreira. *Estado e Oposição no Brasil (1964-1984)*. Rio de Janeiro: Petrópolis, 1984, p.55.

²⁶ A ditadura militar, em sua grande parte, ocorreu sob o regime de exceção.

²⁷ Os trabalhadores rurais almejavam a reforma agrária e a instituição de direitos sociais para eles.

até 1974. Assim, o partido comunista forma “Forças Guerrilheiras do Araguaia”, com o escopo de demonstrar suas propostas políticas. O fim desta batalha resultou em mais de 50 militantes do PCdoB mortos, em razão de repressão que tomou conta daquela região.

Sobre o que representou a Segurança Nacional da época da ditadura militar, convém mencionar:

[...] O próprio Estado de Segurança Nacional – e frequentemente seus setores mais intimamente ligados ao Aparato Repressivo determina em última instância quem é o “inimigo interno” do país e que atividades de oposição constituem “antagonismos” ou “pressões”. Desse modo, a responsabilidade pelo controle das atividades subversivas ou revolucionárias dota as forças militares de poderes praticamente ilimitados sobre a população (ALVES, 1984, p. 40).

Alves (*op. cit.*) argumenta também que o SNI tornou-se um órgão político de espionagem, atuando com eficiência na coleta de dados e informações das pessoas que eram consideradas suspeitas ou opositoras ao regime, com o fim de manter bem informado o poder executivo. Além disso, os chefes desse órgão se tornaram, posteriormente, Presidente da República, dentre eles: Costa e Silva, Garrastazu Médici, Ernesto Geisel e João Batista Figueiredo.

Ainda com base em Alves (*op. cit.*), um dos objetivos do sistema de segurança militar foi fazer uma “operação limpeza”, eliminar qualquer oposição política, econômica e social ao regime.²⁸ A sociedade, extremamente controlada, era dividida em compartimentos, tendo sido realizados IPMs nas universidades e locais de trabalho, submetendo-se as pessoas a indiciamentos e detendo-as, com base neste ato, considerado legítimo, apesar de ter sido realizado sob repressão política.

Em 1964, o modelo econômico brasileiro foi caracterizado pela concentração de renda e desnacionalização da economia. O livro *Brasil: nunca mais*, organizado, entre outros, por Arns (2013), descreve a primeira fase da ditadura militar da seguinte forma:

A índole concentradora do modelo pode ser aferida a partir de diversos indicadores: política salarial, política tributária, política fundiária, política de investimentos, etc. A desnacionalização implicou na abertura de todas as

²⁸ A praga a ser vencida era contra o socialismo, e os subversivos eram os que tinham posicionamento contrário ao governo militar.

portas para o capital estrangeiro: estímulo creditício e fiscal para implantação de multinacionais no Brasil, facilitação de remessa de lucros e vistas grossas diante das fraudes para burlar os controles legais, permissão para compra de terras por grupos estrangeiros, e endividamento externo (ARNS, 2013, p. 58).

Os militares governaram por meio de atos institucionais²⁹, que, no total, foram cinco, cada um com mais rigor e centralização do poder político no executivo. Através do AI-1³⁰, muitos deputados tiveram seus mandatos cassados. Além disso, os membros do legislativo, que compunham a legislatura federal à época do Golpe 64, foram convocados entre 12 de dezembro de 1966 e 24 de janeiro de 1967 para discutir e votar um projeto de constituição³¹, apresentado pelo chefe do Executivo Nacional, segundo Aguillar (2006).

O período de liberalização às repressões encerra-se com a vigência do AI-2, em 17 de outubro de 1965, após as eleições de governador de alguns Estados, e a posse de dois políticos opositores ao regime, na Guanabara³² e em Minas Gerais³³. Algumas medidas daquele ato foram as seguintes: retomada da “operação limpeza” interrompida com a política de Castelo Branco de 1965, que encerrou com o período de vigência do AI-1; extinção dos partidos políticos³⁴ e reconstrução das estruturas representativas, conforme Alves (1984).

²⁹ Os atos institucionais são instrumentos jurídicos com base nos quais os militares governaram o Brasil, até o retorno da democracia. O AI-3 teve como objetivo o fim das eleições diretas para governadores e prefeitos. Aqueles passaram a ser indicados pelo Presidente, sob a aprovação da Assembleia Legislativa, estes foram indicados pelos governadores. O AI- 4 Promulga a Constituição de 1967 para fortalecer o poder do Presidente da República e enfraquecer os demais poderes (legislativo e executivo). O alto comando militar indicou como Presidente (1967-1969) Costa e Silva. Nesse período, houve muitas manifestações públicas contra a ditadura.

³⁰ O AI-1 teve um prazo de validade determinado até 1965, quando o presidente Castelo Branco resolveu realizar uma liberalização das medidas repressivas. *In*: ALVES, Maria Helena Moreira. **Estado e Oposição no Brasil (1964-1984)**. Rio de Janeiro: Petrópolis, 1984, p.94.

³¹ Projeto da Constituição de 1967 com amplos poderes ao Executivo, apesar de reeditar a norma proibindo a delegação de poderes. *In*: AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao supranacional**. São Paulo: Atlas, 2006, p.149.

³² Na década de 1960, o Estado do Rio de Janeiro se chamava Guanabara, e a capital da cidade, Rio de Janeiro. Com a criação de Brasília, o Rio de Janeiro passou a ser o Estado e a capital da cidade.

³³ Governador da Guanabara com apoio de Kubitschek e da oposição – Francisco Negrão de Lima. Governador de Minas Gerais da oposição militar – Flexa de Paes de Almeida.

³⁴ Nessa época, existiam dois partidos políticos: ARENA, ligado ao governo, e MDB, partido de oposição.

O AI-5 foi o pior de todos, pois, quando a oposição começou a vislumbrar um retorno à democracia³⁵, ainda com base em Alves (1984), com a votação no Congresso de 216 contra 141 a favor da manutenção da imunidade parlamentar, o governo, em um ato programado, fecha o Congresso Nacional por tempo indeterminado e institui o último ato institucional da era militar no Brasil. Um dos fatos que levou a “linha dura” a tomar esta decisão foi o discurso do deputado Moreira Alves.

Alves (1984) ainda acrescenta que a insatisfação com a estrutura política do país era grande. Os trabalhadores começaram a se manifestar em greves e protestos, e a oposição começou a se fortalecer e a apoiar esses movimentos. Como, naquela época, a constituição vigente (1967) concedia a imunidade parlamentar, o então deputado federal da Guanabara Márcio Moreira Alves discursou na tribuna do Congresso, convocando a população a boicotar a parada militar de 07 de setembro e alertou as mulheres para não namorarem os militares que estavam envolvidos com a repressão política.

Em sua trajetória histórica, o Brasil passou por dois períodos ditatoriais (Era Vargas, entre 1930-1945 e 1950-1954, e a Ditadura Militar, de 1964 a 1985), com características e finalidades distintas. Aguillar (2006) faz um estudo comparativo entre a ditadura de Vargas e a dos militares, a saber:

A Constituição de 1967, portanto, não foi elaborada sob inspiração liberal na economia, apesar de Roberto Campos ter participado ativamente do projeto original. Como todo regime ditatorial, o controle da economia é indispensável para a afirmação do governo, e nisso a Carta de 1967 parecia pouco interessada em atribuir direitos sociais como justificativa para a ação estatal na economia. Ao contrário, durante a implementação das políticas públicas que caracterizaram o “milagre econômico” brasileiro, a liberdade de movimentação do Estado na economia foi utilizada com frequência para o fim de achatar salários e postergar benefícios sociais. Na concepção tornada célebre de Delfim Netto, Ministro de várias pastas durante o regime militar, era necessário que “o bolo crescesse, antes que fosse repartido”. O regime militar dispunha de fortes prerrogativas de intervenção estatal, mas agia movido por um claro espírito de colaboração com o empresariado privado. Uma ditadura de forte vocação para o desenvolvimento econômico e tecnológico, estimulando a consolidação de poderosos grupos privados, que floresceram à sombra protetora dos militares. Já no regime do Estado Novo, prevalecia a índole corporativista e nacionalista de Vargas, que tratava o que considerava desvios econômicos dos empresários com mão de ferro, em permanente tensão com a iniciativa privada. No regime pós 1964, o Estado intervencionista liderava a ação econômica, rasgando estradas imensas como a Transamazônica, construindo pontes com a Rio-Niterói, usinas hidrelétricas como a de Itaipu, e centrais nucleares como a de Angra dos Reis. Com isso, estimulavam a formação de empreiteiras de grande porte, capitalizava os

³⁵ Nesse dia, os parlamentares e demais expectadores choraram e cantaram o Hino Nacional.

prestadores de serviço e os fornecedores de matéria prima (AGUILLAR, 2006, p. 144 a 145).

Dentre várias medidas autoritárias, a Constituição de 1967, assim como leis complementares, como a das Inelegibilidades e a de Regulamentação de Partidos Políticos, dispunha sobre as restrições às eleições e ao legislativo, que foram atribuições dos Atos Institucionais 1 e 2. Através da incorporação daquelas medidas na CF/67, ocorreram importantes mudanças na estrutura do Estado e na institucionalização da Doutrina de Segurança Nacional e Desenvolvimento, como aponta Alves (1984).

A crise econômica, a concentração de renda, a urbanização das cidades, tudo isso associado à favelização nas grandes cidades resultou em um clima de grande insatisfação social. Segundo Aguillar (2006), uma das finalidades do período de transição do regime militar e a instituição da democracia foi um movimento de luta contra a inflação, que perdurou no país durante o século XX. A partir de 1980, foram adotados, no Brasil, pacotes e planos econômicos, dentre os quais, algumas políticas de congelamento de preços.

Ainda com base em Aguillar (*op. cit.*), com a morte de Tancredo Neves, Presidente da República escolhido por um colégio eleitoral, formado pelos Congressistas e representantes das assembleias legislativas estaduais, para iniciar um novo olhar democrático no Brasil, o seu vice, José Sarney, aliado aos militares, o substituiu, governando por meio de uma série de planos econômicos, com a principal finalidade de extinguir a alta inflação brasileira. O primeiro plano foi o Cruzado, criado com enfoque no Austral de 1985, da Argentina, e no de Israel do mesmo ano. Houve mudança de moeda de cruzeiro novo para cruzado. Instituíram uma tabela (chamada de *tablitas*) forçada de congelamento de preços em um prazo de 12 anos, mas que não acompanhava a inflação.

Por conseguinte, o governo Sarney passou a incentivar as donas de casa a fiscalizarem os preços dos produtos nos supermercados e em pontos de venda em geral e a denunciarem-nos, uma vez que, nesses estabelecimentos, ocorria a redução proposital dos estoques essenciais para uma casa, tendo havido, por isso, muita prisão de gerentes de lojas, sob a acusação de não contribuírem com a política fiscal do governo, sendo, portanto, inimigos. Após nove meses do lançamento do Plano Cruzado,

abriu-se uma exceção à política de congelamento de preços, com relação à gasolina, que começou a subir assustadoramente e levou à crise do plano, conforme Aguillar (*op. cit.*).

Com o fim do Plano Cruzado, instituiu-se o Bresser, em 12 de julho de 1987. Ocorreu uma nova referência de valor à URP e um novo programa de congelamento de preços. Para diminuir o impacto da inflação, os comerciantes utilizaram a técnica da “maquiagem”, que consistia em reduzir a quantidade ou a qualidade dos produtos expostos à venda. Como novamente não prosperou o plano econômico do governo Sarney, ele foi substituído, em 1989, pelo Plano Verão, sob a orientação do então ministro da fazenda Maílson da Nóbrega.

Uma das medidas do Plano Verão foi a mudança da moeda de Cruzado para Cruzado Novo, dando-se continuidade à política de congelamento de preços por prazo indeterminado, regras de desindexação da economia e proibição de correção monetária para o futuro e para os contratos em execução. Além disso, foram instituídas *tablitas* para coibir o reajuste embutido ao longo da execução dos contratos firmados, como relata Aguillar (*op. cit.*). Em 1990, após o longo período de ditadura militar, houve a primeira eleição direta, para a escolha do Presidente da República, resultando na vitória do alagoano Fernando Collor de Mello, que adotou o plano de congelamento mais terrível da histórica democrática brasileira, denominado Plano Collor, com o principal objetivo de transformar o Brasil em um país novo. De fato, ocorreram muitas mudanças por aqui, e a primeira delas foi a conversão da moeda Cruzado Novo em Cruzeiro. Em seguida, o bloqueio dos depósitos superiores a 50.000 Cruzados Novos, por um prazo de dezoito meses, valor que ficaria depositado no Banco Central e seria devolvido após 16 de setembro de 1991, em 12 parcelas mensais.

Esse pacote gerou muita insatisfação da população, que, em sua maioria, impetrou mandado de segurança para a liberação do dinheiro bloqueado, com a alegação de confisco ou empréstimo compulsório, feito de forma ilegal. Três dias após a publicação do pacote, o governo editou medida provisória, vedando a concessão de medidas liminares em mandados de segurança e em ações ordinárias e cautelares. O Plano Collor, portanto, fracassou, e foi elaborado outro, denominado Plano Collor II, que surgiu com regras de desindexação e a extinção do BNT e outros índices monetários. A inflação crescia assustadoramente, e as medidas foram incapazes de conter a elevação dos preços. Com tantas crises econômicas e políticas, Fernando Collor

de Mello sofreu o processo de *impeachment*³⁶ pelo Congresso Nacional em 29 de dezembro de 1992.

Com a queda de Collor de Mello, em 1993, sucede em seu lugar Itamar Franco, que alterou a moeda novamente para Cruzeiro Real, adotando medidas embrionárias para a criação do plano real. Criou-se um novo índice monetário, URV, como forma estável de referência de preços, o que gerou muita confiança nos investidores do mercado. A moeda Real circulou no país a partir de primeiro de julho de 1994.

Nas palavras de Aguillar (2006), o plano Real foi descrito da seguinte maneira:

O Plano Real foi o único programa de controle bem-sucedido da inflação no país, após décadas de esforços governamentais mais ou menos bem articulados. Em poucos meses, de fato, o mercado foi ajustado à nova moeda e aos poucos a inflação foi sendo reduzida, de 40% ao mês, até atingir patamares aceitáveis, em torno de 10% ao ano. Sua origem e suas propostas também foram distintas dos planos econômicos que o antecederam. Primeiro, por ter sido divulgado com antecedência e negociado publicamente com o Congresso. Segundo, por ter recusado a técnica do congelamento, que se revelou claramente ineficiente e danosa (AGUILLAR, 2006, p. 166 a 167).

Como ministro da fazenda do presidente Itamar e responsável pelo plano real, que trouxe efeitos positivos para a economia nacional, Fernando Henrique Cardoso governa o país, após o fim do mandato daquele Presidente. O Real passa a ser a moeda, até os dias atuais. A era FHC foi marcada por privatizações, parcerias público/privadas, fortalecimento das agências reguladoras e executivas. Apenas após um período de 08 anos como Presidente da República, em razão da aprovação da emenda constitucional nº16³⁷, que institui a reeleição e acaba a administração pública federal liderada pela direita no nosso país.

O governo FHC destacou-se, especialmente, por suas medidas fiscais e econômicas, dentre as quais, a Lei de Responsabilidade Fiscal³⁸ e a Lei Kandir. Outra

³⁶ Antes mesmo de sofrer o *impeachment* Collor de Mello havia renunciado o poder.

³⁷ Emenda Constitucional nº16 que dá nova redação ao §5º do art.14. Nessa esteira, eis o artigo citado da CF/88. “O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente.”

³⁸ A Lei de responsabilidade fiscal criou mecanismos mais efetivos de responsabilidade, dificultando o não cumprimento da regulamentação, em razão das severas penalidades. Essa lei teve um número considerável de apoio dos congressistas, da sociedade e dos governos locais. Para ABRUCIO (2005) “[...] A LRF foi uma experiência mais bem sucedida de coordenação federativa nos anos FHC. Faltou, no

medida de impacto financeiro na estrutura nacional consistiu nos novos repasses de recursos para os governos subnacionais, após um período de redução da inflação, com a finalidade de gerar novas receitas para os Estados, e a introdução de novas políticas públicas. Uma das medidas do governo para atingir estas metas fiscais desejadas, nas palavras de Abrucio (2005), foi “a modernização da estrutura fazendária em vários Estados com recursos de instituições financeiras”, assim como o programa de demissão voluntária³⁹ e o processo de privatizações das empresas estaduais com o apoio do BNDES.

Os PDVs estaduais podem ser resumidos como uma boa ideia, com resultados não satisfatórios e adequados. Nesse sentido:

Foram constantes dois grandes problemas na aplicação dos PDVs. O primeiro é que os servidores que aderiram a esses programas de dispensas normalmente tinham uma melhor qualificação profissional, ficando os com menor capacidade gerencial. Além disso, em muitos estados não havia um mapa preciso do perfil do funcionalismo e, desse modo, não se sabia exatamente quais eram os gargalos burocráticos. Faltou aqui uma ação mais coordenada entre o governo federal e as administrações subnacionais (ABRUCIO, 2005, p. 56).

Ainda com base em Abrucio (2005), uma medida drástica tomada no governo FHC foi o fim das instituições de desenvolvimento regional, como a SUDENE e a SUDAM, sem uma alternativa para substituir tais órgãos, que, de fato, estavam corrompidos. Por outro lado, buscando um equilíbrio na distribuição de renda da população mais carente, foi de sua época a ideia de aproveitar um programa do Distrito Federal (bolsa-escola), do governador Cristovam Buarque, e implantar no âmbito nacional⁴⁰. Além disso, houve uma política de incentivo ao aumento do salário dos

entanto, criar um fórum de discussão entre os vários níveis de governo, tal como estabelecido no artigo 67 da LRF, que estipula a instituição de um Conselho de Gestão Fiscal. [...]” *In*: ABRUCIO, Fernando Luiz. *A Coordenação Federativa no Brasil: A experiência do Período FHC e os Desafios do Governo Lula*. Rev. Sociol. Polít. Curitiba, 24, p.57, 2005.

³⁹ No entendimento de Abrucio (2005, p.56), “[...] a medida de maior impacto inicial foram os Programas de Demissão Voluntária (PDVs). Com o financiamento da Caixa Econômica Federal, os PDVs resultaram na demissão de 100 mil funcionários públicos estaduais, mas tiveram pequeno impacto na redução dos custos, de apenas 4,5% do que se gastava com pessoal ativo – os estados com maior contingente de servidores ademais, foram os menos afetados” (BELTRÃO, ABRUCIO & LOUREIRO, 1998). *In*: ABRUCIO, Fernando Luiz. *A Coordenação Federativa no Brasil: A experiência do Período FHC e os Desafios do Governo Lula*. Rev. Sociol. Polít. Curitiba, 24, p.56, 2005.

⁴⁰ A bolsa-escola surgiu a partir de um programa de distribuição de renda PETI, passando a programa de renda mínima, até a bolsa-escola. Foram 07 anos do governo FHC dedicados à construção de políticas para atacar a pobreza de maneira mais efetiva.

professores municipais⁴¹, o que representou uma crescente transferência das redes estaduais de ensino para aquelas.

Em seguida, o PT assumiu a chefia do executivo nacional, desde 2003, quando Luis Inácio Lula da Silva toma posse, seguida por Dilma Russef, atual Presidente. Esse partido foi criado em 1981, é essencialmente brasileiro, já que surgiu por meio dos sindicatos de operários do ABC Paulista⁴², unidos aos intelectuais de esquerda, que almejavam um governo com propostas socialistas no Brasil. Por esse motivo, eles têm realizado uma política para atender às classes menos favorecidas, que tiveram acesso às utilidades domésticas de linha branca⁴³, através de políticas fiscais, o que levou à facilitação do pagamento. Também é considerado um partido que aumentou consideravelmente os programas relacionados à distribuição de renda aos mais necessitados.

Nesse sentido, os governos do PT ampliaram o escopo dos programas de redistribuição de renda. A bolsa família teve o papel de consolidar os pré-existentes e de acrescentar o número de pessoas beneficiadas nas casas de milhões de famílias. Este programa reúne auxílio para complementação de renda e é vinculado à obrigatoriedade de participação efetiva dos filhos em idade escolar, como condição *sine qua non* à permanência no programa.

Outro programa de destaque foi o de habitação popular “Minha Casa Minha Vida”, utilizando conjuntamente recursos orçamentários e do FGTS e ampliando, assim, o volume de casas construídas nas zonas urbanas, tanto das capitais, como das zonas interioranas.

Assim, o Brasil está sob a vigência da Constituição de 1988, que foi considerado um importante documento político para o povo brasileiro, no período de

⁴¹ Foi criado o FUNDEF - aprovado pelo Congresso em 1997, com a finalidade de obrigar os governos a aplicarem 25% dos recursos resultantes da receita de impostos e transferências na educação, sendo que não menos que 60% deverão ser destinados ao Ensino Fundamental. A implantação nacional ocorreu em 01 de janeiro de 1998. *In: Ibidem.* Com a criação do FUNDEF, há um fortalecimento do ensino municipal, que cuida da primeira fase do ensino básico, ficando as redes estaduais a cargo de parcela considerável do ensino médio.

⁴² Área de maior concentração de indústria automobilística do país e bastante sindicalizada.

⁴³ Geladeira, fogão, máquina de lavar, a versão do tanquinho, etc., por meio da redução e isenção do IPI, assim como de carros populares, o que resultou em um intenso tráfego não apenas nos grandes centros urbanos. Ocorreram, portanto, os seguintes benefícios: desoneração tributária, juros baixos e facilidade de crédito. Para os carros, prazos longos para o pagamento.

redemocratização do país, o que resultou na formação de uma sociedade democrática, aberta, plural e complexa. Por meio desta carta política, houve uma valorização dos direitos e garantias fundamentais, o respeito e o cumprimento dos compromissos celebrados pelo Brasil na ordem internacional. Por conseguinte, tem ocorrido uma crescente participação do país no cenário internacional, o que deve ser realçado com a exigência do cumprimento das obrigações internacionais ajustadas.

1.2 ESTADOS DEMOCRÁTICOS EM UMA SOCIEDADE PLURAL

A passagem do poder religioso do período feudal para o poder temporal nos Estados laicos levou a mudanças e paradigmas, quais sejam: o reconhecimento e a revolução dos direitos dos indivíduos, a centralidade do Estado com poderes harmônicos e interdependentes, o nacionalismo e uma base legal alicerçada em princípios pluralistas e de características democráticas.

As formas plurais existem antes da formação do Estado Nacional, na Idade Antiga e no Período Medieval através dos burgos. Da Idade Média para a Moderna, o Estado surgiu em razão de um processo de agregação ou desmembramento (na Holanda, várias nações desagregaram; na Itália, houve a união de várias Cidades-Estados – Veneza, Florença e Nápoles).

Hall (2011) entende que a sociedade moderna surge com algumas modificações no pensamento e na cultura do Ocidente, em razão dos seguintes fatos: a reforma e o protestantismo que excluíram a centralidade da Igreja Católica, promovendo uma liberdade religiosa; o humanismo, que coloca o homem como o centro das decisões; as revoluções científicas, que fizeram com que o homem tivesse condições de investigar, pesquisar e decifrar os mistérios da natureza, sem qualquer condenação, e o iluminismo, que torna o homem racional, científico e livre de dogmas e intolerâncias.

Com base em Cruz (2004), nesse período, em que a razão foi responsável por “abrir as portas de todos os segredos do universo”, ocorreram mutações no pensamento e comportamento das pessoas devido aos seguintes fatores: a reforma protestante, a consolidação do capitalismo, a revolução científica e o racionalismo filosófico. A centralização no absolutismo monárquico e nos dogmas da igreja passou a ser transformado em um homem racional, mais especializado e voltado para o trabalho

como meio necessário para que ele conseguisse sobreviver em uma sociedade que exigia que ele possuísse a sua propriedade, fruto do labor assalariado.

Os ensinamentos de Hannah Arendt sobre a modernidade, a partir de Galuppo (2008), são, assim, descritos:

[...] Hannah Arendt nos diz, em sua *Condição Humana*, que a Modernidade surge pela dissolução progressiva dos centros orientadores da ação. Inicialmente, quando o homem olha o céu, ele descobre que a Terra não era o *centro* do universo. Em segundo lugar, quando efetua a circunavegação, ele descobre que a Europa não era o centro da Terra. E finalmente, quando realiza a Reforma Protestante, ele descobre que a Igreja Católica Romana não era (mais) o centro cultural da civilização. Se antes era fácil decidir como agir, bastando imitar, mimetizar os comportamentos prescritos pelo centro, na Modernidade não há mais um centro a ser imitado (GALUPPO, 2008, p. 50).

Diante das transformações que, paulatinamente, modificaram os cenários dos Estados nacionais nas sociedades mundiais, ocorreram as ideias de cidadania, nacionalismo, republicanismo, estado democrático de direito, estado constitucional, políticas internacionais, maiores preocupações com assuntos relacionados aos direitos humanos, sociais e ao pluralismo político.

Argumenta João Paulo Allain Teixeira (2006):

Com efeito a ideia de cidadania representa um eficiente meio para permitir a convivência entre diferentes: permitindo a separação do âmbito privado (onde as pessoas podem ser diferentes em suas crenças, convicções, etc.), do âmbito público (onde as pessoas devem ser iguais, já que cidadãos); a ideia de cidadania representou um meio relativamente eficiente de lidar com a diferença (TEIXEIRA, 2006,v.3, p. 329).

Para fazer valerem as promessas introduzidas a partir da modernidade, dentre as quais, igualdade, justiça social, a proteção aos direitos fundamentais e humanos, são necessárias, portanto, as aberturas no momento da aplicação do critério hermenêutico, como também a aplicação da norma mais favorável à dignidade da pessoa humana, mas é preciso um aparato de intérpretes que se comprometam a converter suas decisões em face à complexidade do Estado democrático e plural.

Com base em Zagrebelsky (2003), o Estado de direito foi constituído com o escopo de uma obediência ao ordenamento jurídico legal, independente de que forma fosse instituído; se para alcançar a vontade do dirigente, de grupos de base ou o

parlamento sem liberdades políticas, ao invés de um livre. Assim, pode-se falar em Estado de direito tanto nos casos em que a vontade expressa na lei trata de um regime totalitário, ou, naqueles cuja vontade representa uma garantia de direitos dos cidadãos.

Com a intenção de abolir as leis arbitrárias, burocráticas e centralizadoras do Estado de direito totalitário, assim como restaurar alguns pontos necessários para o desenvolvimento da sociedade moderna, surge o Estado de direito constitucional defendido por Zagrebelsky (*op. cit.*), que tem como característica ser de caráter aberto e cooperativo, devendo existir uma conexão entre o direito interno e o internacional.

A sociedade moderna, portanto, para Neves (2009), é centrada em várias ordens racionais, e não apenas na imposição da monarquia ou da igreja. Isso não significa, inicialmente, que a modernidade europeia foi introduzida com a extinção do absolutismo monárquico com diferenciação funcional entre política e direito. Ao contrário, não existia uma subordinação do soberano às leis postas por outros homens, o que existia era uma tendência à dessacralização do direito.

A sociedade começa a se transformar com a modernidade. A complexidade social faz com que surjam autonomias nas esferas de comunicações. Nas palavras de Neves (2009), “há não só um desintrincamento de lei, poder e saber, nem apenas a obtenção de liberdade religiosa e econômica pelo homem, mas um amplo processo de diferenciação sistêmico-funcional”.

Para Neves (*op.cit.*), a constituição em um estado democrático possui as exigências de estado de direito e direitos fundamentais como contornos estruturais para a tomada de decisões coletivamente vinculantes, inclusive, com a possibilidade de uma decisão majoritariamente democrática poder ser declarada inconstitucional. Isso significa que não há necessariamente uma harmonia, mas pode existir uma relação de complementação e tensão recíprocas.

Nesse sentido, fala-se que os procedimentos no Estado de direito nem sempre são resultantes de um consenso, pois o dissenso também é uma atividade funcional da democracia plural da atualidade. Por isso, não se admite a exclusão, tampouco formas de discriminação. Afinal, a sociedade democrática mundial tem como um de seus princípios a promoção da igualdade na heterogeneidade, diversidade, dissenso:

Pelo contrário, a visão complexa assume a realidade e a presença de múltiplas vozes, todas com o mesmo direito a se expressar, a denunciar, a exigir e a lutar. Seria como passar de uma concepção representativa do mundo a uma concepção democrática em que prevaleçam a participação e a decisão coletivas (FLORES, 2009, p. 158).

Argumenta Santos (2011) que estamos vivendo em um período em que precisa existir uma maior discussão política em assuntos constitucionais, que garantam, de fato, uma democracia, que não corresponde à mera vontade da maioria, mas precisa respeitar a minoria, sob pena de estabelecer uma forma de ditadura.

Nesse sentido:

O pluralismo emerge no mundo social exatamente quando a unidade e a homogeneidade da concepção acerca do que seja a vida boa, decorrente da presença de um único centro comunitário, são substituídas pela pluralidade de projetos de como alcançá-la, que aglutinam grupos de indivíduos, e que convivem e disputam em uma sociedade em que vários planos individuais e grupais de ação são integrados por um ato voluntário (GALUPPO, 2008, p. 52).

Para Zagrebelsky (1999), o pluralismo político é aquele apresentado em uma sociedade democrática de direito, que, apesar de fazer predominar a vontade da maioria, não impede a participação ativa da minoria nos acessos públicos, pois pode acontecer que tal grupo minoritário torne-se hegemônico, ocorrendo, assim, uma alternância no poder político.

Convém ressaltar este posicionamento:

[...] a “fundamentalidade” do direito de igual respeito e consideração exige uma esfera pública pluralista onde se assiste o respeito recíproco e simétrico às diferenças. Assim sendo, este direito é pressuposto para que os sistemas político e jurídico possam institucionalizar o direito de tratamento igual [...] (NEVES, 2001, p. 337).

A teoria da democracia moderna de Bobbio (2004) é centrada na soberania do cidadão, seja no valor da eleição, “no depositar o voto na urna”, seja em uma representação indireta, uma vez que os atores estatais são responsáveis pela tomada das decisões coletivas. Por isso, aquele jurista italiano defende a regra da maioria como essencial a um governo democrático.

Em meio a uma maior integração e interdependência das sociedades estatais mundiais multicêntricas e de ampla complexidade, surgem alguns posicionamentos essenciais na formação de Estados democráticos, tais como: uma maior transparência nos assuntos político-administrativos; maior participação ativa da população, através da consulta popular, opinião pública, referendo ou plebiscito; igualdade de direitos entre povos e propriedade privada, desde que cumpra a função social.

Não é demais ressaltar que uma das formas de se alcançar uma efetividade jurídica em uma sociedade democrática consiste em um maior envolvimento da população em assuntos políticos. Assim, Habermas (2002, p. 246) menciona que “as discussões sobre uma concepção comum do que seja bom e sobre qual forma de vida desejada e reconhecida como autêntica”.

Para este doutrinador alemão, uma crescente participação da população em assuntos políticos em um Estado democrático era indispensável, por isso, ele defendia a representação através de associações de classes, sindicatos, organizações de determinadas pessoas em prol de determinados assuntos específicos, como formas representativas da democracia participativa/ ativa da população.

Bobbio (2000) enfatiza que a sociedade moderna é constituída por vários centros de poder, tornando-se, por isso, inviável interagir sem uma forma plural, ou melhor, nas palavras do jurista italiano, “fazer contas com o pluralismo”. Por isso, a democracia mais adequada para este período é a distributiva, de baixo para cima, pois as relações sociais possuem grande influência na tomada de decisões políticas. Além disso, as propostas pluralistas e democráticas são diversas, convergentes e complementares, sendo indispensáveis à completude e à justiça democráticas, a convivência harmônica entre o consenso real e o dissenso possível e necessário.

Por isso, o fim precípua do pluralismo político consiste em viver em meio à diversidade e à diferença, afastando qualquer forma de exclusão, já que se observa a multiplicidade de valores sociais, políticos, econômicos e culturais, a diversidade de opções e escolhas religiosas, os diversos compromissos morais, etc. Assim, precisam-se criar formas de convivência pacífica entre povos de diversificados grupos sociais, pois os procedimentos no Estado Democrático de Direito nem sempre são resultantes de um consenso, já que o dissenso também é uma atividade funcional da democracia plural brasileira da atualidade.

Da mesma forma:

[...] o Estado democrático de direito legitima-se enquanto seus procedimentos absorvem sistematicamente o dissenso e, ao mesmo tempo, possibilitam, intermediam e mesmo fomentam a sua emergência na esfera pública. Como modelo jurídico- político, ele legitima-se enquanto é capaz de intermediar o consenso procedimental e dissenso conteudístico e, dessa maneira, viabilizar e promover o respeito das diferenças na sociedade global supercomplexa da contemporaneidade (NEVES, 2001, p. 353).

Para José Afonso da Silva, a sociedade pluralista é apresentada da forma seguinte:

[...] Optar por uma sociedade pluralista significa acolher uma sociedade conflitiva, de interesses contraditórios e antinômicos. O problema do pluralismo está precisamente em construir o equilíbrio entre as tensões múltiplas e por vezes contraditórias, em conciliar a sociabilidade e o particularismo, em administrar os antagonismos e evitar divisões irredutíveis (AFONSO DA SILVA, 2012, p. 143).

Essa sociedade multicêntrica e pluralista deve ser constituída por meio de uma igualdade constitucional complexa, o que, para Neves (2009, p.67), “[...] exige sempre uma abertura construtiva com variações e adaptações permanentes, para que não leve a uma igualdade jurídica “imperial”, uma pseudo igualdade”. Essa igualdade complexa é responsável pelo acesso igualitário aos direitos.

Viver na pluralidade democrática republicana de unidades federativas autônomas e interdependentes significa agregar políticas em prol de uma sociedade diferente, mas que precisa se equiparar na concretização e reconhecimento de direitos universais, como os direitos humanos.

Nesse sentido, eis parte da Convenção de Viena:

[...] Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais (MAZZUOLI, 2000, p. 114).

Não se permite continuar com pensamentos da época das sesmarias, quando o país está em outro contexto histórico. Essa barreira de implantação de uma república democrática precisa ser rompida; o seu povo precisa se conscientizar de que o país é

considerado moderno e tem que se comportar como tal, e, portanto, culturas retrógradas devem ser eliminadas, em busca de um Brasil melhor e mais igual.

1.3 RELAÇÕES JURÍDICAS CONSTITUICIONAIS: NOVAS FORMAS

Convém ressaltar, com base em Bobbio (2004), que, antes de surgirem os direitos do indivíduo, deveria ser cumprida uma série de obrigações, dentre elas, a obediência às leis ou às ordens do soberano – dos Dez Mandamentos até as Doze Tábuas. Em seguida, reconheceram os direitos dos indivíduos, através da consequente obrigação da garantia destes pelos governantes. Por isso, as cartas de direitos, desde a *Magna Carta* até o *Bill of rights*, resultaram em um pacto entre súditos e soberanos, em que o poder destes precedia a concessão de direitos daqueles.

Constatou-se a forte influência das declarações europeias e os movimentos revolucionários ocorridos na Europa e a independência dos Estados Unidos da América, para alcançarmos o que hoje consideramos os nossos direitos e garantias fundamentais espalhados no texto constitucional vigente (CF/88).

Sendo assim, segundo Afonso da Silva (2012), a Magna Carta de 1215, da Inglaterra, tratava, dentre outros pontos, sobre os seguintes direitos: propriedade privada, o direito de ir e vir e o princípio do devido processo legal. Já a *Petition of Rights*, de 1628, do mesmo país, teve como principal elemento o princípio da legalidade, sobretudo, o fato da prévia cominação legal. O *Habeas corpus act* inglês, de 1679, buscou principalmente a eliminação das prisões arbitrárias. O *Bill of Rights* limitou o poder do monarca soberano e consagrou alguns direitos fundamentais: liberdade pessoal, segurança pessoal e propriedade privada, e o *Act of Settlement*, votado pelo parlamento inglês em 1707, reforçou o conjunto de limitações do monarca absolutista.

Ademais, acrescenta Portela (2013), tanto a independência americana quanto a revolução francesa formam movimentos internacionais de grande importância para a propagação dos direitos humanos, principalmente nas ex-colônias latino-americanas recém-independentes, ou mesmo, posteriormente, nas que estavam na iminência de se tornar. Assim, os direitos humanos tiveram seu reconhecimento nesse período pelo próprio direito interno, e não através das normas internacionais.

Segundo Piovesan (2011), os direitos humanos suscitam um processo de lutas e reivindicações sociais em busca da promoção da dignidade humana. Assumem destaque, com a DUDH de 1948, a partir da qual o respeito à dignidade humana passou a ser objeto de todos os tratados e declarações de direitos humanos, que integram o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Não se pode olvidar o valor da Declaração Universal dos Direitos Humanos considerado um importante documento assinado na Assembleia Geral da ONU em 1948, representativo de um marco histórico mundial e a partir do qual se passa a reivindicar que a sociedade mundial seja mais igual e livre, havendo, portanto, o reconhecimento mundial da democracia. Constitui um conjunto de direitos fundamentais assegurados ao homem após a II Guerra Mundial, no entanto, não é estático, ele se modifica em razão do contexto histórico e da necessidade de um devido aprimoramento. Com diz Bobbio (2004), este documento “é uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro: mas suas tábuas não foram gravadas de uma vez para sempre”.

Entre a Carta de 1948 e a atualidade, nota-se uma grande evolução de direitos humanos em virtude das mudanças ocorridas na sociedade, no reconhecimento histórico entre as nações, principalmente em decorrência da globalização, que aproximou e integrou mais os povos via comércio, em formação, comunicação e integração. O que mudou foi o fato, não o direito humano em si, pois houve uma ampliação dos elementos fáticos em decorrência dos fenômenos sociais que vêm ocorrendo.

A declaração de Viena, na conferência Mundial de Direitos Humanos na Áustria, 1993, define os direitos humanos da seguinte maneira:

Os direitos humanos têm sua origem na dignidade e valor inerente à pessoa humana, e que esta é o sujeito central dos direitos humanos e liberdades fundamentais, razão pela qual deve ser a principal beneficiária desses direitos e liberdades e participar ativamente de sua realização.⁴⁴

A sociedade, com suas inúmeras transformações, principalmente, no tocante a questões de ordem política, econômica, social e cultural, torna as formas de proteção do ser humano uma perspectiva distinta, mais interdependente e coletiva, em razão da

⁴⁴<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>> Acesso em: 14.08.13

ampliação da complexidade da sociedade mundial e da necessidade da inserção de novas instituições globais para lidar com estas situações.

Por isso, este ponto de vista é importante:

[...] os direitos humanos, reside em “colocar frases” às práticas sociais de indivíduos e grupos que lutam cotidianamente para que esses “fatos” que ocorrem nos contextos concretos e materiais em que vivemos possam ser transformados em outros mais justos, equilibrados e igualitários. Por isso, a verdade é posta por aqueles que lutam pelos direitos. A nós compete o papel de colocar as frases. E esse é o único modo de ir completando a teoria com a prática e com as dinâmicas sociais: chave do critério de verdade de toda reflexão intelectual (FLORES, 2009, p. 31).

Para Sen (2000), os direitos humanos são definidos da seguinte forma:

Com efeito, é melhor conceber os direitos humanos como um conjunto de pretensões éticas, as quais não devem ser identificadas com direitos legais legislados. Mas essa interpretação normativa não precisa anular a utilidade da ideia de direitos humanos no tipo do contexto no qual são comumente invocados. As liberdades que são associadas a direitos específicos podem ser o ponto de enfoque apropriado para debate. Temos de julgar a plausibilidade dos direitos humanos como um sistema de raciocínio ético e com a base e reivindicações políticas (SEN, 2000, p. 264).

A liberdade é um importante direito fundamental, que deve ser garantido ao homem, sendo essencial a um sistema democrático. Associado a este direito, existe a igualdade, assim, a assertiva de Aristóteles é interpretada como a concessão aos homens de um tratamento diferenciado, não excludente ou discriminatório, por isso, é possível e necessário que haja uma relação desigual para ocorrer a igualdade.

Ainda com base em Sen (2000), na verdade, a igualdade Aristotélica foi um passo necessário e importante, mas não há como se situar apenas em seus estudos e achar que eles são eternos e absolutos. Afinal, seu entendimento de igualdade era pessoal, mas não amplo, uma vez que excluía as mulheres e os escravos deste direito fundamental.

A liberdade está associada ao poder, em função deste ou da autoridade. Assim, a liberdade e a autoridade guardam tensões entre si, quanto mais liberdade, menos autoridade e vice-versa. Por isso, muito poder corresponde a autoridade, já muita liberdade está próximo da anarquia. Liberdade e autoridade são valores que convivem harmonicamente, portanto, são complementares, no entanto, a liberdade é qualificada, regulamentada. Ela nunca é plena, as pessoas são livres dentro de um argumento que

condiciona, pois a liberdade não consiste em fazer o que se quer, na hora em que se quer, uma vez que existem normas.

Dentre algumas das liberdades que estão descritas no art.5º da CF/88, ressaltam-se as seguintes: 1- liberdade de locomoção – qualquer pessoa nacional ou estrangeira pode se locomover no estado nacional, podendo eventualmente ocorrer restrição, sobretudo em tempo de guerra, mas jamais pode ser eliminado tal direito; 2- liberdade religiosa – liberdade de crença e de culto crença, acreditar no Deus que quiser e 3- liberdade de culto – proteção jurídica dos rituais relativos a crença.

Na Constituição brasileira vigente, a liberdade de profissão é uma norma de eficácia contida. A liberdade de reunião existe para fins lícitos e pacíficos, mas precisa de prévio aviso, que não consiste em uma autorização. A liberdade de associação é mais permanente, possui objetivos comuns e duradouros, no entanto, as associações de caráter paramilitar são vedadas, assemelham-se às forças armadas, grupos de extermínios, paramilitares.

Além disso, como o Brasil está entrelaçado no processo de globalização, as relações e instrumentos normativos internacionais possuem grande importância, associadas às preocupações com a proteção do ser humano. Dentre os principais instrumentos, cabe ressaltar as declarações, cartas, os tratados e as convenções que visam a assegurar a dignidade ao ser humano, ou seja, a DUDH de 1948, as Convenções das Nações Unidas e a Convenção Americana, dentre outros.

A Constituição de 1988 trouxe uma grande contribuição, no que diz respeito a uma abertura na matéria relacionada aos direitos internacionais dos direitos humanos em seu art.5º §2º, associado com o §1º e o art.60 §4º, que concede aplicação imediata aos tratados daquela natureza, assim como os considera como cláusulas pétreas⁴⁵. No entanto, muito se precisa fazer para uma adequada concretização do processo de garantias dos direitos humanos aos cidadãos brasileiros.

Há uma tendência nos países com mais maturidade na proteção dos direitos humanos, como a Áustria, de se fazer uma interação entre Cortes Universais, Regionais e Nacionais, com o objetivo de formar uma universalidade amparada não em antagonismos, mas na garantia de uma proteção de direitos coletivos. É uma forma evoluída de discussão jurídica voltada à proteção do ser humano, sem se restringir tão

⁴⁵ São Cláusulas Pétreas apenas os direitos e garantias internacionais individuais.

somente às decisões baseadas nas Cortes Internas, mas sim, fazer um alinhamento entre estas e as regionais, como os julgamentos da CrIDH.

Partindo-se do posicionamento do professor McGrew (2008), esse processo de globalização leva a uma convergência das ações e decisões no âmbito interno de cada país em relação às do cenário internacional, em prol do bem-estar da comunidade, por que não dizer em respeito aos direitos humanos. Nesse sentido, ele ressalta: “[...] upon the welfare communities in distant parts of globe, with the result that domestic politics is internationalized and world politics becomes domesticated”.⁴⁶

Torna-se visível que somos um país inserido no processo da globalização, o que faz com que o tempo se torne mais acelerado, com distâncias mais curtas e a competitividade mais acirrada, numa maior integração em alguns setores, dentre elas: o econômico, o político, o social, o ambiental e o cultural. Vive-se, muitas vezes, como se não existissem fronteiras separando os países entre si, ou mesmo, entre os blocos regionais e internacionais, em busca de uma sintonia para acompanhar as transformações que ocorrerem constantemente, interferindo em suas relações internas e externas.

1.3.1 Globalização e as novas formas de relações constitucionais

O processo de globalização trouxe, como principais características, as seguintes: uma maior interdependência, um ambiente de relações cada vez mais interconectadas e a formação do multilateralismo, que emerge através de um jogo de trocas, de conflitos, de negociações, de ajustamentos mútuos, entendendo os governos como uma forma de compartilhar recursos, reduzir custos de transações e alcançar capacidades necessárias em formas particulares de políticas internacionais.

⁴⁶ Tradução livre: sobre o bem-estar comunitário em partes distantes do globo, resulta que políticas domésticas são internacionalizadas, e políticas mundiais se tornam domesticadas.

A valorização dos direitos fundamentais e a internacionalização dos direitos humanos ocorreram no período após II Guerra Mundial, ditaduras europeias e americanas. A liberdade introduzida entre os povos, com a Revolução Francesa de 1789, é um direito que passou a ser concedido nos Estados democráticos, a partir de então. Por conseguinte, com o avanço das liberdades de mercado e a integração cultural dos povos, graças ao desenvolvimento dos meios de comunicação e informação, é possível estabelecer e concretizar o fenômeno conhecido como globalização ou mundialização.

A globalização vem provocando uma reorganização na ordem internacional, assim como o desenvolvimento de situações relevantes de dimensões transfronteiriças, tais como a promoção e o desenvolvimento da democracia e o deslocamento dos direitos humanos em abstrato para a defesa de direitos concretos dos cidadãos, incluindo os grupos minoritários.

Veja-se esta descrição de globalização:

[...] Antes cabe considerar a globalização como resultado de uma intensificação da sociedade mundial. Esta, que começa a desenvolver-se a partir do século XVI e consolida-se estruturalmente com o surgimento de “um único tempo mundial” na segunda metade do século XIX, em um processo de transformações paulatinas, que se torna finalmente irreversível, alcançar um grau de desenvolvimento tão marcante, no final do século XX, que aquilo já assentado o plano das *estruturas* sociais passou a ser dominante no plano da *semântica*: a sociedade passa a (auto-) observar-se e (auto) descrever-se como mundial ou global. Essa situação relaciona-se com a intensificação crescente das “relações sociais” e das comunicações suprarregionais mundializadas, com reflexos profundos na reprodução do sistema político-jurídicos territorialmente segmentados em forma de Estado (NEVES, 2009, p. 27 a 28).

Com base em Dippel (2005), a constituição escrita, como lei suprema de quase todos os países do mundo, à exceção do Reino Unido, Nova Zelândia e Islândia, é considerada um dos elementos do constitucionalismo moderno. Este constitucionalismo consagra direitos que foram introduzidos com a Declaração de Direitos da Virgínia em 1776, espalhando-se, depois, pela Europa através da França. No entanto, precisa ser repensado, necessitando de uma nova leitura, de novas respostas em uma perspectiva global, pois aqueles fundamentos iniciais que causaram avanços e revoluções democráticas devem ser reformulados, para adequar-se ao mundo, que está mais integrado e complexo.

Com o constitucionalismo, direitos antes proclamados em cartas e declarações internacionais passaram a integrar a Constituição Política de alguns países, como o Brasil. Nesse país, as Constituições de 1824 e de 1891⁴⁷ até a atual Constituição Cidadã, de 1988, asseguraram e reconheceram direitos, principalmente aqueles relacionados às liberdades individuais, colocando-se em uma posição garantista em relação às suas prescrições humanistas.

Uma importante contribuição do direito internacional dos direitos humanos para a Constituição Brasileira atual corresponde à equivalência dos tratados internacionais de direitos humanos a normas constitucionais, com a EC. 45/2004, art.5º §3º, que delimita, para esse fim, a aplicação de um quórum de três quintos dos votos das respectivas casas em dois turnos de votação em cada casa do congresso nacional.

Assim, seria conveniente que o STF buscasse adotar com mais frequência o princípio da norma mais favorável ao indivíduo, sem considerar qualquer hierarquia entre a norma interna e a internacional, para que ocorra um maior cumprimento das obrigações pactuadas pelo Brasil, relacionadas aos direitos internacionais dos direitos humanos, como será abordado nesta dissertação na página 79, parágrafos 3º e 4º.

As novas formas de interpretações constitucionais são construções normativas voltadas à promoção e à proteção dos direitos humanos, em um mundo que exige negociações cada vez mais eficazes, democráticas, pois a população está com maior consciência de seu valor na sociedade, como agente responsável por interconexões nas esferas nacional e internacional, para construir um ambiente mais propício ao reconhecimento dos direitos humanos.

O que se observa é que, no século XXI, esses princípios instituídos pela Declaração de Direitos da Virgínia precisam de um novo olhar, uma forma distinta de interpretar e harmonizar as respectivas ideias com a realidade constitucional de uma sociedade pluralista, heterogênea, complexa e cada vez mais inserida no processo de globalização mundial. A constituição, por exemplo, deve ser complementada através de cláusulas abertas para cumprir as obrigações e acordos internacionais pactuados pelos Estados no sistema regional e internacional de direitos humanos.

⁴⁷ Constituição de 1824 – a Constituição Imperial é uma contradição, uma vez que possui direitos para cidadãos livres e manteve a escravidão. É, portanto, considerada como uma Constituição esdrúxula. A Constituição de 1891 criou a mesma liberdade, mas não desenvolve nada em termos de direitos sociais, que só aparece com a ditadura de 1940.

Surtem novas transformações no cenário constitucional mundial, que tendem a um constitucionalismo mais aberto, transversal. As diversas relações mundiais incrementadas com o processo de globalização são tidas como uma tapeçaria. As políticas nacionais e internacionais tornaram-se muito próximas, pois são consideradas como acordos de regimes internacionais.

As pessoas passaram a se especializar em produções locais, adequando-se aos mercados internacionais, pois os que ficaram muito centrados em seus próprios ambientes foram excluídos do mercado econômico global, não podendo ser de organizações restritas e tradicionais. Sen (2000, p. 21), referindo-se a Adam Smith sobre o desenvolvimento econômico global, diz: “Como observou Adam Smith, a liberdade de troca e transação é ela própria uma parte essencial das liberdades básicas que as pessoas têm razão para valorizar”.

Com o mercado global consolidado, ocorreu uma transformação na produção dos serviços e mercadorias, uma vez que, existindo a qualificação da mão-de-obra para a fabricação do produto que vai ser inserido no comércio internacional, as mercadorias podem ser produzidas em qualquer lugar, com recursos de diversos países ao mesmo tempo e de uma empresa multinacional com várias sedes espalhadas no mundo.

A transnacionalização, portanto, é decorrente do processo de globalização, o que permite que um mesmo produto seja produzido simultaneamente em vários países, ou que a elaboração seja concretizada, a partir da integração das partes, peças e componentes oriundos de países distintos.

A globalização provocou uma aceleração no processo de multinacionalização, pois, em virtude de não criar barreiras para a circulação de bens, capital, mão-de-obra e tecnologia, permite o deslocamento ou transferência desses instrumentos de um lugar para o outro.

A transnacionalização do sistema produtivo requer empresas com estratégias voltadas para o mercado mundial, localizadas em vários países escolhidos estrategicamente. Para esse fim, são levados em conta os seguintes fatores: econômico, social, político, ambiental, espacial e cultural. Dentre tais fatores, cabe ressaltar que, em razão de uma maior interdependência, os problemas ambientais vêm adquirindo crescente visibilidade, e a sociedade e as pessoas têm maior consciência de que seus

papéis são fundamentais como agentes transformadores de comportamentos inadequados para se conseguir um meio ambiente mais equilibrado, que permita o processo de desenvolvimento sustentável.

O desenvolvimento sustentável necessita estar presente com amplitude nas relações comerciais na sociedade globalizada contemporânea, que, por meio de diálogos e relações participativas e planejadas, deve fazer valerem as metas ambientais do Relatório de *Brundtland* (1987), documento elaborado pela Comissão Mundial sobre o meio ambiente e desenvolvimento sustentável e os padrões de produção e consumo, dando ênfase à necessidade de uma nova relação entre o ser humano e o meio ambiente, com uma preocupação de atender às necessidades do presente, sem comprometer a capacidade e potencialidades futuras.

Segundo essas metas de sustentabilidade, a necessidade de um desenvolvimento sem tantos desequilíbrios ecológicos tem demandado técnicas avançadas de reaproveitamento, recuperação, reutilização e reciclagem na produção, para que haja menos desperdício e desgaste. Por isso, em um período de ampliação da abertura comercial internacional, os produtos e serviços produzidos por países, que aplicam a legislação ambiental de uma forma mais apropriada possuem uma força maior na concorrência entre os demais que estão inseridos no setor empresarial global da atualidade.

Entretanto, não bastam tão somente avanços econômicos, normativos, acesso diversificado às tecnologias, às produções e às informações, aumento das riquezas e do PNB, sem que haja uma preocupação com o respeito ao tratamento digno e igualitário do ser humano, quer dizer, olhar o indivíduo como cidadão, e não como mais um integrante do sistema capitalista neoliberal. Enfim, é fundamental comungar com o posicionamento de Sen (2000, p. 29): “[...] O desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhora de vida que levamos e das liberdades que desfrutamos”.

Por isso, a globalização é responsável pelo desemprego industrial, pois levou as pessoas a exercerem outros ofícios mais precários e com reduzidos salários, em razão dos avanços tecnológicos e da necessidade de estas se adequarem a tais conhecimentos. Posteriormente, formaram-se trabalhadores em tempos parciais e empregados que passaram a se submeter a serviços sem a utilização das leis trabalhistas, como os de setores informais.

A globalização deve ser lembrada como um conjunto de interconexões que podem trazer efeitos custosos, ou não, e promover benefícios. Esses custos não são apenas de natureza econômica, mas podem ter uma série de efeitos significativos, incluindo os padrões morais, integridade ambiental, segurança pessoal, entre outros.

Além disso, constata-se uma maior integração e interdependência entre os Estados democráticos, complexos, multiculturais e heterogêneos, em sua grande maioria, em razão do processo de globalização. Assim, a divisão regional dos Sistemas, como o Interamericano, dá-se em razão de procurar agrupar os problemas mais comuns naquele local, para tentar solucioná-lo da maneira mais apropriada possível.

Isso não quer dizer que, com os avanços normativos e uma maior abertura na interpretação constitucional, substitua a competência principal dos Estados e da jurisdição nacional, uma vez que sempre será primária a responsabilidade destes no tocante aos direitos humanos e adicional, suplementar e subsidiária, a do Sistema Interamericano, por exemplo. Portanto, há uma transformação nos Estados por meio de uma política de maior cooperação, integração e abertura para o adequado cumprimento dos direitos internacionais dos direitos humanos.

CAPÍTULO II

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

2.1 CONSTRUÇÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO

Nas palavras de Gorenstein (2002), o sistema Regional Interamericano surgiu no dia 30 de abril de 1948, na cidade de Bogotá, Colômbia, quando foi criada a Carta da Organização dos Estados Americanos, OEA⁴⁸, durante a IX Conferência Internacional Americana. O instrumento jurídico inicial é denominado Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, aprovada naquele momento. Essa declaração é o primeiro documento internacional na região, anterior à DUDH. O Sistema Interamericano de respeito aos direitos humanos, apesar de sua importância, infelizmente, não é muito estudado, conhecido nem utilizado no Brasil.

⁴⁸ Não se pode olvidar que o Brasil, como membro da OEA, desde a sua constituição em 1948, tem obrigação de cumprir a Carta desta organização e de respeitar os direitos humanos previstos na Declaração Americana.

Esse sistema engloba os países das Américas, que fazem parte da OEA (cujo documento inicial foi a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, de 1948) e possui como principal instrumento a Convenção Americana de Direitos Humanos ou o Pacto de San José da Costa Rica (1968), além de alguns protocolos e tratados de direitos humanos, dentre os quais: Convenção Interamericana sobre a Concessão dos direitos políticos à mulher (1948); Convenção Interamericana sobre a Concessão dos direitos civis à mulher (1952); Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura (1985); Protocolo de San Salvador (de 1988, mas em vigor a partir de 1999), atuando na área dos direitos sociais, econômicos e culturais e, até 2012, contando com 14 Estados-partes; Protocolo para Abolição da Pena de Morte (1990); Convenção Interamericana sobre o desaparecimento forçado de pessoas (1994); Convenção Americana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994) e Convenção Interamericana sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação contra pessoas com deficiência (1999), conforme Piovesan (2012).

A Convenção Americana ou Pacto de San José da Costa Rica, após aprovada em uma conferência especializada em direitos humanos, entrou em vigor no dia 18 de julho de 1978. Ela é um importante instrumento jurídico do Sistema Interamericano. Piovesan (*op. cit.*) ressalta que apenas os Estados-membros da OEA podem aderir à Convenção e que esta é considerada um instrumento mínimo de proteção dos direitos humanos no continente americano:

[...] A convenção Americana, como verdadeiro “código interamericano de direitos humanos”, acolhida por 24 Estados, traduz a força de um consenso a respeito do piso protetivo mínimo e não máximo de proteção. Serve a um duplo propósito: a) promover e encorajar avanços no plano interno dos Estados; e b) prevenir recuos e retrocessos no regime de proteção de direitos (PIOVESAN, 2012, p.93).

Não resta dúvida de que existem outros importantes instrumentos que compõem a estrutura básica deste Sistema, dentre os quais: a Declaração de Direitos e Deveres do Homem de 1948 e a Carta da Organização dos Estados Americanos, subscrita no mesmo ano, com suas emendas⁴⁹. Além disso, constata-se que o Sistema

⁴⁹ “Reformada pelo Protocolo de Reforma da Carta da Organização dos Estados Americanos, “Protocolo de Buenos Aires, assinado em 27 de fevereiro de 1967, na Terceira Conferência Interamericana Extraordinária, pelo Protocolo de Reforma da Carta da Organização dos Estados Americanos “Protocolo de Cartagena das Índias”, assinado em dezembro de 1985, no Décimo Quarto período de Sessões da Assembleia Geral, pelo Protocolo de Reforma da Carta da Organização dos Estados Americanos “Protocolo de Washington”, assinado em dezembro de 1992, no Décimo Sexto período Extraordinário de Sessões da Assembleia Geral, e pelo Protocolo de Reforma da Carta da Organização dos Estados

Internacional da ONU, o Regional europeu e o Interamericano se constituíram em momentos muito próximos; por isso, verifica-se mais semelhança do que diferença entre eles.

A DUDH é também de suma importância, pois tem como uma de suas finalidades o reconhecimento e a garantia desses direitos, uma vez que, através do pressuposto da universalidade, dá condições a qualquer pessoa ou Estado, onde quer que esteja, e independentemente da situação concreta, de reclamar alguma violação das regras relativas aos direitos humanos. Além disso, os Estados passaram a ter obrigação de dispor de princípios e regras relativos aos direitos fundamentais.

Por conseguinte, o Sistema Interamericano é constituído por dois subsistemas: o subsistema da OEA, que tem como base a Carta da OEA e a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, e o subsistema da Convenção Americana, que está centrado na Convenção Americana de Direitos Humanos. A principal diferença entre esses subsistemas consiste na atuação da Corte Interamericana, que, geralmente, atua com base na Convenção Americana, e não na Carta da OEA.⁵⁰

Os órgãos de monitoramento do subsistema da Convenção Americana são os seguintes: Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CrIDH). A Comissão foi criada em 1959, por meio de uma resolução da quinta reunião de consultas dos ministros das relações exteriores em Santiago do Chile, com a finalidade de promover o respeito aos direitos humanos na comunidade americana, segundo Martin (2006).

Para Trindade (1993), a Comissão surgiu com o principal fim de dar consultoria aos Estados-membros da OEA em face de problemas urgentes que afetavam a paz e a segurança no continente. Mas o que salta os olhos nas observações desse jurista é que o referido órgão de monitoramento sempre procurou expandir suas competências, não se podendo olvidar que a grande preocupação da CIDH consiste em velar pela proteção dos direitos humanos em relação aos Estados-membros da OEA,

Americanos, “Protocolo de Manágua”, assinado em 10 de junho de 1993, no Décimo Nono período Extraordinário de Sessões da Assembleia Geral”. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organização_dos_Estados_Americanos.htm> Acesso em 10.09.13.

⁵⁰ Este trabalho será centrado no subsistema da Convenção Americana, uma vez que pretende investigar a CrIDH.

independentemente de ratificação da Convenção ou outro documento sobre direitos humanos.

Nas palavras de Gasparoto *et al* (2010), as atividades da CIDH, no seu início, não foram tão abrangentes, uma vez que estavam centradas em uma base constitucional frágil, pois todos os mecanismos de proteção dos direitos humanos foram respaldados na resolução adotada na conferência de sua constituição. As suas funções históricas básicas, mas não exclusivas, constituíram-se na formulação de recomendações aos governos dos Estados-membros, assim como na supervisão dos direitos humanos em Cuba. Entretanto, com o grande número de governos militares ditatoriais na América, este órgão passou a ampliar as suas atribuições.

A CIDH⁵¹ é um órgão autônomo da OEA, cuja principal função consiste em promover a observância e a defesa dos direitos humanos, servindo, também, de órgão consultivo da respectiva organização. Dentre suas competências, convém destacar as seguintes: receber petições apresentadas por qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental reconhecida legalmente em um ou mais Estados componentes da OEA, contendo denúncia ou queixa de violação a quaisquer disposições da convenção por ato destes, assim como examinar comunicações (comunicações interestatais) de lesão a direitos humanos realizados por um Estado-parte em relação a outro, desde que ambos tenham reconhecido a competência de referido órgão de proteção, solicitando aos Estados a adoção de medidas cautelares⁵², por iniciativa própria ou a pedido.

Apenas serão consideradas petições sobre supostas violações de direitos humanos definidas na Convenção Americana sobre direitos humanos, bem como em outros instrumentos aplicáveis, o que amplia a competência *ratione materiae* da comissão para outros instrumentos internacionais, além dos referendados pela OEA.

Além disso, deve haver, ainda, obediência a requisitos de admissibilidade previstos no regulamento da comissão, dentre os quais: 1 - nome, nacionalidade e

⁵¹ A CIDH tem sede na cidade de Washington, Estados Unidos com a seguinte composição: 07 comissionados de diferentes nacionalidades, que devem ser pessoas de condutas ilibadas e ter conhecimentos em direitos humanos. Eles atuam pessoalmente com um mandato de 04 anos, podendo ser reeleitos uma única vez. Durante esse período, estes membros gozarão de privilégios diplomáticos reconhecidos pelo direito internacional. Por fim, há proibição legal de presença de mais de um integrante do mesmo Estado na CIDH.

⁵² Art.15 do Regimento Interno da CIDH.

assinatura do(s) denunciante(s) ou de seu representante legal, no caso de entidade não governamental; 2 - manifestação do peticionário sobre manter sua identidade em reserva frente ao Estado; 3 - endereço para recebimento de correspondência da comissão; 4 - relação do fato denunciado, com especificação do lugar e data das violações; 5 - se possível, nomes de vítimas e autoridades públicas que tenham tomado conhecimento do fato; 6 - indicação do Estado responsável; 7 - esgotamento dos recursos internos; 8 - não incorrência em duplicação de processos.

Ademais, poderão se considerar inadmissíveis petições ou casos que não contenham a necessária exposição dos fatos que caracterizem violação a direitos, forem manifestamente infundados ou improcedentes, segundo se verifique da exposição do próprio peticionário ou do Estado, ou resulte de informação ou prova superveniente apresentada à Comissão.

A análise da admissibilidade das petições é realizada pela Secretaria Executiva da CIDH, segundo procedimento contraditório. Antes do pronunciamento final, as partes poderão ser convidadas para apresentar informações adicionais por escrito ou em audiência. As decisões finais sobre a admissibilidade serão dadas sob a forma de relatórios públicos, oportunidade em que a petição será registrada como caso, ao que seguirá o início do procedimento relativo ao mérito.

Com base em Piovesan (2011), os relatórios finais são encaminhados ao Estado-parte, que possui três meses para dar cumprimento às recomendações realizadas. Dentro deste prazo, se não houver solução, ou o caso não tiver sido encaminhado à CrIDH, a CIDH, por maioria dos votos, emitirá sua opinião e conclusão. Dentro de três meses da emissão do relatório ao Estado denunciado, o caso poderá ser encaminhado e apreciado na CrIDH.

Com sucedâneo nos artigos 52,53 e 54 do Pacto de San José da Costa Rica, a CrIDH⁵³ é composta por 07, dentre nacionais dos Estados-membros da OEA, com boas condutas morais, notáveis e reconhecidos conhecimentos jurídicos na área de direitos humanos, que devem ser eleitos em escrutínio secreto e pela maioria absoluta dos

⁵³ A CrIDH tem sede na cidade de São José, Costa Rica. Seus membros são denominados de Juízes. Este órgão de monitoramento emite sentença definitiva, obrigatória e inapelável. De acordo, com o art.3 do regimento interno da Corte e seguintes, o presidente e o vice são eleitos para um mandato de dois anos, podendo ser reeleitos. Eles trabalham em uma comissão, com quantos juízes eles precisem nomear. As sessões poderão ser ordinárias ou extraordinárias.

Estados-partes na Convenção para um mandato de seis anos, permitido tão somente uma reeleição.

As principais demandas da CrIDH são aquelas enviadas pela CIDH, após esgotar todo o procedimento deste órgão, para que haja o seu devido encaminhamento, e as ajuizadas pelos Estados-partes, após submeter um caso à CrIDH. Os indivíduos e ONGs, por exemplo, não possuem competência para ingressar diretamente com uma denúncia de violação dos direitos humanos na CrIDH, no entanto, as vítimas, seus parentes ou representantes podem apresentar seus argumentos, arrazoados e provas perante este órgão de monitoramento do Sistema Interamericano, segundo Piovesan (2012).

Uma grande lacuna que ainda existe na CrIDH é a não possibilidade de um indivíduo por si só postular perante esta Corte, como acontece há muitos anos na Corte Europeia de Direitos humanos, ou seja, desde a entrada em vigor do Protocolo n.11 de 1º de novembro de 1998. Este fato, para muitos estudiosos, enfraquece o Sistema Interamericano, pois seria muito mais coerente a concessão do *jus postulandi* aos indivíduos, que diretamente poderiam ter mais condições de demandar pelas violações de seus próprios direitos humanos, sem a necessidade de qualquer intermediário, além de ser ponto importante para o desenvolvimento do Sistema Interamericano.

Para Martin (2006), a não legitimação ativa dos indivíduos, quanto ao ingresso – deles mesmos – por meio de uma denúncia, na CrIDH, está associada à constituição dos Sistemas Internacionais de defesa dos direitos humanos, pois, no momento da elaboração dos tratados internacionais daquela natureza, as instituições judiciais internacionais foram criadas e implementadas para os Estados, e não para os indivíduos. Para minimizar esta grande lacuna, existe a possibilidade de os indivíduos ou seus representantes serem nomeados assessores pela CIDH. Com essa função, as pessoas citadas têm a competência para os seguintes atos: examinar e contrainterrogar testemunhas e apresentar, junto aos advogados da comissão, as alegações finais.

De acordo com Piovesan (2012), o grande fim do Sistema Interamericano corresponde a localizar os assuntos relacionados à proteção dos direitos humanos, portanto, o tema mais abordado nos órgãos de monitoramento, antes de tudo, consiste na consolidação da democracia em alguns Estados de cultura autoritária, assim como o

pleno respeito aos direitos humanos, como os relativos aos direitos em sentido amplo: civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais.

Piovesan (2013) dividiu em oito categorias temáticas os assuntos discutidos na CrIDH, dentre eles, os seguintes: 1- detenção arbitrária, tortura e assassinato cometidos durante o período militar, 2 - violação dos direitos dos povos indígenas, 3 - violência rural, 4 - violência policial, 5 - violação dos direitos das crianças e adolescentes, 6 - violência contra a mulher, 7 - discriminação racial e 8 - violência contra defensores de direitos humanos.

Constata-se, no Sistema Interamericano, um elevado número de denúncias de violência policial, o que está em desacordo com os Estados constitucionais democráticos de direito, que é fundamental para a plena realização dos direitos humanos e o funcionamento adequado desse Sistema Regional. Ademais, o regime democrático consiste em condição de procedibilidade dos direitos humanos e vice-versa. Por fim, esses atos de violência não devem ser admitidos, pois a sociedade moderna precisa aprender a conviver de forma harmônica e tolerante com o próximo.

Outro ponto que resta demonstrado é que a maioria dos casos que chega à CIDH envolve as pessoas mais vulneráveis da sociedade, que devem ser tratadas com o mesmo respeito e proteção dos demais cidadãos, afinal, são seres humanos, que não deveriam sofrer qualquer forma de exclusão ou discriminação. Além disso, não é concebido seguir combatendo a violência, fazendo valer a assertiva de que “os fins justificam os meios”, agredindo as pessoas mais simples e indefesas que, muitas vezes, não têm nada a ver com qualquer forma de violação dos direitos humanos.

Com base em Hagen (2006), essas condutas constituem casos ditos como de violência simbólica, que consiste no tratamento diferenciado em razão da cor, poder econômico, etnia, dentre outros, recaindo no velho problema dos excluídos e marginalizados do ambiente social, que são agredidos, ou suspeitos de uma conduta criminosa tão somente pela forma de vestir-se, comportar-se e expressar-se, ou seja, até a atividade policial fica presa aos estereótipos introduzidos pela sociedade.

O Sistema Regional Interamericano é caracterizado por possuir uma interpretação dinâmica e evoluída, uma vez que trata os assuntos relacionados aos direitos indígenas buscando colocá-los em uma situação de igualdade, respeitando as

suas diferenças e características culturais próprias. Sem dúvida alguma, é um importante passo de qualidade para uma maior conscientização dos direitos humanos no continente americano.

Entretanto, como assinala Piovesan (2013), uma das grandes dificuldades da CrIDH consiste no cumprimento de suas decisões pelos Estados-partes da Convenção. Como há uma carência institucional no Sistema Interamericano, aquele órgão realiza *motu proprio* a supervisão da execução, reservando um ou dois dias de cada período de sessões para tal finalidade, nos termos do art.25 da Convenção. Ao contrário, a Corte Europeia possui o comitê de ministros (órgão político), cuja função corresponde à supervisão e à execução do cumprimento das decisões da Corte Europeia, atuando coletivamente em nome do conselho da Europa.

Por isso, o Sistema Interamericano é considerado incipiente e precisa de maior compromisso com as causas relacionadas aos direitos humanos, no entanto, constata-se uma crescente abertura ao direito internacional e uma maior necessidade de compromisso dos Estados em ampliar e complementar o amparo aos direitos fundamentais através da conjugação dos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais de proteção dos direitos humanos. Afinal, os direitos humanos não são protegidos exclusivamente nos Estados, mas também consistem em assunto do direito internacional, o que não fere a soberania, mas confere maior cooperação à efetividade dos direitos humanos, frente às violações mundiais.

2.2 ÓRGÃOS DE MONITORAMENTO DO SISTEMA INTERAMERICANO

Uma das funções da CIDH corresponde à possibilidade de exame das comissões interestatais. Assim, na Convenção, estão descritas as comunicações ou petições interestatais como cláusulas facultativas. Isso quer dizer que:

[...] os Estados-partes podem declarar que reconhecem a competência da Comissão para receber e examinar comunicações em que alegue que outro tenha cometido violação a direito previsto na Convenção (PIOVESAN, 2011, p. 321).

Um detalhe da comunicação interestatal consiste na obrigatoriedade de os Estados requerentes e requeridos terem feito uma declaração expressa, reconhecendo a

competência da Comissão para tal função⁵⁴. Outro fato importante, ainda com base em Piovesan (*op. cit.*), é que a Convenção Americana inverteu o padrão tradicional da Convenção Europeia, pois, nesta, o direito de petição individual é opcional, e o procedimento de comunicação interestatal, obrigatório.

Alguns Estados que reconheceram a Convenção Americana também admitiram a competência da Comissão para receber e examinar as comunicações interestatais, no entanto, esse não é o caso do Brasil. Dessa forma, convém mencionar a petição interestatal de fevereiro de 2006 (Caso Interestatal 01/06 – Nicarágua x Costa Rica) apresentada na CIDH pelo Estado da Nicarágua em face da Costa Rica, dentre outros motivos, por descumprimento, por parte da Costa Rica, do dever de oferecer as devidas garantias de proteção dos direitos humanos às populações migrantes nicaraguenses, sob sua jurisdição.⁵⁵

Com respaldo no que contém o estatuto e o regulamento da Comissão, sem esquecer, claro, a Convenção Americana, a CIDH é um órgão de monitoramento do Sistema Interamericano de grandes poderes de supervisão no tocante às matérias relacionadas aos direitos humanos. Assim, ela possui os seguintes meios para a realização dessa função: possibilidade de emitir informações gerais sobre os países, através da produção de relatórios nos casos de violações maciças dos direitos humanos e a utilização das visitas *in loco*, sendo o órgão que mais recorre a este procedimento, com o objetivo de obter provas concretas para a elaboração de pareceres atinentes aos fatos alegados em casos individuais, ou para analisar casos específicos de violações de direitos humanos, com a aprovação prévia do Estado solicitado para concretizar tal tarefa.

A Comissão é um órgão de ampla supervisão dos direitos humanos em razão dos seguintes fatos:

⁵⁴ Art.45 da Convenção Americana: 1. Todo Estado-parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção, ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece a competência da Comissão para receber e examinar as comunicações em que um Estado-parte alegue haver outro Estado-parte incorrido em violações dos direitos humanos estabelecidos nesta Convenção.

⁵⁵ Tanto o Estado da Costa Rica como o da Nicarágua depositaram suas declarações de reconhecimento da competência da Comissão para receber e examinar comunicações entre Estados. Por isso, a CIDH resolveu tramitar esta comunicação, no dia 13/06/2006, nos termos do art.45 da Convenção. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2007sp/Casointerestatalsp.htm>>. Acesso em: 07.08.13

Por ejemplo, el comité de Derechos Humanos (en adelante “CDH”) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) de la organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU) no tiene la posibilidad de realizar visitas *in loco*. La desaparecida Comisión Europea a Derechos Humanos no tenía la posibilidad de emitir informes generales sobre países; y la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene unicamente funciones judiciales o de adjudicación de casos individuales; no tiene poderes políticos⁵⁶ (PINZÓN, 2006, p. 178).

Mesmo possuindo amplos poderes de supervisão dos direitos humanos nos Estados-membros do Sistema Regional Interamericano, a CIDH não tem a função de revisar sentenças proferidas por tribunais nacionais quando atuam dentro dos limites de suas competências, podendo tão somente examinar supostos erros de fato e de direito, uma vez que esse órgão emite recomendações, e não sentenças.

Portanto, a CIDH, dentre suas funções e atribuições, possui uma de grande valia no procedimento do Sistema Interamericano, que consiste na possibilidade de esse órgão, ao receber uma petição ou comunicação, ser um fio condutor para a solução da controvérsia, através de uma tentativa de acordo ou conciliação, não realizando essa atribuição apenas em situações excepcionais, de acordo com o que estabelece o art.40.1 do Regulamento da Comissão.

Caso não haja a possibilidade de acordo, a CIDH emitirá seu posicionamento, que poderá ser favorável ou desfavorável à demanda. Caso seja desfavorável, não ocorrerá a publicação de imediato, mas o Estado será comunicado para o cumprimento da posição tomada por aquele órgão. Vale lembrar que as informações apresentadas pela CIDH não vinculam os Estados em termos jurídicos, mas é conveniente que haja uma observância e uma tentativa de execução, para que o país se mantenha firme em termos do cumprimento das relações e obrigações internacionais.

Quando os Estados não cumprem as recomendações da CIDH, há a possibilidade de o caso ser encaminhado para duas vias distintas: 1- a CIDH publica, podendo incluir no informe anual da CIDH, ou 2- o caso será enviado à CrIDH. Com respaldo no art.45 do regulamento da Comissão Interamericana, a não submissão à

⁵⁶ Tradução livre – Por exemplo, o Comitê de Direitos Humanos (quer dizer “CDH”) do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (quer dizer “PIDCP”) da organização das Nações Unidas (quer dizer ONU) não têm possibilidade de realizar visitas *in loco*. A extinta Comissão Europeia de Direitos humanos não tinha a possibilidade de emitir informações gerais sobre países (relatórios); e a Corte Europeia de Direitos Humanos e Corte Interamericana têm unicamente funções judiciais ou de adjudicação de casos individuais; não têm poderes políticos.

CrIDH de um caso desfavorável a um Estado somente ocorrerá por decisão fundamentada e pela maioria absoluta dos membros da CIDH.

Sem maiores delongas, é necessário ressaltar a possibilidade de a CIDH, como também não só os Estados-membros da Convenção Americana, como os demais Estados partes da OEA, solicitar opiniões consultivas à CrIDH sobre a interpretação da Convenção Americana e demais instrumentos relacionados aos direitos humanos nos Estados americanos.⁵⁷

A consulta é uma importante função daqueles legitimados para tal, conforme está previsto no art.64 (1) da Convenção, mas, sobretudo para os que ainda não reconheceram a jurisdição da CrIDH. Por isso, comunga-se com estas palavras:

[...] Estados que ainda não reconheceram a jurisdição da Corte, podem aproveitar das decisões em opiniões consultivas para esclarecer o conteúdo e o alcance do direito internacional atual, pois embora não sejam vinculantes para estes, ao declararem o direito internacional, possibilitam maior certeza jurídica no campo internacional (ARAUJO, 2005, p. 231).

Ademais, é oportuno mencionar este ponto de vista sobre os legitimados a consultar na Corte Interamericana, a saber:

[...] The original draft of the Convention provided only that the Inter-American Commission and the General Assembly and Permanent Council of the OAS could consult the Court concerning the interpretation of the American Convention or other treaties, and that the States Parties could consult the Court regarding the compability of their domestic laws those international instruments. The Text of the provision was later expanded to its present form to allow other organs and Member States of the OAS to request advisory opinion in particular circumstances. The Court views its advisory jurisdiction to be as extensive as may be necessary to safeguard the human rights in the Convention, restricted only by the limitations imposed by the Convention⁵⁸ (PASQUALUCCI, 2003, p. 32).

⁵⁷ Art.64 – Convenção Americana - 1. Os Estados-membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção de direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la no que lhe compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta dos Estados Americanos, reformada pelo protocolo de Buenos Aires.

Art.62 – Carta da OEA – Qualquer Estado-membro pode solicitar a convocação de uma Reunião de Consulta. A solicitação deve ser dirigida ao Conselho Permanente da Organização, o qual decidirá, por maioria absoluta de votos, se é oportuna à reunião.

⁵⁸ Tradução livre – O esboço original da Convenção previa apenas a Comissão Interamericana e a Assembleia Geral e o Conselho Permanente da OEA com possibilidades de consultar a Corte em relação à interpretação da Convenção Americana ou outros tratados, e que os Estados partes podiam consultar considerando a compatibilidade de seus direitos domésticos com aqueles instrumentos internacionais. O texto inicial foi posteriormente expandido para a presente forma permitindo outros órgãos e membros da OEA solicitarem opiniões consultivas em circunstâncias particulares. A Corte entende que a opinião consultiva deve ser tão extensa quanto for necessária para proteger os direitos humanos na Convenção, restringindo apenas as limitações impostas pela Convenção.

Para Pasqualucci (2003), as opiniões consultivas têm crescido consideravelmente, pois se pode chegar à solução de uma demanda sem conflito. Nesse sentido, apesar de essas opiniões não criarem obrigações legais, exercem, com frequência, autoridade moral nos Estados, assim como possuem maiores influências que um caso contencioso discutido. No entanto, a própria CrIDH não pode *motu proprio* solicitar uma opinião consultiva.

Um importante detalhe da opinião consultiva, ainda com base em Pasqualucci (*op. cit.*) consiste no fato de que um Estado Membro da OEA pode solicitar este procedimento, mesmo que não seja um membro da Convenção Americana, nos termos do art.64(1) deste instrumento jurídico. Outrossim, com enfoque no art.64(2), aquele mesmo Estado da OEA pode, em uma consulta, verificar se seus direitos domésticos são compatíveis com a Convenção Americana e outros tratados.

Para Araujo (2005), as consultas são de extrema importância, pois, através destas, há um esclarecimento das jurisprudências firmadas no continente americano, para que se evitem interpretações unilaterais nos Estados tendentes a extinguir o sentido da norma existente relacionada à proteção dos direitos humanos. Além disso, outra grande função das consultas consiste em não excluir ou restringir de forma alguma os direitos humanos já sustentados na Comissão Interamericana e suas normas regulamentadoras, portando pedido, como estes não são admitidos.

Resta demonstrado que as opiniões consultivas da CrIDH têm refletido nas jurisprudências do STF, em casos análogos. Assim, a OC nº5, que foi ajuizada pela Costa Rica e trata da interpretação dos artigos 13 a 29 da Convenção Americana, referentes à liberdade de expressão em face da lei costarriquenha, que exigia a afiliação obrigatória de jornalistas ao Conselho Profissional de Jornalista, tem repercussões na decisão do Supremo, que determina não ser exclusivo dos graduados em jornalismo o exercício da profissão de jornalista.

Em síntese, o parecer consultivo da OC nº5 da seguinte maneira:

No parecer, a Corte esclareceu que a garantia à liberdade de pensamento e de expressão, consubstanciada no art.13, não era apenas um direito individual de cada um de expressar-se, mas também incluía o direito da coletividade de receber informações. Desta forma, não só era proibido impedir que alguém se expressasse, como também se deve garantir que a coletividade receba todas as informações possíveis, sem qualquer restrição (ARAUJO, 2005, p. 234).

O STF, como sucedâneo na OC nº5 e no que dispõe o art.13 da Convenção Americana, julgou que não precisa ser diplomado em jornalismo para registrar-se no Ministério do Trabalho como profissional da comunicação e exercer o ofício de jornalista. Nesse sentido, eis parte da ementa do RE 511.961, a saber:

EMENTA: JORNALISMO. EXIGÊNCIA DE DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR, REGISTRADO PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE JORNALISTA. LIBERDADES DE PROFISSÃO, DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. CONSTITUIÇÃO DE 1988 (ART.5º, IX e XIII E ART.220, CAPUT E §1º), NÃO RECEPÇÃO DO ART.4º, INCISO V, DO DECRETO-LEI Nº972, DE 1969. 1. RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. ART.102, III, “A”, DA CONSTITUIÇÃO. REQUISITOS PROCESSUAIS INTRÍSECOS E EXTRÍSECOS. ART.102, III, “A”, DA CONSTITUIÇÃO. REQUISITOS PROCESSUAIS INTRÍSECOS E EXTRÍSECOS DE ADMISSIBILIDADE. [...] 8. **JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. POSIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. A Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisão no dia 13 de novembro de 1985, declarando que a obrigatoriedade do diploma universitário e a inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista viola o art.13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que protege a liberdade de expressão em sentido amplo (caso “la colegiación obligatoria de periodistas” – Opinião Consultiva OC – 5/85, de 13 de novembro de 1985).** Também a Organização dos Estados Americanos – OEA, por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, entende que a exigência de diploma universitário em jornalismo, como condição obrigatória para o exercício dessa profissão, viola o direito à liberdade de expressão (Informa Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 25 de fevereiro de 2009). RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS CONHECIDOS E PROVIDOS.⁵⁹

Outra importante opinião Consultiva é a 16, ajuizada pelo México, que trata da discussão da violação do direito à vida e ao devido processo legal do preso estrangeiro. Assim, sustenta Araujo (*op. cit.*), de forma sucinta, o parecer consultivo n.16, da seguinte maneira:

A decisão da Corte foi no sentido de que o direito do estrangeiro à notificação consular é um direito individual do preso, ao qual corresponde deveres correlatos do Estado em que se encontrava o preso, independente de sua organização interna (ARAUJO, 2005, p. 239).

⁵⁹ RE 511961/SP. Rel. Min. Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 13/11/2009. Publicação 13/11/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000163578&base=baseA cordaos>> Acesso em: 10.11.12.

Ademais, a CIDH, como Aparato do Sistema Interamericano, tem desempenhado um importante trabalho na defesa dos direitos humanos. Através de um diálogo fecundo com o Brasil, esse órgão tem provocado mudanças na legislação e nas políticas públicas de direitos humanos. É um ponto positivo, pois demonstra certa preocupação do nosso país com relação às políticas de proteção do ser humano.

Já a Convenção Americana criou a Corte Interamericana com o fim de conhecer os casos de suposta violação dos direitos humanos, sempre que esgotados os recursos de jurisdição interna e sejam satisfeitos os requisitos de admissibilidade, a saber: o procedimento prévio ante a Comissão e que os Estados tenham reconhecido competência da Corte para isto.

A CrIDH, segundo Piovesan (2011), tão somente julga os casos de Estados-partes da Convenção que reconheceram a jurisdição de forma expressa, nos termos do artigo 62 deste Pacto, ao tratar das competências contenciosas, como já descrito. Essas decisões, tanto na Corte Interamericana como na Europeia, possuem força jurídica vinculante e são obrigatórias, devendo ser cumpridas imediatamente.

A CrIDH, com base em Martin (2006), possui as seguintes competências: 1- a Contenciosa e 2- a Consultiva. Além disso, nos termos do artigo 63 (2) da Convenção Americana, a Corte pode determinar medidas provisórias, nos casos de extrema gravidade e urgência, em que sejam necessárias para que se evitem danos irreparáveis às pessoas. Estas medidas provisórias, em seus pressupostos e efeitos, lembram as medidas cautelares do direito brasileiro.

A CrIDH tem reconhecido de forma ampla a participação do *amicus curie*, inclusive em relação às opiniões consultivas. Avalia-se o seu conteúdo, apesar de os argumentos apresentados não serem necessariamente incorporados à decisão. Assim, o amigo da Corte, mesmo tendo sido introduzido através da cultura anglo-saxônica, é bastante utilizado nos assuntos relacionados à defesa dos direitos humanos, tanto no Sistema Interamericano, quanto internamente nos países que o compõem.

O voto da OC-20/09 ressalta a preocupação da CrIDH, nos últimos anos, com a ampliação do acesso à justiça e a multiplicação dos benefícios da jurisdição. A propósito, há um posicionamento renovado da sociedade civil e seus agentes, as organizações não governamentais, a academia, entidades estatais da OEA, comissão

interamericana, etc. Esses intérpretes são considerados responsáveis por uma atividade de grande importância, pois exercem uma função pedagógica em prol da defesa dos direitos humanos, ao mesmo tempo em que há um aprimoramento na participação da opinião pública e um incentivo à publicidade das decisões.⁶⁰

O debate em torno do Sistema Interamericano consiste na redução da capacidade processual ativa nos casos de demandas que são enviadas diretamente à CrIDH. Argumenta-se que, apesar de essa Corte possuir diversos mecanismos avançados em termos processuais, como o reconhecimento da figura do *amicus curiae*, há grandes entraves ao admitir apenas o acesso à justiça supranacional.

2.3 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

A Corte Interamericana é um órgão judicial do sistema interamericano, cujas decisões possuem como enfoque a proteção dos direitos humanos e/ou fundamentais do ser humano. Os Estados-membros que admitiram a jurisdição desta Corte precisam reconhecer gradativamente suas decisões internamente, principalmente, através de uma participação mais ativa dos operadores do direito, que devem apoiar uma maior integração e abertura, para que haja um adequado cumprimento das obrigações internacionais acordadas em países, como o Brasil, em prol de um fortalecimento deste Sistema Regional.

Para Mazzuoli (2009), há uma tendência a tornar o princípio internacional *pro homine* como princípio geral do direito, que, no direito interno, divide-se em dois: o princípio da dignidade humana e o princípio da prevalência dos direitos humanos, uma vez que, em um caso que diz respeito ao direito internacional dos direitos humanos, deve prevalecer a norma mais favorável à proteção e à dignidade humana. Isso significa que o Brasil está inserido na pós-modernidade jurídica, o que se constata por meio de uma complementação da aplicação dos tratados internacionais e da Constituição Federal, ambos voltados à solução mais favorável ao ser humano, conforme Mazzuoli (2004).

O Controle de Convencionalidade, assim, é considerado um importante mecanismo que se tem exigido dos Estados em seu ambiente interno, firmando-se

⁶⁰ OC-20/09 disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_20_esp1.pdf> Acesso em: 20.10.12

obrigações internacionais decorrentes da Convenção Americana, ao aceitarem a jurisdição da CrIDH, por exemplo. Portanto, precisam conscientizar os juízes da importância da fiscalização de seu cumprimento, da mesma forma que é realizado com o Controle de Constitucionalidade, em face da Constituição.

Lázaro (2010) entende que o direito não é tão somente o nacional, portanto, independente da forma de recepção do direito internacional no ambiente interno, este deve ser considerado um complemento da garantia e proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos. Por isso, em Estados democráticos de direito, o controle de convencionalidade é utilizado como resposta ao princípio da legalidade, com a finalidade de conter o exercício do poder público com base na lei, uma vez que, na contemporaneidade, o princípio da legalidade é marcado pela necessidade da proteção e promoção autêntica da cultura dos direitos humanos.

Constata-se, portanto, que este princípio da legalidade é transversal, no tocante à forma e à substância, uma vez que o texto convencional atende ao padrão nacional e ao internacional, por isso, não se trata apenas de uma licitude formal, nem um parâmetro restrito ao cenário interno de cada Estado. Assim, a CrIDH, por exemplo, não é considerada uma quarta instância⁶¹, no entanto, nos assuntos relacionados ao direito internacional dos direitos humanos, a Corte Suprema⁶², no caso brasileiro, o STF, com jurisdição constitucional, não deve ficar restrita ao conhecimento do direito interno, visto que é conveniente que se faça uma adequação das condutas dos Estados com os compromissos internacionais emanados da Convenção Americana, segundo Lázaro (*op. cit.*).

Hitters (2008) argumenta que o processo, hoje em dia, não é como antigamente, ou melhor, resolvido exclusivamente no cenário jurídico interno de cada

⁶¹ Conforme jurisprudências da CrIDH no caso Nogueira de Carvalho e outro *versus* Brasil – exceções preliminares e sentença de mérito no dia 28/12/06.

⁶² O STF, a partir da CF/88, acumula as seguintes funções: tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado e um forte papel político. O ideal seria uma maior especialização constitucional nos casos discutidos neste Tribunal. Nesse sentido, comunga-se com o entendimento de (VIERA, 2008, p.459): “A transparência na construção da agenda é urgente. Em um segundo momento, seria aberto espaço, seja para as audiências públicas, seja para as sustentações orais, com a presença obrigatória dos Ministros. Posteriormente, teríamos as sessões de discussão e julgamento. Depois de tomada a decisão, aquele que liderou a maioria deveria ser incumbido de redigir o acórdão. Desnecessário que haja 11 votos apostados, muitos deles pouco acrescentando, quando não confundindo os jurisdicionados.” *In*: VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista Direito GV. São Paulo 4[2], p.441 a 464, Jul-Dez 2008.

Estado, pois, a partir da internacionalização dos direitos humanos, há uma maior complementaridade e integração entre o sistema jurídico internacional, leia-se regional, como o Interamericano e o interno do país signatário de instrumentos jurídicos internacionais, levando a resolução de um conflito transcender as fronteiras nacionais, dirigindo seus passos a uma seara transnacional (influência interna das decisões da CIDH e da CrIDH).

Por conseguinte, ainda com base em Lázaro (2010), os Estados-membros da OEA que reconheceram voluntariamente a jurisdição da CrIDH estão submetidos ao cumprimento das decisões desta Corte, sob pena de afronta à Convenção. A partir de então, surgem os órgãos com o objetivo de supervisionar os compromissos internacionais acordados, por meio da ratificação e vigência de um tratado internacional. É neste espírito que se desenvolve o Controle de Convencionalidade, como uma forma internacional de buscar proteger a eficácia e o fim do Pacto de San José da Costa Rica, assim como dar uma interpretação em abstrato, caso haja necessidade, em desacordos, ou litígios particulares.

É a linha deste posicionamento:

En este orden de ideas, un examen de Convencionalidad verifica la adecuación de una conducta del Estado con una prescripción internacional establecida. En el contexto del sistema interamericano, los extremos de esta evaluación son, por un lado, el comportamiento de las autoridades públicas de un Estado parte de la Convención y, por otro, el alcance de la obligación contenida en este instrumento, según su texto e interpretación auténtica (LÁZARO, 2010, p.37).⁶³

Além disso, a CrIDH argumentou pela primeira vez em jurisprudência, ou seja, expressamente, a questão do controle de convencionalidade como atribuição dos juízes nacionais no caso *Almonacid Arellano versus Chile* em 2006. Este país ratificou a Convenção Americana em 1990. Essa decisão dispõe que “o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de ‘controle de convencionalidade’ entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos”.

⁶³ Tradução livre: Nesse sentido, o controle da Convencionalidade verifica a adequação de uma conduta do Estado com uma prescrição internacional estabelecida. No contexto do sistema interamericano, os extremos desta evolução são, por um lado, o comportamento das autoridades públicas de um Estado parte da Convenção e, por outro, o alcance da obrigação contida neste instrumento, segundo o seu texto e interpretação autêntica.

A CrIDH também entende que suas decisões não devem ser descumpridas nos Estados que reconheceram sua jurisdição, em razão do dever de se comprometer com as obrigações internacionais firmadas pelos Estados, de acordo com o artigo 1.1 da Convenção Americana. Assim, em caso de violação de algum dispositivo deste instrumento internacional, a parte prejudicada pode solicitar o devido Controle de Convencionalidade.

No Brasil, a reforma processual de 2004 resultou em algumas alterações legislativas, dentre as quais, o acréscimo do §3º no art.5º da CF/88. A partir de então, os tratados internacionais de direitos humanos, aprovados com *quorum* qualificado (ou seja, dois turnos e 3/5 dos votos em cada casa do Congresso Nacional), possuem o mesmo *status* de uma emenda constitucional, portanto, eles são materialmente e/ou formalmente constitucionais. Essa mutação constitucional, segundo Mazzuoli (2009), reforçou a possibilidade do Controle de Convencionalidade na Corte Suprema com Jurisdição Constitucional no Brasil, à semelhança do que ocorre com o de Constitucionalidade, podendo ser difuso ou concentrado.

Sustenta Mazzuoli (*op. cit.*) que o Controle de Convencionalidade difuso existe no Brasil desde a promulgação da CF/88 e a entrada em vigor dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados. Todavia, o concentrado apenas surge após a promulgação da EC/45 em 2004. Isso corresponde a uma forte tendência de o Brasil abrir-se para um diálogo de normas, ou seja, fazer com que o direito doméstico observe os tratados e a Constituição como complementares e não excludentes e hierárquicos, fazendo prevalecer o princípio *pro homine* e o alcance de um ponto de equilíbrio entre uma norma jurídica e outra.

Observa-se este posicionamento sobre o tema em debate:

O controle de convencionalidade das leis contribuirá para que se implemente no âmbito doméstico os *standards*, os princípios e a jurisprudência internacional em matéria de direitos sociais. Também é essencial assegurar que as sentenças internacionais condenatórias de Estados sejam obrigatórias e diretamente executáveis, otimizando a justiciabilidade dos direitos sociais (PIOVESAN, 2013, p. 174).

Assim, após a II Guerra Mundial na Europa, e posteriormente no resto do mundo, foram celebrados e ratificados tratados internacionais no ambiente doméstico desses países. Por conseguinte, nas palavras de Fachin (2014), as atrocidades e barbáries da Guerra e do totalitarismo precisavam ser banidas através da promoção dos direitos

humanos e da reconstrução da democracia. O direito ao desenvolvimento, defendido por Amartya Sen, é considerado uma ferramenta para o alcance daqueles direitos, assim como a justiça de transição brasileira.

Constata-se que o Brasil tem resistido ao intercâmbio de experiências constitucionais, entre ordens jurídicas, como a CrIDH, em algumas situações relacionadas aos direitos fundamentais e humanos, quando possuem seus interesses em divergência, apesar de possuir, em sua Constituição, cláusulas abertas aos direitos e garantias previstas em Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos que complementam o texto constitucional. Portanto, em um momento de um crescente movimento de internacionalização dos direitos humanos, é preciso um maior respeito a esses direitos no ambiente interno.

Nesse sentido, convém mencionar a crítica de Silvia Filho (2014) sobre a decisão da ADPF nº 153 no STF:

Em outras palavras, a decisão do STF na ADPF 153 ainda não está finalizada e ainda não transitou em julgado. Caso, o STF teime em persistir no erro da sua decisão e nem o executivo nem o legislativo tomem atitudes que superem este entendimento, o Brasil estará claramente violando suas obrigações internacionais, e passará como disse Fabio Konder Comparato, a ser um “fora-da-lei” internacional (SILVA FILHO, 2014, p. 39).

O controle de convencionalidade no Brasil representa um importante avanço no constitucionalismo interno, sendo uma das maneiras de se concretizar o desejado Estado constitucional e humanista de direito, assim como ser uma forma de validade normativa nacional. Ademais, leva ao Estado brasileiro e demais países da América, membros da OEA e signatários do Pacto de San José da Costa Rica, a adequarem a sua produção legislativa às obrigações internacionais ajustadas, caso contrário, eles se tornam sujeitos de responsabilidade internacional.

2.3.1 CASOS - BARRIOS ALTOS Vs. PERU, ALMONACID ARRELANO Vs. CHILE, GOMES LUND Vs. BRASIL, GELMAN Vs. URUGUAI : REPERCUSSÕES

O Caso “Gomes Lund e outros”, referente à chamada “Guerrilha do Araguaia”⁶⁴, foi objeto de demanda no sistema interamericano, quando, em apertada síntese, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL/BRASIL), a Human Watch/Americas (HRWA), agregando como copeticionários, o Grupo Tortura Nunca Mais (GTNM/RJ) e a Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos de São Paulo (CFMDP/SP) ingressaram com uma petição na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que versa sobre o desaparecimento de membros da Guerrilha do Araguaia, entre os anos de 1972 e 1975⁶⁵, durante operações militares do Estado brasileiro⁶⁶, no sul do Pará. Constatou-se que a ausência de investigação do Estado e, conseqüentemente, de informações sobre as circunstâncias dos desaparecimentos e mortes dos guerrilheiros enseja uma série de violações a direitos humanos garantidos na Declaração e Convenção Americanas.

Embora o fato tenha ocorrido em período anterior à ratificação da Convenção Americana pelo Brasil, a Comissão reconheceu a sua competência *ratione tempore*, uma vez que houve violação de artigos da Declaração Americana, cuja adesão brasileira data

⁶⁴ Nessa região, mais especificamente no sul do Pará, houve uma formação de um “exército popular” pelo PCdoB, que foi um partido encarregado de desenvolver uma luta revolucionária no Brasil. Após o AI-5, começou a dirigir-se para lá um grupo de militantes, dentre eles, principalmente, lideranças estudantis, que eram obrigadas a viver na clandestinidade em razão da perseguição policial do regime militar.

⁶⁵ Eis a época da ditadura militar que possuía como plano de governo os seguintes objetivos: conceder uma segurança nacional; ampliar a infraestrutura do país, através da construção de rodovias de integração, ferrovias (norte e sul); povoamento no centro oeste (GO, MT, MS e TO); previsão do Estado do Araguaia desmembrado do Pará, nunca concretizado, etc.

⁶⁶ Esse movimento representou uma oposição do Partido Comunista ao regime militar da época, através da formação de um exército popular de liberação. Cerca de 70 jovens participaram dessa luta entre abril de 1972 e janeiro de 1975. Vários membros da guerrilha sofreram repressão do exército, da marinha, da aeronáutica e das polícias federais e militares; alguns continuam desaparecidos; uns corpos foram encontrados, exumados, investigados e reconhecidos após um incessante movimento de busca de seus familiares.

da assinatura da OEA. Quanto às violações dos artigos da Convenção Americana, a estes se estende a sua jurisdição, por se tratar de violações continuadas.

As jurisdições *ratione loci e ratione personae* foram de pronto verificadas, tendo em vista que a ocorrência dos fatos deu-se nos limites territoriais de um Estado-parte, sendo este apontado como suposto violador dos direitos em controvérsias, assim como se encontram os requerentes ativos, conforme consta o artigo 44⁶⁷ da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Apesar de não terem sido esgotados os recursos internos para solução do caso, a Comissão dispensou este requisito, uma vez que houve injustificada demora no sistema jurisdicional brasileiro. De igual sorte, asseverou não se aplicar à espécie o exigido prazo de seis meses,⁶⁸ pois não houve no caso “uma decisão definitiva” que pudesse ser encaminhada aos requerentes. Também não há hipótese verificada de duplicação de procedimento em trâmite na Comissão.

Por atender às exigências de admissibilidade, uma vez que a Comissão declarou que os fatos alegados, uma vez comprovados, configuram violação aos artigos 1 (1), 4, 8, 12, 13 e 25 da Convenção Americana, portanto, conclui-se ser aquele órgão competente para a análise do caso.

Assim, o caso foi submetido para análise na Corte Interamericana com a seguinte justificativa:

[...] la Comisión decidió someter el caso a la jurisdicción de la Corte, considerando que representaba “una oportunidad importante para consolidar la jurisprudencia interamericana sobre las leyes de amnistía en relación con las desapariciones forzadas y la ejecución extrajudicial, y la resultante obligación de los Estados de hacer conocer la verdad a la sociedad e investigar, procesar y sancionar graves violaciones de derechos humanos.” Asimismo, la Comisión enfatizó el valor histórico del caso y la posibilidad del Tribunal de afirmar la incompatibilidad de la ley de Amnistía y de leyes sobre secreto de documentos con la Convención Americana.^{69 70}

⁶⁷ Art.44 Convenção Americana – Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em ou mais Estados-membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-parte.

⁶⁸ Art.32 do Regulamento da Comissão – A comissão considerará as petições apresentadas dentro de seis meses contados a partir da data em que a presumida vítima haja sido notificada da decisão que esgota os recursos internos.

⁶⁹ Caso Gomes Lund Y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs Brasil. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf>, p.03. Acesso em: 10/08/12.

No que diz respeito à alegação preliminar de ausência de competência, a CrIDH decidiu da seguinte maneira:

[...] la Corte recuerda que el carácter continuo o permanente de la desaparición forzada de personas ha sido reconocido de manera reiterada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos,⁷¹ en el cual el acto de desaparición y sus ejecución incian con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino, y permanece hasta tanto no se conozca el paradero de la persona desaparecida y los hechos no haya sido esclarecidos. Por tanto, la Corte es competente para analizar las alegadas desapariciones forzadas de las presuntas víctimas a partir del reconocimiento de su competencia contenciosa efectuada por Brasil.^{72 73}

Em suas considerações a CrIDH alegou o seguinte sobre o caso Gomes Lund:

La demanda presentada por la Comisión Interamericana no busca revisar la sentencia del Supremo Tribunal Federal, decisión que ni siquiera había sido emitida cuando dicho órgano presentó su demanda ante la Corte Interamericana, sino que pretende que se establezca si el Estado violo determinadas obligaciones Internacionales establecidas en diversos preceptos de la Convención Americana en perjuicio de las presuntas víctimas, incluyendo, *inter alia*, el derecho a no ser sujeto a una desaparición forzada derivado de los artículos 3, 4, 5 y 7 de la Convención Americana, el derecho de la protección judicial y a las garantías judiciales relativos al esclarecimiento de los hechos y la determinación de las responsabilidades individuales por los mismos, derivados de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana.^{74 75}

⁷⁰ Tradução livre: A comissão decidiu submeter o caso a jurisdição da Corte, considerando que representava “uma oportunidade importante para consolidar a jurisprudência interamericana sobre as desapareções forçadas e a execução extrajudicial, e a resultante obrigação dos Estados de fazer conhecer a verdade a sociedade e investigar, processar e sancionar graves violações de direitos humanos”. Assim como, a Comissão enfatizou o valor histórico do caso e a possibilidade do tribunal de afirmar a incompatibilidade da lei de Anistia e das leis sobre segredo de documentos com a Convenção Americana.

⁷¹ Cfr. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo Sentencia de 29 de Julio de 1988. Série C no. 4, párr. 155; Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Série C No. 212, párr.81 y 87, y Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña, supra nota 24, párrs.59 y60.

⁷² **Caso Gomes Lund Y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil.** Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf>, p.10. Acesso em: 10/08/12.

⁷³ Tradução livre – a Corte recorda que o caráter contínuo ou permanente da desapareção forçada de pessoas tem sido reconhecido repetidas vezes pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, no qual o ato de desapareção e suas execuções com a privação da liberdade de pessoa e a subsequente falta de informações sobre seu destino, e permanece até enquanto não se conheça ao paradeiro da pessoa desaparecida e os fatos não tenham sido esclarecidos. Portanto, a Corte é competente para analisar as alegadas desapareções forçadas das presuntivas vítimas a partir do reconhecimento de sua competência contenciosa efetuada pelo Brasil.

A CrIDH decidiu, em suma, portanto, no caso *Guerrilha do Araguaia versus Brasil* em novembro de 2010 que os crimes praticados no período descrito de ditadura militar brasileira devem ser investigados, os acusados, processados e julgados, por se tratar de crimes de lesa-humanidade e o Estado brasileiro possuir a obrigação inalienável e imprescritível de sancionar os agentes agressores e executores de tais crimes.⁷⁶ Acrescenta também, o fato de tais crimes serem considerados permanentes, por isso, não há que se falar em prescrição ou anistia de tais delitos.

Nesse sentido, a Corte Interamericana, no caso *Gomes Lund vs. Brasil*, argumentou o seguinte:

La caracterización pluriofensiva, en cuanto a los derechos afectados, y continuada o permanente de la desaparición forzada, se depende de la jurisprudencia de este Tribunal de manera constante desde su primer caso contencioso hace más de veinte años, incluso, con anterioridad a la definición contenida en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Esta caracterización resulta consistente con otras definiciones contenidas en diferentes instrumentos internacionales que señalan como elementos concurrentes y constitutivos de la desaparición forzada: a) la privación de la libertad; b) la intervención directa de agentes estatales o la aquiescencia de éstos, y C) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o el paradero de la persona interesada. En ocasiones anteriores, este Tribunal ya ha señalado que, además, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las decisiones de diferentes instancias de las Naciones Unidas, al igual que varias Cortes Constitucionales y otros altos tribunales de Estados americanos, coinciden con la caracterización indicada.^{77 78}

⁷⁴ **Caso Gomes Lund Y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil.** Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf>, p.20. Acesso em: 10/08/12

⁷⁵ Tradução livre - A demanda apresentada pela Comissão Interamericana não busca revisar a sentença do Supremo Tribunal Federal, decisão que nem sequer tinha sido emitida quando aquele órgão apresentou a sua demanda ante a Corte Interamericana, senão que pretende que se estabeleça se o Estado violou determinadas obrigações Internacionais estabelecidas em diversos preceitos da Convenção Americana em prejuízo das presuntivas vítimas, incluindo, *inter alia*, o direito a não ser sujeito a uma desapareição forçada derivado dos artigos 3, 4, 5 e 7 da Convenção Americana, o direito a proteção judicial e as garantias judiciais relativas ao esclarecimento dos fatos e a determinação das responsabilidades individuais dos mesmos, derivados dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana.

⁷⁶ **Caso Gomes Lund Y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil.** Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf>, p.115. Acesso em: 10/08/12

⁷⁷ **Caso Gomes Lund Y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil.** Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf>, p.39. Acesso em: 10/08/12.

⁷⁸ Tradução livre: A caracterização pluriofensiva, quanto aos direitos afetados, e continuado ou permanente da desapareição forçada, se depende da jurisprudência deste Tribunal de maneira constante desde seu primeiro caso contencioso até mais de vinte anos, inclusive, com a definição anterior descrita na Convenção Interamericana sobre Desaparición Forçada de Pessoas. Esta caracterização resulta consistente

Os crimes de lesa-humanidade são considerados normas de *jus cogens*⁷⁹, pois eles foram cometidos no Brasil e na América do sul, no período da ditadura, momento em que os órgãos estatais, em nome da soberania do poder executivo, controlavam a sociedade civil, ameaçando-a com repressões e os mais diversos crimes, portanto, os infratores devem ser responsabilizados. Essa época não pode ser esquecida e relegada.

Nas palavras de Millaleo (2014), o direito internacional determina que os crimes de *Ius Cogens*, podem ser punidos por qualquer Estado, que reivindique a jurisdição para julgar as responsabilidades civis e criminais, de casos fora da jurisdição ordinária. Dentre alguns exemplos descritos, citou-se o caso de Pinochet (Chile), em cuja situação, o Tribunal Britânico recebeu um pedido de extradição para que o ex-ditador fosse julgado na Espanha. O caso não chegou ao fim, pois aquele, por questões de saúde, foi liberado por autoridades britânicas e chilenas, vindo a morrer antes da sentença condenatória. Outro caso mencionado foi uma causa argentina que foi decidida por sentença na Audiência Nacional da Espanha e condenou Adolfo Silingo por delito de lesa-humanidade.

Nesse sentido, convém mencionar a decisão do Juiz *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas ao considerar os crimes praticados no período da Guerrilha do Araguaia como de lesa-humanidade, da seguinte maneira:

Los crimines de desaparición forzada, de ejecución sumaria extrajudicial y de tortura perpetrados sistemáticamente por el Estado para reprimir la Guerrilha do Araguaia son ejemplos acabados de crimen de lesa-humanidad. Como tal merecen tratamiento diferencial, esto es, su juicio no puede obstado por el

com outras definições contidas em diferentes instrumentos internacionais que descrevem como elementos concorrentes e constitutivos a desaparecimento forçado: a) a privação da liberdade; b) a intervenção direta de agentes estatais ou da aquiescência destes e c) a negativa em reconhecer a detenção e de revelar a sorte ou o paradeiro da pessoa interessada. Em ocasiões anteriores, este Tribunal já decidiu que, também, a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, as decisões das diferentes instâncias das Nações Unidas, assim como várias Cortes Constitucionais e outros altos tribunais de Estados americanos, coincidem com a caracterização indicada.

⁷⁹ Para a Convenção de Viena, o *jus cogens* é definido da seguinte forma: art.53 [...] uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por uma norma ulterior de Direito Internacional da mesma natureza.

curso del tiempo, como la prescripción, o por dispositivos normativos de amnistía.^{80 81}

A CrIDH declarou também que o Brasil como membro da OEA, signatário da Convenção e, ao aceitar a competência contenciosa deste órgão, não pode olvidar as obrigações internacionais pactuadas, assim como fazer todos os ajustes legislativos necessários, em um prazo razoável, para que ocorra uma adequação do direito interno à Convenção Americana, com sucedâneo no art.2º da Convenção Americana⁸² e no direito internacional consuetudinário.

Dentre as medidas adotadas pelo Estado brasileiro, as mais importantes foram as seguintes: elaboração da Lei 9140/95, que trata da responsabilidade do Estado pelo assassinato dos opositores políticos da época da ditadura militar, ou seja, entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Além disso, a lei descrita acima⁸³ criou a Comissão Especial sobre os mortos e desaparecidos políticos, com a finalidade de reconhecer os desaparecidos não incluídos nela. Por fim, o Estado alegou que, além do pagamento das indenizações, foram realizados diversos atos de natureza simbólica como forma de resgatar a memória e a verdade dos fatos ocorridos no período do regime militar.

A América do Sul, nas décadas de 1960/70, passou por um período de ditadura, que, em alguns países, levou os militares ao poder e as pessoas que se opunham ao regime a repressões, torturas, agressões as mais diversas e mortes. O Brasil, no entanto,

⁸⁰ **Caso Gomes Lund Y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil.** Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf>, p.7. Acesso em: 10/08/12.

⁸¹ Tradução livre: os crimes de desaparecimento forçada, de execução sumária extrajudicial e de tortura perpetrados sistematicamente pelo Estado para reprimir a Guerrilha do Araguaia são exemplos acabados de crimes de lesa humanidade. Como tais merecem tratamento diferenciado, isto é, seu julgamento não pode ser obstado pelo curso do tempo, como a prescrição, o por dispositivos normativos de anistia.

⁸² Art.2º Convenção Americana – Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

⁸³ Conforme sentença Gomes Lund y otros *versus* Brasil, p.44: “A lei nº 9140/95 estabeleceu um procedimento para que os familiares das vítimas pudessem solicitar o reconhecimento e a consequente indenização, por parte da Comissão Especial, de seus familiares desaparecidos ou mortos durante a ditadura militar”.

é considerado o único país deste continente⁸⁴ que não realizou medidas de investigação, julgamento e punição dos responsáveis por estes crimes e outros, que são considerados de lesa-humanidade, em razão da lei de anistia política de 1979.

Anteriormente, nos casos contenciosos, *Barrios Altos versus Peru* (2001) e *Almonacid Arrelano e outros versus Chile* (2006), e demais jurisprudências sobre a lei da autoanistia, a CrIDH chegou à seguinte conclusão:

[...] Las leyes de amnistía con las características descritas (supra párr.116) conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crimines de lesa humanidad, por el que son manifestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana e indudablemente afectan derechos consagrados en ella.^{85 86}

A CrIDH decidiu em 2001 o caso *Barrios Altos vs. Peru*. Este caso trata do assassinato coletivo de quinze (15) pessoas e o ferimento grave em mais quatro (4), por uma organização de extermínio denominada “Grupo Colina”, formada por integrantes da inteligência militar e do exército peruano, no governo de Fujimori. Esse fato ocorreu em uma festa para arrecadação de fundos para a reforma de um prédio em Barrios Altos, no dia 3 de novembro de 1991, tudo isso, de acordo com Resende (2014).

Por conseguinte, o caso do *Barrios Altos vs. Peru* é descrito em sua sentença, da forma, a seguir:

[El presente] caso es fundamentalmente um caso gravísimo y tristísimo de ejecuciones extrajudiciales cometidas por agentes del Gobierno peruano, actuando en forma clandestina e ilegal...Pero es también sobre...la imposición deliberada de mecanismos legislativos y judiciales para impedir el conocimiento de los hechos y para impedir la sanción de los responsables. Es por eso que ...[se trata] no solamente sobre los hechos sangrientos que

⁸⁴ A ditadura militar argentina vigorou entre 1970-1983. Foi um período de muita crueldade. Os opositores ao regime foram vítimas de choques, espancamentos e até escravidão, etc., ficaram detidos na Esma – em espanhol – Escola de Mecânica da Marinha. Houve a promulgação em (1986) da lei ponto final que fazia prescrever as causas dos crimes políticos e a lei Obediência Devida (1987) que estabeleceu diferenças hierárquicas nas forças armadas. A anistia, dos crimes políticos cometidos do período da ditadura militar argentina, foi anulada e os processos retornaram ao julgamento com dificuldades. *In*: TABAKMAN, Roxana. **Escola de Horrores**. Revista Aventuras na História para viajar no tempo. São Paulo, edição 85, p.51, agosto, 2010.

⁸⁵ *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>, p.51. Acesso em: 10/08/12.

⁸⁶ Tradução Livre: “[...] as leis da anistia com as características descritas (supra parágrafo116) conduzem ao desamparo das vítimas e a perpetuação da impunidade dos crimes de lesa humanidade, pelos quais são manifestamente incompatíveis com a letra e o espírito da Convenção Americana e sem dúvida afetam direitos consagrados nela.

ocurrieron em Barrios Altos, sino también sobre la actitud del ex Gobierno del Perú de violentar sus obligaciones internacionales sancionando leyes cuyo único objeto era la impunidad. [...] ⁸⁷ ⁸⁸

Após um longo período para início da investigação criminal do fato descrito acima, assim como, a discussão quanto à utilização da lei da anistia peruana, houve decisão no Tribunal Internacional no sentido de que as leis de autoanistias são incompatíveis com a Convenção Americana e não podem representar obstáculos para investigação dos fatos, assim como, identificação e punição dos responsáveis, para Resende (*op. cit.*).

Para Figueiredo (2014), houve um reforço quanto à incompatibilidade da lei da anistia peruana já decidida em 2001 (Caso Barrios Altos), quando, em novembro de 2006, a CrIDH decidiu o caso do massacre da Universidade de la Cantuta *vs.* Peru. Essa jurisprudência do sistema interamericano foi reafirmada no julgamento do caso Gomes Lund *vs.* Brasil em 2010.

No Chile, segundo Millaleo (2014), os militares, apesar de fora do poder, foram atores de um processo político, com o fim de exercer pressões para buscar impunidade pela criminalidade do Estado no período passado. No entanto, este país do Cone Sul realizou um trabalho de identificação pública dos abusos e criação de políticas institucionais de responsabilidade.

E também, segundo Resende (2014), Almonacid Arellano, o professor primário vinculado ao partido comunista, foi assassinado a tiros por agentes policiais vinculados ao Ministério do Interior do Chile, ou seja, *Carabineros*, tendo sido ainda levado ao hospital, mas, no dia seguinte, falecera. A investigação criminal foi suspensa várias vezes, em razão da influência militar e do julgamento pelo Tribunal Militar, que extinguiu o processo em razão de precedentes da Corte Suprema Chilena a favor da prevalência da lei da anistia. Houve a denúncia à CrIDH, e esta julgou que tratava de

⁸⁷ **Caso Barrios Altos vs. Peru.** Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_87_esp.pdf> , p.13. Acesso em: 10.08.12.

⁸⁸ Tradução Livre: [o presente] caso é fundamentalmente um caso gravíssimo e tristíssimo de execuções extrajudiciais cometidas por agentes do governo peruano, atuando de forma clandestina e ilegal...Mas também sobre...a imposição deliberada de mecanismos legislativos e judiciais para impedir o conhecimento dos fatos e para impedir a sanção dos responsáveis. É por isso que ... [se trata] não apenas sobre os fatos sangrentos que ocorreram em Barrios Altos, como também sobre a atitude do ex-governo do Peru de violentar as obrigações internacionais sancionando leis cujo único objeto era a impunidade. [...].

crime de lesa-humanidade, conforme decisão do Tribunal *ad hoc* para a Iugoslávia no caso Prosecutor vs. Dusko Tadic.

O caso *Almonacid Arrelano vs. Chile* consiste na discussão sobre a aplicação da lei da autoanistia nos delitos praticados no período de ditadura militar chilena, como o homicídio do Senhor *Almonacid Arellano*. A condenação internacional do Chile na decisão descrita acima resultou em aberturas e reaberturas de 120 processos contra ex-integrantes do governo autoritário, conforme Benvenuto *et al* (2011). Ademais, com base em Lázaro (2010), há decisões no sistema interamericano que considera a lei da autoanistia no período da ditadura militar na América latina uma afronta ao que dispõe o pacto de San José.

O Chile, de uma forma evoluída, reconheceu a jurisprudência da CrIDH, considerando os crimes ocorridos na ditadura militar deste país como de lesa-humanidade, por isso, não podem ser concedidas anistias. Assim, é importante citar Binder *in Resende* (*op.cit.*), a saber:

Em dezembro de 2006, a Suprema Corte do Chile referiu-se expressamente à jurisprudência da Corte Interamericana nos casos *Barrios Altos e Almonacid Arellano*, para estatuir que as normas estatais internas não possam ser utilizadas como obstáculos para a persecução penal dos perpetradores de graves Violações aos Direitos Humanos (Binder, 2011, p.1221) (RESENDE, 2014, p. 629).

Com a decisão interamericana contra o Chile no caso *Arellano*, constata-se, de uma forma simples, o controle de convencionalidade como uma adequação legislativa do país signatário da convenção com as obrigações internacionais de proteção dos direitos humanos. Assim, deve existir um cumprimento dos tratados e convenções internacionais ajustados, caso contrário, haverá uma responsabilização internacional do Estado violador.⁸⁹

O Caso *Gelman vs. Uruguai* refere-se, nas palavras de Resende (2014), ao período de trocas de informações e operações repressivas (denominada “operação Condor”), em alguns países sul-americanos, dentre os quais, Brasil, Argentina, Paraguai, Uruguai, Chile e Bolívia. O caso chegou à CrIDH em razão de uma incessante luta por investigações do poeta argentino Juan *Gelman*, sogro de María Claudia Garcia,

⁸⁹ LEITE, Marcos Thadeu Alvarenga. **Controle de Convencionalidade: os direitos humanos como parâmetro de validade das leis**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24711/control-de-convencionalidade-os-direitos-humanos-como-parametro-de-validade-das-leis>> Acesso em: 10.12.13.

cujo filho, Marcelo Gelman, e nora foram sequestrados por agentes estatais da Argentina em 1976. Sendo que aquela foi transferida para o Uruguai e deu à luz uma criança, que foi entregue ilegalmente a um oficial uruguaio, com um bilhete cuja informação tratava da falta de condições da genitora para cuidar da recém-nascida, havendo, em seguida, a prisão e a execução no Uruguai ou Argentina de María García, segundo Milalleo (2014) e Resende (2014).

Eis parte do relatório do Caso *Gelman vs. Uruguai*, a saber:

[...] a la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman desde finales del año 1976, quien fue detenida en Buenos Aires, Argentina, mientras se encontraba en avanzado estado de embarazo. Se presume que posteriormente fue trasladada al Uruguay donde habría dado a luz a su hija, quien fuera entregada a una familia uruguaya, actos que la Comisión señala como cometidos por agentes estatales uruguayos y argentinos en el marco de la “Operación Cóndor”, sin que hasta la fecha se conozcan el paradero de María Claudia García y las circunstancias en que su desaparición tuvo lugar. Además, la Comisión alego la supresión de la identidad y nacionalidad de María Macarena Gelman García Iruretagoyena, hija de María Claudia y Marcelo Gelman y la denegación de justicia, impunidad y, en general, el sufrimiento causado a Juan Gelman, su familia, María Macarena Gelman y los familiares de María Claudia García, como consecuencia de la falta de investigación de los hechos, juzgamiento y sanción de los responsables, em virtud de la Ley No.15.848 o Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado. [...] ^{90 91}

O Uruguai, inicialmente, declarou a lei de anistia ou “*ley de caducidad de la pretension punitiva del Estado*” em decisão da Suprema Corte de Justiça em 1988, como constitucional. Já em 2009, a mesma Corte decidiu que a referida lei era considerada inconstitucional. O que alguns estudiosos falam como Sarlet *in* Resende (2014) é que houve uma mutação constitucional, neste caso, pois houve uma mudança informal da Constituição em razão de alterações na realidade fática.

⁹⁰ **Caso Gelman vs. Uruguai.** Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf> Acesso em: 10.06.13.

⁹¹ Tradução livre: [...] a desapareição forçada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman desde fins do ano 1976, a quem foi detida em Buenos Aires, Argentina, enquanto se encontrava em avançado estado de gravidez. Presume-se que posteriormente foi trasladada ao Uruguai onde havia dado a luz a sua filha, a quem foi entregue a uma família uruguaia, atos que a Comissão assinala como cometidos por agentes estatais uruguaio ou argentinos no marco da “Operação Condor”, sem que ate a presente data se conheças do paradeiro de María Claudia García e as circunstâncias em que seu desaparecimento teve lugar. Além disso, a Comissão alegou a supressão da identidade e nacionalidade de María Macarena Gelman García Iruretagoyena, filha de María Claudia García e Marcelo Gelman e a denegação da justiça, impunidade e em geral, o sofrimento causado a Juan Gelman, sua família, María Macarena Gelman e os familiares de María Claudia García, como consequência da falta de investigação dos fatos, julgamento e sanção dos responsáveis, em virtude da lei nº15.848 ou lei da Caducidade da Pretensão Punitiva do Estado [...].

Segundo, Millaleo (2014), o Uruguai passou por dois plebiscitos, conforme regras constitucionais do país. O primeiro deles ocorreu em abril de 1989, com a ratificação da lei de anistia por 56,67%, portanto, não houve derrogação legal. Vinte anos depois, com uma gestão de esquerda à frente do governo, promoveu um segundo plebiscito, cujo resultado se deu em outubro de 2009, com 47,98% votos pela anulação da Lei da Anistia, não alcançando a maioria exigida. Em 1º de novembro de 2010, sob influência dos dois referendos descritos, a Suprema Corte Uruguai declarou por unanimidade a inconstitucionalidade da Lei de *Caducidad*.

Já a CrIDH (Caso uruguaio), seguindo orientações anteriores, como as jurisprudências dos casos *Barrios Altos* e *Almonacid Arellano*, decidiu por uma incompatibilidade da Lei de Anistia do Uruguai com o Pacto de San José, assim como o fato de a autoridade que emitiu aquela lei estar centrada em assegurar a impunidade aos perpetradores, segundo Resende (2014).

Para Millaleo (2014), a sentença da CrIDH do Uruguai em 24 de fevereiro de 2011, decidiu que a Lei de *Caducidad* é incompatível com a Convenção Americana e Convenção Interamericana sobre desapareição forçada, portanto, não pode servir de obstáculo para a investigação dos fatos materiais, da identificação e sanção dos responsáveis pelas graves violações dos direitos humanos.

2.4 NATUREZA JURÍDICA DAS NORMAS RELACIONADOS AOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

Segundo Piovesan (2013), não é demais recordar que os tratados internacionais são considerados obrigações assumidas espontaneamente pelos Estados, portanto, após a sua constituição, precisa haver o seu adequado cumprimento, em razão do seu caráter obrigatório e vinculante. Em termos mais específicos, aqueles acordos internacionais podem ser considerados como convenções, pactos, cartas, etc.

Ainda com base em Piovesan (*op. cit.*), existe um processo de formação dos tratados internacionais na Constituição Brasileira de 1988, cuja competência privativa é do Presidente da República, art.84, VIII, mas precisa do referendo do Congresso Nacional. É um processo complexo constituído pela celebração do Chefe do Executivo nacional e aprovação mediante decreto legislativo do Congresso Nacional.

O procedimento para a incorporação de um tratado de direito internacional no ordenamento jurídico brasileiro é desenvolvido da seguinte maneira: inicialmente, o tratado necessita da assinatura de um dos representantes legislativos⁹²; em seguida, é levado ao Presidente da República, que encaminha ao Congresso Nacional um requerimento de aprovação, então, é submetido para aprovação ou reprovação no Senado. Se esta casa legislativa o aprovar, segue para aprovação ou reprovação na Câmara Federal. Caso seja aprovado, compete ao Presidente do Senado elaborar um decreto legislativo para o Presidente da República, que, discricionariamente, pode ratificar⁹³ o tratado. Quando este confirma, o tratado é conduzido para publicação no Diário Oficial da União. A partir de então, já existe, possui vigência, validade e obrigatoriedade no direito estatal, ou seja, está apto a produzir os efeitos jurídicos.

Para Piovesan (*op. cit.*):

[...] Há, portanto, dois atos complementares distintos: a aprovação do tratado pelo Congresso Nacional, por meio de um decreto legislativo, e a ratificação pelo Presidente da República, seguida da troca ou depósito do instrumento de ratificação. Assim, celebrado por representante do Poder Executivo, aprovado pelo Congresso Nacional e, por fim, ratificado pelo Presidente da República, passa o tratado a produzir o efeito jurídico (PIOVESAN, 2013, p. 138).

Por outro lado, ainda com base em Piovesan (*op. cit.*), os tratados internacionais de direitos humanos, por serem considerados normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, não necessitam do processo de formação legislativo, como os tratados internacionais tradicionais, nem do decreto de execução. Aqueles tratados internacionais de direitos humanos são automaticamente incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, enquanto estes tradicionais necessitam se submeter ao processo não automático.

⁹² Os representantes legislativos deste procedimento no Brasil são os seguintes: 1- Chefe de Estado – no nosso país é um dos atributos do Presidente da República (privativamente – art.84, VIII da CF/88); 2- Pleni Potenciário – pessoa escolhida pelo Chefe do Estado e do governo (Brasil Presidente da República) com a confirmação do Ministro das Relações Exteriores – geralmente corresponde a um diplomata – que possui seus poderes plenos, mas restrito ao que dispõe a carta, que aquele recebe; 3- delegação nacional – a forma de escolha é igual à do pleni potenciário, corresponde a um grupo em missão especial para negociar e assinar um tratado internacional, que tem seus poderes submetidos ao que dispõe a carta e 4- Ministros das Relações Exteriores – ele prescinde da carta de pleno poderes.

⁹³ O Presidente poderá deixar de ratificar um tratado internacional se houver perda de interesse, quando não cuida de interesse ao Brasil, ou, outra norma de direito internacional mais benéfica for aprovada anteriormente. O decreto legislativo apenas autoriza a ratificar, não o obriga.

Sustenta-se, todavia, que o Brasil, à semelhança do ordenamento jurídico italiano, é um Estado democrático, pluralista e de grande heterogeneidade cultural. Através da Constituição de 1988, houve uma maior valorização aos tratados de direitos humanos na jurisdição constitucional interna. Isso representa uma mudança na forma de enxergar e interpretar o direito, pois, como diz o jurista italiano Zagrebelsky (2003), têm-se adotado as soluções dúcteis, mas flexíveis e abertas, próprias de constituições que são pluralistas, pois o direito deve ser tratado com prudência, razoabilidade.

Nesse sentido, por exemplo, em nosso país, há uma proteção das cláusulas pétreas que se referem aos direitos e garantias fundamentais individuais com o objetivo de evitar o retrocesso do período de arbitramento, de Estado despótico, que foi o período da ditadura militar, tornando-o, portanto, imodificável e irrenunciável. Assim, ganhou maior importância o combate à violação das cláusulas pétreas através das ações de declaração de inconstitucionalidade. Dentre elas, convém ressaltar algumas, *verbi gratia*: “controvérsia em torno do controle externo da magistratura e do Ministério Público e a federalização da competência para o julgamento dos casos de grave violação dos direitos humanos” (SARLET, 2010, p. 74).

Constata-se que as constituições modernas, como a brasileira vigente, por exemplo, possuem uma perspectiva de maior proteção aos direitos fundamentais e na incorporação do *jus* naturalismo positivismo e dos princípios constitucionais como complementares e subsidiários. Por conseguinte, os princípios, em uma constituição pluralista, não têm uma distinção hierárquica, para evitar o domínio de um sobre o outro, pois estes têm como um dos principais fins ampliar direitos em casos de lacunas e antinomias do direito positivo, não podendo, portanto, servir como inimigo do pluralismo jurídico, ético e cultural do Estado democrático de direito.

É oportuno citar o seguinte posicionamento sobre as jurisdições constitucionais modernas:

[...] En los Estados constitucionales modernos, los principios morales del derecho natural se han incorporado al derecho positivo. Las modalidades argumentativas del derecho constitucional se “abren” así a los discursos metajurídicos, tanto más si se toman en consideración los principios de la Constitución.⁹⁴ (ZAGREBELSKY, 2003, p.116)

⁹⁴ Tradução nossa – nos Estados constitucionais modernos, os princípios morais do direito natural têm se incorporado ao direito positivo. As modalidades argumentativas do direito constitucional se “abrem” assim aos discursos metajurídicos, tanto mais se tomam em consideração os princípios da Constituição.

Observa-se, assim, que o nosso país passou por um processo de progressivo crescimento quanto ao reconhecimento dos tratados internacionais no cenário jurídico interno. Além disso, desde a promulgação da Constituição cidadã, inúmeras interpretações surgiram, atribuindo um tratamento diferenciado aos tratados relacionados aos direitos internacionais dos direitos humanos, em razão do §2º e 3º do art.5º da CF/88.

Ab initio, o STF sustentava⁹⁵ que os tratados internacionais incorporados no ordenamento jurídico brasileiro gozavam de *status* equivalentes ao de uma lei ordinária. O grande inconveniente desta posição hierárquica consiste no fato de as leis ordinárias serem passíveis de perda de eficácia, quando surgem leis posteriores tratando do mesmo assunto de forma idêntica ou contrária. Sendo assim, o Brasil não ficava obrigado a cumprir o tratado internacional anterior, pois não possuía nenhuma validade interna.

Todavia, em 2008⁹⁶, o pleno do STF, em uma maioria apertada (dos 9 ministros presentes – a votação encerrou em 5x4), consagrou caráter supralegal e infraconstitucional aos tratados de direitos humanos internacionais ratificados antes da EC nº45/04. Definiu-se, a partir de então, que os direitos fundamentais não estão apenas no artigo 5º da CF/88, mas em outros dispositivos do próprio texto constitucional, de normas infraconstitucionais e de tratados de que a República Federativa do Brasil faça parte. Com isso, esses tratados internacionais de direitos humanos incorporados no direito brasileiro, como direitos fundamentais, são cláusulas pétreas, correspondem aos do artigo 5º § 2º⁹⁷ da CF/88 e também possuem o mesmo quórum de uma lei ordinária.

Para Piovesan (2013), esses tratados de direitos humanos do artigo 5º § 2º, através de uma interpretação sistemática e teleológica, como possuem um caráter especial, são considerados normas constitucionais de aplicabilidade imediata. A jurista justificou seu posicionamento em razão do *jus cogens*, ou seja, esses tratados de direitos

⁹⁵ Posicionamento firmado em 1977, quando o STF julgou o RE 80.004/SE.

⁹⁶ Posicionamento firmado em 2008, quando o pleno do STF julgou o RE 466.343.

⁹⁷ § 2º do artigo 5º da CF/88 - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

humanos constituem um direito cogente e inderrogável. Caso os tratados firmados pelo Brasil sejam tão somente internacionais, são considerados supralegais e de hierarquia infraconstitucional, em razão do princípio da boa-fé e do que diz o artigo 27 da Convenção de Viena.

Nesse sentido, é de grande valia este posicionamento sobre uma das correntes acerca da natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos, a saber:

Em caráter alternativo – mas substancialmente diverso da tese da recepção –, há quem defenda que os tratados internacionais (que já são materialmente constitucionais e, portanto, conforme ainda será objeto de maior desenvolvimento, **já possuem hierarquia constitucional** por força do próprio art.5º,§2º, da CF!) também poderão ser formalmente constitucionais, caso forem aprovados, a qualquer momento, pelo procedimento reforçado instituído pelo art.5º, §3º (SARLET, 2010, p. 78).

Partindo-se do posicionamento de Piovesan (2013), constata-se que os tratados de direitos humanos, mesmo ratificados antes da EC/45, que excederam o *quorum* necessário para tornar-se uma Emenda Constitucional, seriam recepcionados como normas materialmente constitucionais. O *quorum* qualificado tão somente reforça a natureza constitucional, fundamentada em razão de o tratado ser considerado internacional de direitos humanos.

Neste sentido:

[...] Com efeito, nunca é demais lembrar que a tese da paridade entre a Constituição e os tratados de direitos humanos é anterior à EC45 e encontra sustentação já no teor do §2º do mesmo artigo, que, na sua condição de norma inclusiva, consagrando a abertura material do catálogo constitucional de direitos fundamentais, já vinha- e a doutrina já colacionada em prol da hierarquia constitucional assim já o sustenta há tempos – sendo interpretado como recepcionando os direitos humanos oriundos de textos internacionais na condição de materialmente constitucionais (SARLET, 2010, p.90).

Já quanto aos ratificados posteriormente, a emenda descrita assumiria o valor equivalente às emendas constitucionais, se aprovadas pelo quórum previsto no § 3º do artigo 5º⁹⁸ da CF/88, maioria qualificada.⁹⁹ Após a EC nº 45, esses tratados

⁹⁸ § 3º do art.5º da CF/88 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo)

⁹⁹ Até hoje, no Brasil, apenas um tratado foi aprovado com o *quorum* do art.5º § 3º da CF/88, ou seja, tratado internacional equivalente a uma Emenda Constitucional – Convenção Internacional dos portadores

internacionais passaram a ser considerados materialmente e formalmente constitucionais. É válido ressaltar que os dois dispositivos da Constituição Brasileira de 1988 referentes às formas de classificação dos tratados internacionais de direitos humanos convivem harmoniosamente.

2.4.1 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL DE 1988 E CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: ANTINOMIAS E LACUNAS

O STF tem realizado novas interpretações em matérias relacionadas aos direitos internacionais dos direitos humanos com sucedâneo na Convenção Americana, as quais representam imensos ganhos e avanços. Duas delas têm sido objeto de importantes debates nacionais: 1- a invalidade do diploma superior de jornalista - para tanto, invocou-se uma decisão da Corte Interamericana de 1995, que entendeu ser uma agressão à liberdade de imprensa que se exija diploma de jornalistas e 2- O CNJ – o princípio da inamovibilidade do juiz se aplica tanto ao titular, quanto ao substituto, com base no Pacto de San José da Costa Rica.

O ponto de partida corresponde ao ativismo judicial em prol do reconhecimento e defesa dos direitos humanos, que está sendo ampliado em todos os lugares do mundo, no entanto, não têm a mesma intensidade e os mesmos condicionantes de atuação. As pressões para as demandas chegarem às Cortes Constitucionais têm sido de formas diferentes. Assim, depende do Estado e da cultura local. Há assuntos que são discutidos em Tribunais Regionais, Internacionais e na Corte Suprema do país.

Ultimamente, tem-se realçado a importância da consideração e natureza dos organismos internacionais e regionais e o compromisso dos Estados perante os documentos internacionais e as Cortes Constitucionais. Procura-se uma proteção universal do ser humano em sua integralidade, como se fosse um sistema aberto, em razão do mundo globalizado, assim como pelo fato de sempre existir um *feedback* em uma sociedade mundial pluralista e multicultural.

de Deficiência – Protocolo Facultativo de 2007. O melhor é mencionar pessoas com deficiência, em razão de tais indivíduos não “portarem”, mas possuírem uma deficiência, como uma condição própria, por isso é a forma mais adequada para defini-los.

Como já ressaltado, as decisões nacionais não são dependentes e não há uma hierarquização em relação às aquelas dos Sistemas Regionais e Internacionais, por exemplo. Por isso, é possível a utilização do uso de jurisprudências entre tribunais de mesmo nível ou níveis diferentes, pois os Estados inseridos em um sistema de jurisdição regional ou internacional devem cumprir as obrigações internacionais voluntariamente convencionadas de boa-fé (*Pacta sunt servanda*), com enfoque no princípio de responsabilidade internacional dos Estados.

Há Cortes Constitucionais como as da Europa, em especial, Áustria, que possuem um diálogo perfeito. Neste país, a Convenção Europeia tem um valor de norma constitucional. Nesse sentido, há uma adequada aplicação do controle de convencionalidade. No entanto, esse fato não se repete de forma unânime nem entre os países que compõem a Corte Europeia, nem entre os que fazem parte da Corte Interamericana.

O STF é objeto de análise, uma vez que, de acordo com o artigo 105, III, da CF/88, este tribunal é competente para dirimir conflito com regra constitucional, assim, exclui-se a competência do STJ que está centrado em decisões que contrariem tratados. Por outro lado, não se observa uma constante internalização com relação às jurisprudências da Corte Interamericana, já que até agora ocorreram poucas referências na relação entre STF e CrIDH, a exemplos: ADPF 132 e ADPF 153. Apesar disso, existem alguns acórdãos que se baseiam na Convenção Americana nos seguintes casos: prisão do depositário infiel¹⁰⁰, duração razoável do processo¹⁰¹ e a presunção de inocência.

Assim, é oportuno enfatizar parte da ementa da ADPF nº132, a saber:

[...] Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. A proibição do preconceito como capítulo do constitucionalismo fraternal. Homenagem ao pluralismo como valor sociopolítico cultural. **Liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia de vontade. Direito à intimidade e a à vida privada. Cláusula pétrea.** [...] (grifo nosso) (ADPF nº132, relator ministro Ayres Brito. Tribunal Pleno. Julgada em: 05/05/2011, publicada em: 14/10/11 – Os

¹⁰⁰ Exemplos de acórdãos do STF relacionados ao depositário infiel: RE466343/SP; RE404276 Agr/MG; HC 96772/SP, etc.

¹⁰¹ HC116241 Agr/RS.

ministros do STF conheceram a ADPF nº132/RJ como ação direta de inconstitucionalidade, e julgaram em conjunto com a ADI 4277, por unanimidade. Prejudicado o primeiro pedido por votação unânime. Rejeitadas todas as preliminares por unanimidade. Os ministros do STF por unanimidade acordaram em julgar procedentes as ações, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva).

Na ADPF nº 132 um dos ministros do STF faz referência ao caso *Loayza Tamayo versus Peru* da CrIDH. Nessa esteira, parte do voto do ministro Marco Aurélio:

Incumbe a cada indivíduo formular as escolhas de vida que levarão desenvolvimento pleno da personalidade. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos há muito reconhece a proteção jurídica conferida ao projeto de vida (v. *Loayza Tamayo versus Peru*, Cantoral Benavides versus Peru), que indubitavelmente faz parte do conteúdo existencial da dignidade humana.** Sobre esse ponto, consignou Antônio Augusto Trindade no caso *Gutiérrez Soler versus Colômbia*, julgado em 12 de setembro de 2005: Todos vivemos no tempo, que termina por nos consumir. Precisamente por vivermos no tempo, cada um busca divisar seu projeto de vida. O vocábulo “projeto” encerra em si toda uma dimensão temporal. O projeto de vida tem, assim, um valor essencialmente existencial, atendo-se à ideia de realização pessoal integral. É dizer, no marco da transitoriedade da vida, **a cada um cabe proceder às opções que lhe pareçam acertadas, no exercício da plena liberdade pessoal, para alcançar a realização de seus ideais. A busca da realização do projeto de vida desvenda, pois, um alto valor existencial, capaz de dar sentido à vida de cada um.**¹⁰²

Por isso, constata-se duas correntes na seara jurídica brasileira: a indiferença quanto à decisão da CrIDH ou o seu aproveitamento como forma de evolução e melhor reconhecimento dos direitos humanos. Observa-se que, apesar de, em alguns momentos, o Brasil tratar com certa indiferença as recomendações e decisões que lhe são impostas pela CIDH e pela CrIDH, ele deve procurar aplicá-las e cumpri-las.

O que se observa é uma necessidade de uma maior cautela com as obrigações e compromissos internacionais ajustados pelos países membros de um sistema jurídico regional. Por conseguinte, o Estado tem o dever de investigar, processar e punir os responsáveis por abusos de direitos humanos, assim como cumprir os princípios que fundamentam os tratados internacionais, a saber: *pacta sunt servanda* e boa-fé objetiva.

Segundo Figueiredo (2014), como o Brasil ratificou a Convenção Americana e

¹⁰² (Grifo nosso): (ADPF nº132, relator ministro Ayres Brito. Voto do Ministro Marco Aurélio p.211. Tribunal Pleno. Julgada em: 05/05/2011, publicada em: 14/10/11).

reconheceu a jurisdição da CrIDH, possui a obrigatoriedade de cumprir integralmente a sentença do caso *Gomes Lund vs. Brasil*, mesmo que precise ir de encontro à jurisprudência nacional, como a do STF. Esse fato em razão de a jurisdição da CrIDH ser órgão competente para dar a última palavra em relação ao controle de convencionalidade, em relação aos países americanos que ratificaram os tratados internacionais.

Em 2009, o STF publicou a súmula 25, que proíbe a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito, acabando de uma vez por todas com o conflito entre a aplicação da Constituição Federal do Brasil ou a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica – no tocante à prisão civil do depositário infiel. É um caso prático da utilização do princípio internacional *pro homine*, uma vez que a Constituição Brasileira estabelece dois casos de prisão civil: 1- devedor inescusável de alimentos e 2- depositário infiel, e a Convenção permite àquele tipo de prisão apenas os casos de devedor inescusável de alimentos. Portanto, diante do conflito, prevalece a norma mais benéfica ao ser humano, o que foi ratificada com a entrada em vigor da Súmula 25 do STF.

O Brasil, portanto, não apenas aderiu à Convenção Americana, como já descrito neste trabalho, mas também ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e políticos em 1992, sem qualquer reserva. Por conseguinte, torna-se oportuno ressaltar o decreto nº4463/02, que promulgou o reconhecimento da competência obrigatória do Brasil na Corte, a saber:

Art.1º. É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte interamericana de Direitos Humanos e todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art.62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.¹⁰³

Dessa forma, há uma tendência, apesar de incipiente, no continente americano, à comunicação do direito em assuntos relacionados aos direitos humanos, ou seja, diálogos judiciais transnacionais. Por isso, é importante mencionar alguns países latinos americanos que reconheceram os tratados internacionais de direitos humanos como

¹⁰³ Decreto 4.463/2002.

status constitucionais, a saber: a Constituição do Peru de 1979; artigo 75 n°22 da Constituição da Argentina de 1994¹⁰⁴; o artigo 23 da Constituição da República Bolivariana da Venezuela de 1999; artigo 46 da Constituição da Nicarágua de 1986 e jurisprudências da Sala IV da Corte Constitucional da Costa Rica, que concedem aos tratados de direitos humanos valor constitucional, podendo, inclusive, resultar em supraconstitucionalidade à medida que outorgue maiores direitos e garantias às pessoas, apesar de a Constituição classificar como norma suprallegal.

Procura-se constatar se existe, por parte do Brasil e demais países que reconheceram a jurisdição da CrIDH, a utilização da jurisprudência regional como forma de intercâmbio de experiências. Salienta-se que a Constituição Federal do Brasil possui cláusulas abertas aos direitos e garantias previstos em tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, que complementam o texto constitucional, assim como a da Colômbia, dentre outros. Busca-se constatar como os Tribunais internos dos países membros daquela Corte, que possuem jurisdição constitucional, vêm acolhendo as decisões e jurisprudências do Sistema Interamericano.

É conveniente acrescentar as palavras de Ventura *et al* (2013):

Complementava-se assim, o compromisso brasileiro com os “3 Cs” daquele sistema regional. Trata-se de uma **Convenção** elaborada em 1969, que arrola as obrigações precisas em matéria de direitos humanos, voluntariamente aceitas pelos Estados, dotada de duas guardiãs:- uma **Comissão** sediada em Washington (Estados Unidos), que funciona em parte como órgão *político*¹⁰⁵ e em parte como órgão *quase-judicial*¹⁰⁶, encarregado do controle do comportamento dos Estados, aos quais pode endereçar recomendações; - e uma **Corte** sediada em (San José da Costa Rica), como órgão *judicial*, a quem a Comissão encaminha casos persistentes de violação da Convenção pelos Estados. A Corte também responde a consultas dos Estados sobre a interpretação do direito interamericano¹⁰⁷ (Ventura *et al*, 2013, p.10).

¹⁰⁴ A Constituição da Argentina, após a reforma de 1994, passou a dispor no art.75, inciso 22, que, enquanto os tratados em geral têm hierarquia infraconstitucional, mas suprallegal, os tratados de proteção dos direitos humanos têm hierarquia constitucional.

¹⁰⁵ Por exemplo, a realização de visita *in loco* ou a elaboração de relatórios sobre a situação dos direitos humanos nos Estados-membros.

¹⁰⁶ Pois a Comissão exerce o juízo de admissibilidade de denúncias relativas a violações de direitos humanos e, se for o caso, conduz um procedimento que pode chegar, por exemplo, a uma solução amigável ou ao encaminhamento do caso ao órgão jurisdicional.

¹⁰⁷ Antônio Augusto Trindade identifica cinco fases na evolução do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Os antecedentes do sistema foram marcados pela mescla de instrumentos de conteúdo e efeitos jurídicos variáveis (convenções e resoluções orientadas a determinadas situações ou categorias de direitos). A segunda fase, de formação, caracterizou-se pelo papel solitariamente primordial da Comissão Interamericana e pela extensão gradual de suas faculdades. A terceira, de institucionalização convencional, evoluiu a partir da entrada em vigo (em meados de 1978) da Convenção. A quarta etapa, que se desenvolveu a partir dos anos 1980, corresponde à consolidação do sistema, graças à jurisprudência

Buscam-se formas para melhor solucionar os problemas relacionados aos direitos humanos, através, inclusive, de um maior controle interno da obediência à Convenção, por meio da convencionalidade, assim como, a tentativa de um fortalecimento da Corte com jurisdição constitucional no ambiente interno (STF), para se adequar a um intercâmbio e maior discussão constitucional no continente.

CAPÍTULO III – AMPLIAÇÃO DAS DISCUSSÕES RELACIONADAS AOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL ATRAVÉS DO SISTEMA INTERAMERICANO

3.1 DIÁLOGO INTERCULTURAL: TOLERÂNCIA A CADA POVO

O Brasil foi muito influenciado pela Europa ocidental, principalmente e não exclusivamente, pelos países ibéricos (Portugal e Espanha), o que interferiu tanto no comportamento do povo brasileiro, quanto no processo legislativo de nosso país. Assim, mesmo em busca de evoluções na estrutura e condutas sociais, nossa sociedade ainda possui uma forte herança europeia, ou, como diz Villas Boas Filhos (2009), um “ethos ibérico”, cujas principais características ainda perduram em nossa sociedade, considerada de uma modernidade específica, dentre as quais: 1– patriarcalismo, 2– mandonismos e 3 – burocracia, dentre outras, tais como individualismo, personalismo, espírito avesso ao trabalho e à ética da aventura.

O mandonismo é caracterizado pela célebre frase, “Você sabe com quem está falando?”, afirmando a estrutura hierárquica¹⁰⁸ da sociedade brasileira, um rito

da Corte e a adoção dos dois Protocolos Adicionais à Convenção Americana, respectivamente sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988) e sobre a Abolição da Pena de Morte (1990). A eles somam-se as Convenções interamericanas setoriais, como a Convenção Americana para Prevenir e Punir a Tortura (1985), a Convenção Americana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (1994), a Convenção Americana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994), e a Convenção Americana sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiências (1999), ademais de outras iniciativas relevantes. Nos anos 1990, surge a quinta etapa: a do fortalecimento, cf. “O sistema interamericano de direitos humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção”, in Luiz Flávio Gomes e Flávia Piovesan (Orgs.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2000.

¹⁰⁸ Resquícios estamentais em uma sociedade de classes – estamento mais que hierarquização. Estamento adquire-se pela condição de privilégio, pelo nascimento e alianças, posições sociais, classes divididas por extratos de renda. Visão de Gilberto Freyre: ele, como descendente da oligarquia canavieira dos senhores de engenho, tratava com certa condescendência as relações entre senhores e escravos. O senhor de engenho de Gilberto era escravista, benevolente e humano. Reduz muito a relação da violência do trabalho e o ser humano – posição conservadora. Assim, o posicionamento de Freyre é semelhante ao da igreja daquela época, que admitia a escravidão, desde que o senhor tratasse bem o escravo. Mas como

autoritário de separação de posições, em que se manifesta a desconfiança do mundo e das regras (um paradoxo da imagem que passamos e o que realmente somos), ao contrário dos colonizados por ingleses, que falam “Quem você pensa que é?”, no sentido oposto ao nosso, pois esta expressão traz de volta o sistema de leis e regras comuns a todos os indivíduos, valorizando-se, assim, o indivíduo submetido e protegido pelo conjunto de leis.

Villas Boas Filho (2009) acrescenta que, conforme Gilberto Freyre, o patriarcalismo, associado ao pensamento moderno europeu como uma característica da sociedade ibérica, é o moldador das nossas sociedades e instituições, caracterizadas, na obra de Freyre, pelas diferenças políticas, econômicas, sociais e culturais existentes na formação social do período colonial da região açucareira do nordeste, ressaltando-se, assim, o sadismo do senhor da casa-grande e o masoquismo da senzala (o senhor demonstrava a disciplina e a pedagogia através do uso do chicote contra o escravo que fugia ou desobedecia, como forma de tomar tal situação como exemplo ou lição para todos), o latifúndio exportador e as formas de articulação política – o compadrio (troca de favores, vínculo indireto com a família). Essas características são aceitas com restrições por alguns cientistas sociais, pois eles acreditam que, mesmo no período de Freyre, o Brasil não possuía de forma generalizada toda esta estrutura social. No entanto, o que nos faz refletir a partir desta abordagem é a formação social brasileira hierarquizada, onde há de forma acentuada a relação entre superior e subordinado, ou seja, o que tem poder manda e determina o direcionamento das regras – uma característica que perdura em nossa sociedade nos dias atuais.

A cordialidade¹⁰⁹ é uma bondade disfarçada, já que se faz do que não é seu, mas do Estado, para favorecer seus amigos. É muito comum essa prática nas licitações para a realização de empreendimentos públicos, em que aquele padrinho político do administrador público termina levando vantagem na escolha da empresa para a realização do serviço ou obra, ou mesmo quando ocorrem incentivos tributários para favorecer a construção de uma obra de seu companheiro, entre outros casos, situação

considerar aspectos humanos no processo de escravidão, se, por meio desta, o ser humano se torna um objeto de mercado, sem personalidade? As formas estamentais também são observadas na posição política, no prestígio profissional, respeito pela cultura, etc.

¹⁰⁹ Interpretação de Sérgio Buarque de Holanda, que teve influência do pensamento alemão moderno. Esse posicionamento fez-se presente nos meios universitários e artísticos. In: IANNI, Octavio. **A ideia de Brasil Moderno**. São Paulo: Brasiliense, 2004, pps.41/42.

diferente do *lobby* inglês, em que ocorre a influência gerada por grupos de interesses baseados em características racionais, demonstrando a valorização da qualidade para a escolha do projeto vencedor.

A burocracia presente em nossa sociedade está entre os aspectos inibidores do crescimento social, pois dificulta a concretização dos negócios, que não são realizados de uma maneira eficaz, transparente e eficiente. Essa burocracia não é de Max Weber, baseada em princípios da eficiência, impessoalidade e formalidade. A burocracia brasileira é caracterizada por ser, entre outros aspectos, custosa e inflexível.

Ianni (2004) argumenta a influência do passado europeu e norte-americano na nossa cultura. Assim, em sua interpretação, há um liame entre o pensamento social do passado e o presente. Nesse sentido, convém ressaltar:

[...] As últimas modas provenientes dos centros culturais dominantes da Europa e Estados Unidos podem ressoar em alguns centros culturais brasileiros, como novas verdades que substituem outras. Há alguns para os quais a última novidade europeia ou norte-americana pode representar o novo paradigma para pensar, filosofar, explicar, criar. O filósofo brasileiro pode imaginar que só na Europa, isto é, em Paris, é que podem encontrar-se os grandes problemas de filosofia. Algo semelhante dirão alguns sociólogos, antropólogos, economistas, historiadores, escritores, ensaístas e outros (IANNI, 2004, p. 45).

Para Zagrebelsky (2005):

Esto es tanto como afirmar, uma vez más y desde um particular punto de vista, que el derecho no puede separarse del ambiente cultural en que se halla inmerso y erigirse como sistema normativo independiente y autosuficiente. Es una parte, aunque importante, pero sólo una parte, nunca el todo¹¹⁰ (ZAGREBELSKY, 2005, p. 138).

A cultura, em muitas situações, não é considerada mais estritamente de uma região ou país, pois ela se mistura em cidades cosmopolitas, ou não, ao redor do mundo, e o próprio cidadão daquele lugar não sabe se uma determinada cultura é sua ou importada. O entre e sai de pessoas e mercadorias no período das colonizações na América, África e países Asiáticos favoreceu a troca e a confusão ente o hábito local e introduzido com a vinda de os novos habitantes. Hoje em dia, as multinacionais espalhadas no mundo têm influenciado o processo multicultural.

¹¹⁰ Tradução livre - Este é tanto como afirmar, uma vez mais e desde um ponto particular de vista, que o direito não pode separar-se do ambiente cultural em que se está imerso e erigir como sistema normativo independente e autossuficiente. É uma parte, embora importante, mas somente uma parte, nunca o todo.

Por isso, as pessoas na Europa Ocidental, no final do século XIX, passaram a assimilar os hábitos, costumes de outras sociedades e grupos sociais, assim, a cultura não estava mais centrada tão somente no continente europeu. A partir de então, inicia o processo de intercâmbio de ideias e suas interpretações com respeito à diversidade e heterogeneidade em um mundo que se torna cada vez mais interconectado e interdependente, segundo Thompson (1995).

Nesse sentido:

[...] a mudança decisiva aconteceu no fim do século XIX, com a incorporação do conceito de cultura à nova disciplina emergente – a antropologia. Nesse processo, o conceito de cultura foi despojado de algumas de suas conotações etnocêntricas e adaptado às tarefas da descrição etnográfica. O estudo da cultura estava agora menos ligado ao enobrecimento da mente e do espírito no coração da Europa e mais ligado à elucidação dos costumes, práticas e crenças de outras sociedades que não as europeias (THOMPSON, 1995, p. 170).

É importante também mencionar que:

Do mesmo modo, a “disposição” tem a ver com o fenômeno da interculturalidade. Não compreenderemos nunca o que falamos quando tratamos de direitos humanos, se não compararmos tal conceito com outras formas diferentes de lutar pela dignidade humana. Devemos desenvolver “disposições” que tenham em conta as diferentes formas de perceber, narrar e atuar no mundo; ou seja, as diferentes formas de lutar por uma vida digna de ser vivida. Por conseguinte, necessitamos urgentemente ampliar nosso conhecimento a respeito do que outras culturas entendem pela dignidade humana. Precisamos realizar algo como uma “leitura contrapontística”, na qual diferentes vozes sejam escutadas e levadas em consideração como um recurso público de enorme importância para visualizar que não é tão clara a contraposição entre “civilização” e “barbárie” (FLORES, 2009, p. 135-136).

Flores (2009) realizou um estudo para conceituar os direitos humanos por meio da figura que ele denominou “diamante ético”. Essa figura tridimensional, que não é estática, representa uma sociedade integrada, interdependente e complexa, em que os direitos humanos são concretizados através de categorias teóricas e práticas, objeto de uma história de lutas, para que todos construam práticas sociais de acordo com os princípios e valores inerentes à dignidade humana.

O “diamante ético” de Flores (*op. cit.*) é constituído por três camadas e uma comunicação mútua entre elas, já que representa uma sociedade interconectada. Ademais, os elementos deste diamante estão centrados em dois eixos: o vertical, que trata dos conceitos, e o horizontal, que aborda os materiais, relacionados entre si para alcançar a parte mais importante do conceito dos direitos humanos: a promoção universal da dignidade humana.

A primeira camada do “diamante ético” é constituída por categorias mais genéricas, tais como: teorias, instituições, forças produtivas e relações sociais de produção. A segunda camada está relacionada com o caráter impuro dos direitos humanos, como ele é abordado, como diz Flores (2009, p. 132), “atentos às plurais e diferentes formas de vida”, uma vez que os direitos humanos são inerentes a uma sociedade heterogênea e com divergências de opiniões, pensamentos e interpretações em função de sua posição na sociedade. A terceira camada aborda a localização, os valores, o desenvolvimento e as pessoas relacionadas aos direitos humanos.

Vejamos, ainda, este argumento sobre a importância do respeito à cultura:

[...] Desse ponto do “diamante” poderemos repetir que a maior violação que existe contra os direitos humanos consiste em impedir que uma cultura, um grupo ou determinados indivíduos dentro de seus grupos e/ou culturas possam reivindicar sua ideia de dignidade, seja por meio de uma norma ou pela criação das condições para seu respeito e colocação em prática (FLORES, 2009, p. 141).

O diálogo com respeito à cultura é citado por Neves (2009) no caso da comunidade indígena Yanomami, uma vez que, para esses povos, a mãe tem o direito absoluto à vida de seus filhos recém-nascidos, por isso, ela pode não segurar o bebê nem colocá-lo em seus braços, mas soltá-lo no chão, considerando-o não humano, sem que este acontecimento seja considerado como um homicídio. Outro caso relaciona-se aos aspectos costumeiros das comunidades indígenas do Yawanawá, na fronteira entre Brasil e Peru, que determina a retirada da vida de um dos gêmeos. Um dos problemas desse caso cultural indígena consiste no conflito entre o direito cultural da comunidade e o direito à autonomia da mulher. Eis um caso de diálogo constitucional entre a ordem jurídica nacional e as ordens normativas das comunidades indígenas.

Essa interpretação ocorre em razão da necessidade de se estar atento às características culturais de determinados grupos sociais inseridos em uma sociedade multicêntrica e heterogênea, como forma de manter uma aplicação de uma maior abertura das formas de analisar e aplicar o direito, que precisa ser flexível, e não centrado em uma rigidez normativa universal, sem analisar as peculiaridades e diferenças de cada povo.

Assim, o relativismo cultural deve ser analisado nos casos de conversações entre ordens jurídicas estatais e de uma ordem cultural local, como a de indígenas. Nesse sentido, convém ressaltar este posicionamento:

[...] Mas cabe ponderar que, não só de um ponto de vista antropológico, mas também na perspectiva do transconstitucionalismo, diante dos dissensos e conflitos no interior das comunidades indígenas, inclusive em torno da prática do homicídio de recém-nascidos, “o papel do Estado, na pessoa dos seus agentes, terá de ser o de estar disponível para supervisionar, mediar ou interceder com o fim único de garantir que o processo interno de deliberação possa ocorrer livremente, sem abuso por parte dos mais poderosos no interior da sociedade” (NEVES, 2009, p. 227).

Nesse sentido, apesar de a modernidade ter introduzido uma série de inovações e transformações conhecidas como as múltiplas ordens racionais, é preciso, em uma sociedade complexa, observar e respeitar a cultura local e regional, promovendo, na medida do possível, uma articulação entre os povos vizinhos, para que haja uma maior aproximação, o que facilita o respeito aos direitos humanos inerentes àquela região.

Não é demais mencionar, este posicionamento:

[...] Procura explicar como se forma e transforma a nação, tendo em conta os séculos de escravismo e economia primária exportadora; os surtos mais ou menos débeis, até certa época, de industrialização; o desenvolvimento das classes sociais por sobre largo passado escravista; o jogo das forças sociais internas e das pressões econômicas e políticas externas; as articulações e os desencontros entre as tendências predominantes na sociedade civil e as que prevalecem no poder estatal. Reinterpreta a Colônia, o Império e a República, revelando as forças sociais que operam na composição e transformação da sociedade nacional. Trata-se de uma pesquisa abrangente, globalizante, ao mesmo tempo que sensível a aspectos sociais, humanos, culturais e outros, vistos em contextos particulares ou episódicos, mais significativos. Revela as relações, os processos e as estruturas sociais, econômicas, políticas e culturais que caracterizam o escravismo, a crise do sistema colonial, a formação e a crise do regime monárquico, a emergência das forças sociais que constituem a Primeira República, o surgimento de novas forças com a Revolução de 1930, os arranjos organizados na ditadura do Estado Novo, a redemocratização e o industrialismo dos tempos da República populista e os impasses criados com a ditadura militar. Revelam-se aspectos básicos das diversidades regionais, desigualdades raciais, urbanização, industrialização, questão agrária, imperialismo e outros dilemas de grupos e classes sociais, além da sociedade como um todo. Assim se traçam as linhas principais da história da sociedade nacional, enraizando dilemas e perspectivas do presente (IANNI, 2004, p. 52).

Por conseguinte, o que se constata em um país de vasta dimensão demográfica e multicultural como o Brasil é uma maior conscientização da necessidade de uma

interpretação mais flexível e aberta, com o principal objetivo de ajustar o caso em discussão às peculiaridades locais e culturais, não apenas resolvê-lo uniformemente, aplicando-se de forma generalizada, sem a mínima análise. Além disso, fazemos parte de um país que é democrático, com um passado histórico marcante, pois passou por mudanças evolutivas e retrocessos, mas que está crescendo a olhos vistos em termos legislativos com relação à proteção internacional dos direitos humanos.

3.2 PROCESSO DE INTERCÂMBIO: O TRANSCONSTITUCIONALISMO

Almeja-se manter um diálogo entre Cortes Constitucionais que não possuem uma hierarquia, mas precisam procurar uma maneira de manter a estabilidade entre soberania estatal e integração do Sistema Regional, ou melhor, promover uma alteridade em busca de uma solução mais apropriada ao ser humano, afastando, portanto, qualquer forma de altruísmo. Isso não significa que os conflitos serão extintos, todavia, eles deverão ser equacionados, para que haja uma decisão mais justa possível.

Uma das formas de manter este diálogo corresponde ao que Neves (2009) denomina de transconstitucionalismo, que surge com o objetivo de criar métodos, caminhos, conversações, até se chegar a um denominador comum, quando duas ou mais ordens constitucionais distintas discutem o mesmo problema relacionado aos direitos fundamentais e humanos. Não há uma hierarquia entre estas ordens, ou mesmo uma imposição, mas uma necessidade de uma parte ter a capacidade para olhar a outra para buscar uma solução adequada, com respeito aos valores culturais e particularidades locais.

O transconstitucionalismo, portanto, não tem a finalidade de extinguir ou diminuir a independência do judiciário nacional, mas tem o fim de fazer com que os magistrados nacionais repensem seus posicionamentos para que ocorra um intercâmbio de experiências entre as jurisprudências em temas comuns relacionadas aos direitos fundamentais e direitos humanos de distintas ordens constitucionais, ocorrendo, assim, uma abertura para jurisprudências de ordens jurídicas estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e extraestatais.

Esse método do constitucionalismo moderno é oriundo das mudanças nos comportamentos sociais que vêm ocorrendo na sociedade ocidental, inicialmente na Europa, fruto do processo de globalização e uma maior necessidade de conexão entre Estados e ordens constitucionais. Sendo assim, é oportuno este posicionamento:

[...] ainda mais no âmbito de um mundo globalizado, a existência de um diálogo entre diversas ordens jurídicas (nacionais e supranacionais) e o reconhecimento da necessidade de considerável dose de harmonização entre os ordenamentos dos diversos Estados (por meio de um Efetivo Direito Internacional Público e, cada vez mais, também por meio de um renovado e constitucionalizado Direito Internacional Privado), mas também de normas e instituições supranacionais capazes de assegurar um mínimo de unidade em meio a tanta diversidade e complexidade, constituem demandas prioritárias (SARLET, 2010, p. 73).

Uma das importantes regras para uma correta aplicação do método do transconstitucionalismo, segundo Neves (2009), consiste não apenas no transporte do aprendizado jurídico constitucional, mas também de uma avaliação interna, já que cada sistema constitucional possui suas especificidades e peculiaridades que precisam ser realçadas nesse processo de intercâmbio.

Para Neves (*op. cit.*), o transconstitucionalismo constitui um método adequado para uma sociedade moderna, democrática e hipercomplexa, em que, apesar das tensões e contradições, ocorre a igualdade na desigualdade. Assim, inadmissível a sua ocorrência em sistemas jurídicos que, mesmo sendo considerados como democráticos, não existam a formação de um Estado de direito e direitos fundamentais, nem haja referência ao princípio da legalidade, o que se transforma em uma ditadura da maioria.

Sendo assim, vive-se em um momento que Zagrebelsky (2003) entende como aquele em que as relações do direito constitucional com o Estado são consideradas abertas e cooperativas, com uma conexão entre direito interno e internacional. Por conseguinte, o Estado constitucional democrático não se estabelece por meio de imposição pela força, mas através de uma integração de valores e procedimentos comunicativos. Afinal, comunga-se com o abalizado entendimento do jurista italiano citado, ao mencionar, em outras palavras, que o direito constitucional é uma política constitucional em construção.

Por isso, é conveniente mencionar o seguinte posicionamento sobre o transconstitucionalismo em uma sociedade moderna e multicêntrica:

[...] o transconstitucionalismo, como modelo de entrelaçamento que serve à racionalidade transversal entre ordens jurídicas diversas, abre-se a uma pluralidade de perspectivas para a solução de problemas constitucionais, melhor adequando-se às relações entre ordens jurídicas do sistema jurídico heterárquico da sociedade mundial (NEVES, 2009, p. 131).

Piovesan (2013) argumenta três possibilidades de diálogo entre jurisdições, como uma busca de constituir uma pavimentação de *jus comune* latino-americano, entre os quais: 1- Diálogo entre jurisdições regionais (*Cross Culture Dialogue*), como o realizado entre Cortes Europeia e Interamericana; 2- Diálogo entre jurisdições regionais e constitucionais e 3- Diálogo entre jurisdições constitucionais.

No entanto, de acordo com a autora supracitada, o que se tem observado é que o diálogo intercultural é incipiente entre as jurisprudências das Cortes Constitucionais americanas, o que é lamentável, pois há um predomínio no caso do Brasil, por exemplo, de estudos comparados baseados em jurisprudências europeias e norte-americanas, e não latinas. Em razão desta quase ausência de interculturalidade no continente americano, há uma carência no crescimento e a maior consolidação deste Sistema Regional.

Piovesan (*op. cit.*) cita um importante e atual caso de diálogo entre jurisdições europeia e americana, o caso *Karen Atala y hijas versus Chile*. A Corte Interamericana, neste caso, decidiu no sentido de proibir a discriminação devido à orientação sexual, utilizando, para tanto, jurisprudências da Corte Europeia de direitos humanos. Este caso, discutido no sistema interamericano, contra o Chile diz respeito à Karen ter perdido a guarda de suas filhas para o seu ex-marido, na justiça chilena, em razão de ela ter constituído uma relação homossexual.

Nas palavras de Flores (2009, p.157), “[...] Não estamos no entorno. “Somos o entorno”. Não podemos descrever a nós mesmos sem descrever e entender o que é e o que faz o entorno do qual fazemos parte”. Eis a importância da comunicação entre várias ordens constitucionais em uma sociedade moderna atual que deve abrir-se constitucionalmente para a concretização de um intercâmbio de experiências, para tentar acabar com o que Neves (2009, p.151) denomina de “tratamento provinciano de problemas constitucionais pelos Estados”.

Nesse sentido, seguem palavras de grande valia:

[...] Ou seja, tanto em uma perspectiva quanto em outra, os problemas constitucionais passam a ter uma relevância simultânea, exigindo novos modelos de análise: não só o provincianismo estatalista deve ser aqui rejeitado; igualmente é prejudicial a um modelo racionalmente adequado de solução de conflitos o pseudouniversalismo internacionalista, que, antes, constitui uma outra forma de visão provinciana dos problemas constitucionais (NEVES, 2009, p. 135).

A teoria sistêmica de Luhmann é considerada o alicerce do transconstitucionalismo. Nesse sentido, o sistema social jurídico, por ser *autopoiético*¹¹¹, reproduz autonomamente suas estruturas e elementos que o compõem, por isso, é considerado autônomo tanto no plano estrutural quanto no operativo. Além disso, o direito é considerado um sistema fechado, mas é dividido em subsistemas especializados. Por fim, apesar do fechamento operacional, há uma abertura cognitiva ou heterorreferência, permitindo uma capacidade de aprendizagem e reciclagem com o meio.

Vejamos esta definição da teoria dos sistemas:

[...], a teoria dos sistemas, construída a partir do conceito de autopoiese, afirma que só podem participar da reprodução do sistema aqueles elementos que são produzidos pelo próprio sistema, visto que isso é imposto pela condição de clausula operacional do sistema, concebido enquanto auto-referencial [...] (VILLAS BOAS FILHO, 2009, p. 32).

E esta outra identificação da teoria sistêmica, *in verbis*:

[...] contrariamente a Habermas e a outros autores, Luhmann defende uma autonomia comunicativa própria e característica do direito. Luhmann não considera que há relações diretas do sistema com o entorno e, pelo contrário, entende que o direito na modernidade atua na forma de um sistema *autopoiético*, ou seja, o direito passa a autoproduzir-se e a produzir sua própria legitimidade (SAAVEDRA, 2006, p. 33).

Luhmann (2010, p. 63) ressalta que “o esquema input/output se dirige em contrapartida, à relação mais específica entre sistemas e sistemas-no-meio”. Essa forma de fechamento operacional serve para que não haja uma confusão na construção da identidade do sistema em relação ao meio, em razão da complexidade da estrutura social.

Para Amado (2004), o sistema social realiza suas próprias comunicações, portanto, ele é considerado autônomo e fechado, mas não significa que ele se isole em

¹¹¹ Autopoieses – termo que vem da biologia e foi desenvolvido pelo biólogo Maturana. Significa que o sistema não apenas produz suas próprias estruturas, como também os seus elementos constitutivos. Utiliza-se pela teoria sistêmica de Luhmann.

relação aos demais, pois precisa ocorrer a comunicação entre os demais sistemas, não se delimitando apenas ao ambiente interno, para a formação da sociedade.

Observa-se, a seguir, a argumentação acerca da comunicação entre os sistemas através da linguagem como acoplamento estrutural:

[...] Assim, os diversos tipos de sistemas (orgânicos, psíquico e social), enquanto sistemas auto-referenciais e autopoieticos, recursivamente fechados no que tange às suas operações, são ambiente uns para os outros. Por outro lado, isso também não significa que tais sistemas sejam absolutamente autônomos e apartados. Luhmann demonstra que, se por um lado não há causalidade subjacente e subdeterminante entre os sistemas, por outro, há sim ligações entre eles, que se dão por meio de operações altamente seletivas que possibilitam a inter-relação entre os sistemas. Os diversos tipos de sistemas podem se acoplar estruturalmente e se interpenetrarem. É nesse sentido que Luhmann afirma, por exemplo, que a linguagem permite o acoplamento estrutural dos sistemas psíquicos com os sistemas sociais (VILLAS BOAS FILHO, 2009, p. 15).

Assim, Villas Boas Filho (*op. cit.*) sustenta que a teoria sistêmica é construída para uma sociedade moderna com alto grau de complexidade, cujos sistemas autorreferenciais precisam se comunicar, mas não precisa necessariamente ocorrer o consenso, já que, para Luhmann (apud VILLAS BOAS FILHO, 2009, p.35) “[...] a comunicação não deve ser entendida em termos de integração ou de geração de consenso. Ora, trata-se de uma evidente mudança em relação ao conceito habermasiano da ação comunicativa” [...].

Ressalta-se este ponto de vista:

[...] O reparo é excessivo, pois pode ser aplicado a absolutamente tudo: à racionalidade do consenso, já que sempre se teria de pressupor que há áreas de consenso que não foram alcançadas; ou pessoas com as quais ainda não se obteve o acordo, sobretudo quando as condições mudam mais rápido do que a habilidade para obtê-lo. Em todos os modelos, a transcendência (o mais além do atual) desempenha um papel fundamental; mas exatamente por isso, a Teoria dos Sistemas está mais bem equipada tecnicamente do que a teoria da ação, ou a do entendimento comunicativo (LUHMANN, 2010, p. 199).

Observa-se que a teoria sistêmica permite uma necessidade de maior comunicação entre os sistemas sociais, como é o caso do direito, que seria relativamente autônomo em relação ao meio ou entorno, formado a partir de códigos binários (o

direito – lícito/ ilícito)¹¹². No caso do sistema denominado direito, é constituído através de programas *inputs*, que possuem informações para responder a decisões pré-definidas.

Eis o posicionamento da teoria sistêmica para uma sociedade moderna e hipercomplexa que deve ser pautada em uma comunicação intersubjetiva acoplada a sua devida compreensão, mas que não corresponde necessariamente a um consenso, pois, para Luhman (*op. cit.*), é preciso que haja um entendimento mútuo com a convivência com os demais, que, portanto, pode divergir.

Nesse norte, argumenta-se:

[...] Contudo, não se pode perder de vista que Luhmann define a comunicação como seletividade coordenada, o que implica necessariamente o concurso de *alter* (aquele que emite a informação) e de *ego* (aquele que compreende ou não a informação emitida pelo *alter*). É por isso que Luhmann define a comunicação como uma operação genuinamente social, pois não pode ser imputada apenas a uma consciência (VILLAS BOAS FILHO, 2009, p. 39).

Para o adequado emprego do transconstitucionalismo, é preciso que haja uma abertura constitucional nos Estados em relação a outras ordens jurídicas, seja do mesmo tipo ou de espécie diversa, e isso se justifica, pois o tratamento dos problemas de direitos fundamentais ou direitos humanos ultrapassam as fronteiras estatais, uma vez que não trata de exclusividade estatal, mas outras ordens jurídicas consideradas também legítimas, já que são relevantes para estas.

Neves (2009) constata que o transconstitucionalismo entre a ordem internacional e a estatal na relação entre o Sistema Interamericano de direitos humanos é pautado pela Convenção Americana e nos respectivos Estados signatários que ratificaram.¹¹³ Não quer dizer que haja uma imposição da decisão da Corte Interamericana nos casos constitucionais que possuem os mesmos problemas relacionais aos direitos fundamentais e humanos submetidos às Cortes Constitucionais nos estados nacionais, mas uma possibilidade de releitura de suas jurisprudências à luz das decisões

¹¹² Para Neves (2011, p.XII) “o código lícito/ilícito é aquele que significa afirmar que, em última instância, nos tribunais, que constituem o centro do sistema jurídico, a decisão refere-se a determinar se um ato ou situação está em conformidade (licitude, isto é valência ou valor jurídico positivo) ou desconformidade (ilicitude, isto é, valência ou valor jurídico negativo)”.

¹¹³ O Brasil reconheceu a jurisdição da CrIDH em dezembro de 1998 por meio do decreto legislativo n. 89 de 03 de dezembro de 1998.

da Corte, portanto, fala-se de diálogo e aplicação do direito convencional nos tribunais estatais.

A Corte Interamericana é um órgão judicial do Sistema Interamericano, cujas decisões possuem como finalidade a proteção dos direitos fundamentais ou humanos. Os Estados que admitiram a jurisdição dessa Corte precisam reconhecer gradativamente suas decisões internamente, principalmente através de uma participação mais ativa dos operadores do direito, que devem apoiar uma maior integração e abertura constitucional ao direito internacional dos direitos humanos, para que ocorra um adequado cumprimento das obrigações internacionais acordadas entre os países que fazem parte daquele sistema, como o Brasil, em prol de um maior fortalecimento das relações no ambiente regional latino americano.

Há muito ainda que melhorar para a devida concretização democrática na América, para que, a partir de então, e com a configuração de diversas constituições com cláusulas abertas a um diálogo constitucional internacional, chegue-se à solução mais adequada nos casos de violações internacionais dos direitos humanos.

3.3 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL ABERTA NO STF

As sociedades mundiais passaram por inúmeras transformações em busca de um melhor aperfeiçoamento em suas relações sociais. Nesse contexto, os povos de diferentes nações, raças, etnias e culturas vêm se desenvolvendo e evoluindo em um ambiente mundial cada vez mais plural, heterogêneo e complexo, onde, em muitas situações, o consenso das decisões não é pacífico nem linear, mas fruto de divergências e compromissos entre os participantes que possuem diferentes posicionamentos.

Certamente, após as atrocidades das Guerras Mundiais e dos períodos de ditaduras tanto na Europa, quanto na América Latina, chegou-se a um entendimento de que a democracia seria a melhor forma para se relacionar e conviver harmoniosamente. Assim, na democracia plural, faz-se necessária a criação de mecanismos que permitam a convivência em uma sociedade, sem eliminar a possibilidade de divergência entre os mais diversos grupos, assim como a promoção de uma maior cooperação e integração entre os povos.

Veja-se esta forma de as Constituições modernas, abertas, democráticas e pluralistas serem entendidas:

La asunción del pluralismo en una Constitución democrática es simplemente una propuesta de soluciones y coexistências posibles, es decir, un “compromiso de las posibilidades” y no un proyecto rigidamente ordenador que pueda asumirse como um a *priori* de la política com fuerza própria, de arriba hacia abajo. Sólo así podremos tener constituciones “abiertas”, constituciones que permitan, dentro de los limites constitucionales, tanto la espontaneidade de la vida social como la competición para asumir la dirección política, condiciones ambas para la superveniência de uma sociedade pluralista y democrática. [...] ¹¹⁴ (ZAGREBELSKY, 2003, p. 14).

Sustenta Bonavides (2013) que, desde o século passado, os Estados, governos e sociedades democráticos têm crescido em número, portanto, são raros os que não o são. A democracia pode ser direta ou indireta. Na direta, admite-se que o povo governe teoricamente, já que os representantes são os devidamente escolhidos por ele. Já na indireta ou semidireta, o povo não apenas escolhe o seu candidato, mas também legisla – são formas clássicas dessa manifestação: *referendum*, plebiscito e iniciativa popular. Esta última forma é defendida há algum tempo, ou melhor, desde o século XVIII, quando Rousseau sustentava que, se a lei não fosse confirmada pelo povo, seria nula.

O Brasil, através do STF, tem procurado instituir uma maior pluralidade de intérpretes da Constituição. Ao julgar, em 2008, a demarcação de terra da Raposa Serra do Sol, a nossa Corte Suprema admitiu, na audiência pública, a sustentação oral de uma advogada índia, Joênia Batista de Carvalho, um dos casos de aplicação da pluralidade de intérpretes, que propõe um respeito à pluralidade e à diversidade cultural e ética. Além disso, tem se reconhecido cada vez mais a participação plural por meio do *amicus curie*, o que consiste em uma maneira de consolidar uma democracia mais participativa em nossa sociedade.

Sobre uma nova forma de interpretação, conforme a Constituição no direito constitucional brasileiro atual, no tocante ao controle de constitucionalidade, veja-se este ponto de vista:

[...] O processo democrático – ainda que de modo distinto do que ocorre com o legislativo e o executivo – também permeia o modo de produção do direito

¹¹⁴ Tradução Livre – A assunção do pluralismo em uma Constituição democrática é simplesmente uma proposta de soluções e coexistências possíveis, ou seja, “um compromisso das possibilidades” e não um projeto rigidamente ordenador que possa assumir-se como um a *priori* da política como força própria, de cima para baixo. Somente assim poderemos ter constituições “abertas”, constituições que permitam, dentro dos limites constitucionais, tanto a espontaneidade da vida social como a competição para assumir a direção política, condições ambas para superveniência de uma sociedade pluralista e democrática.

jurisprudencial, especialmente no que diz respeito ao pluralismo que caracteriza o processo decisório nos órgãos colegiados e à possibilidade (mesmo que de forma mais restrita, em virtude da expansão do controle concentrado) de uma coparticipação ativa de todos os órgãos jurisdicionais e da intervenção social, notadamente por meio das partes e seus representantes, assim como por meio do Ministério Público (isto sem falar na figura salutar do *amicus curiae* no processo de controle abstrato), implicando a valorização da concepção de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição (Häberle) e a necessidade de se levar em conta eventuais câmbios hermenêuticos (SARLET, 2010, p. 96).

Em uma sociedade plural, a incorporação de mecanismos de incorporação da sociedade nos processos constitucionais é uma forma de enriquecimento do debate constitucional, promovendo uma interpretação mais aberta com a inserção do povo, uma democracia participativa. No nosso país, a ampliação dos legitimados para suscitar o controle concentrado é uma forma de abertura do processo constitucional por meio da participação do *amicus curiae* e da realização das audiências públicas.

Segundo Penna (2009), tendo em vista o surgimento de questões jurídicas constitucionais complexas que são encaminhadas ao Supremo Tribunal Federal, desde 1999, nos processos de controle de constitucionalidade, constatou-se a necessidade de uma abertura não apenas no que diz respeito à hermenêutica dos princípios constitucionais e direitos fundamentais, mas também à participação de sujeitos da sociedade civil, quer dizer, uma tendência a ampliar a interpretação dos interessados com experiência no assunto, mesmo que não sejam enquadrados diretamente no rol dos legitimados.

Eis o que preceitua a Lei 9.868/99, no artigo 9º, §1º e 2º, a saber:

§1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§2º O relator poderá ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.

Nesse sentido, a lei 9.868/99 admite tanto a possibilidade de audiências públicas como a incorporação do *amicus curie*. A Audiência Pública é considerada um

mecanismo democrático de discussão mais amplo de assuntos complexos e de forte impacto social, que precisam maiores esclarecimentos dos profissionais especializados, entidades de classes, organizações sociais, dentre outros, com a finalidade de se alcançar uma solução mais eficaz possível.

Constata-se que o STF tem realizado uma abertura constitucional para os intérpretes através de audiências públicas. A primeira delas ocorreu em 2007 na ADI 3510/DF. A partir de então, tem se tornado mais comum essa prática de participação popular, como ocorreram nos seguintes casos: ADPF 54 (interrupção da gravidez em fetos anencefálicos); ADPF186 (políticas de ações afirmativas para o acesso ao ensino superior); ADPF 101 (importação de pneus usados); ADI 4103 (“lei seca”); ADI 3997 (uso do amianto), conforme Piovesan (2013); judicialização do direito à saúde; cotas para afrodescendentes em Universidades e reconhecimento constitucional às uniões homoafetivas, segundo Ramos (2013).

Câmara (2009) considera o *amicus curie* ou “amigo da Corte” como uma pessoa que tem competência para fornecer subsídios aos juízes em processos objetivos ou subjetivos que apresentam questões de repercussão geral.¹¹⁵ As pessoas (físicas ou jurídicas) podem requerer a sua atuação no processo como espécie de perito, ou mesmo, pode ser uma intenção do juiz, *ex officio*, provocar essa intervenção. Em ambos os casos, não há a determinação antes da manifestação das partes, ou seja, a observação do princípio do contraditório.

Já o Sistema Interamericano, através de seus órgãos de monitoramento, a saber: CIDH e a CrIDH, tem o escopo de aproximar os principais problemas locais das Américas, para, em seguida discuti-los entre os Estados membros da OEA, sempre buscando a melhor maneira de extinguir as ofensas sofridas pelos cidadãos americanos, que são constantemente alvos de desrespeito de seus direitos humanos amplamente considerados: civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

¹¹⁵ Casos expressamente previstos na lei processual brasileira de *amicus curie*: processos de controle direto de constitucionalidade (artigo 7º, §2º, da Lei nº 9868/1999), processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental (artigo 6º, § 1º, da Lei nº 9882/1999), no incidente de controle de constitucionalidade perante os tribunais (artigo 482, §3º, do CPC). Outras possibilidades: artigo 14, § 7º, da Lei 10. 259/2001, que regula o processo dos Juizados Especiais Federais, e no artigo 57 da Lei nº9279/1996, que trata da propriedade intelectual.

Um ponto importante que se tem abordado no Sistema Interamericano é a participação de ONGs, *networks* internacionais, que ajudam a pressionar o cumprimento das recomendações enviadas ao Brasil, fazendo com que mudanças internas sejam realizadas a favor de uma ampla defesa da proteção humana, pressionando os governos para que terminem com estas violações, fortalecendo a *accountability* dos Estados. Portanto, uma participação maior da sociedade é indispensável para o fortalecimento dos direitos humanos no continente.

A CrIDH tem uma importante participação dos *amicus curie* tanto nos procedimentos contenciosos, como nos de opiniões consultivas, o que é um grande avanço para o sistema interamericano. Como o direito é dinâmico, são necessários mecanismos cíclicos, e não fechados, para se alcançar a decisão mais adequada. Uma das formas de exigir um efetivo respeito dos direitos humanos consiste em uma participação mais plural possível, para que haja uma melhor discussão e interpretação desses assuntos complexos.

Para Streck (2013), não resta dúvida de que a teoria do direito constitucional no Brasil representa progresso na concretização dos direitos fundamentais sociais, acompanhando as necessidades de uma sociedade complexa. Por outro lado, em nosso país, existe uma supervalorização da discricionariedade do juiz, inclusive, na proposta de mudanças do CPC, dificultando um avanço nas discussões e interpretações, que deveriam representar um aprendizado através de um diálogo entre intérpretes. Além disso, a cultura jurídica tem se estruturado de uma maneira tal que transforma as decisões dos tribunais em conceitos jurídicos, sem a realização de qualquer forma de crítica, interpretação com relação às decisões finais, uma verdadeira prática solipista.

Segundo Penna (2009), a supervalorização do poder Judiciário, do juiz, propriamente dito, especialmente o da Corte Suprema do Brasil como “guardião da constituição”, tornou-se mais visível após a EC 45/2004, a conhecida reforma do Poder Judiciário, pois, a partir de então, consagrou-se a possibilidade do efeito vinculante nas decisões do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade e a instituição das súmulas vinculantes, dentre outras. Tais atos vão de encontro à proposta de uma maior abertura e flexibilidade na interpretação da Constituição.

Assim, constata-se que o nosso Tribunal Supremo (STF) adota com certo predomínio posturas a favor das interpretações restritas ao formalismo da lei, o

positivismo de Kelsen, que foi muito importante no período pós-guerras mundiais e ditaduras. Não há como contestar que, em determinadas situações, o positivismo legalista é essencial como invocação fundamental da defesa de um direito; por isso, não pode ser substituído impensadamente. Comunga-se com o posicionamento de Streck (2013, p. 108) quando ele diz que “[...] o julgador deve estruturar sua interpretação – como a melhor, a mais adequada – de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política”.

Alguns fatos são responsáveis pelas gradativas mudanças de interpretação constitucional na Corte Suprema do Brasil. Dentre elas, cabe mencionar estas:

Entende-se que tal alteração em termos de tradição interpretativa da Constituição no Brasil, parte de vários fatores, como: o atual reconhecimento geral, por parte da comunidade jurídica, de que a globalização é um processo irreversível; o reconhecimento da plurivocidade dos termos da Constituição e da amplitude do Constitucionalismo, como um todo, e, portanto, da necessária pluralidade em sua interpretação; o reconhecimento da complexidade das questões que são submetidas ao julgamento do Supremo Tribunal Federal, em face do tipo de conflitos que emergem na globalização e na sociedade de risco; o reconhecimento da necessidade de ouvir peritos e outras pessoas com autoridade na matéria antes de decidir uma demanda de inconstitucionalidade, haja vista a extensão dos efeitos da interpretação constitucional e das questões em debate; o reconhecimento de que o processo constitucional possui uma extraordinária relevância política, e, portanto, ao ser defrontado com o pluralismo jurídico e social emergente da globalização, reflete em que grau se encontra a democracia em uma sociedade, se apenas formal ou substancial (PENNA, 2009, p. 12).

Com as mudanças nas estruturas sociais, não se admitia uma teoria pura do direito ou a de Kelsen, segundo a qual não podia existir lacuna e antinomia; esse modelo teria a sua própria correção. Para uma sociedade de pouco progresso, era um método viável, pois tal teoria era íntegra, neutra e objetiva, não sofria os efeitos das mudanças do ambiente. Com a carência de subsunção ampla da norma aos fatos, começa a ampliar a subjetividade do julgador, pois não podia existir uma causa sem decisão. Esta, portanto, torna-se arbitrária. A partir de então, observa-se a necessidade de mudança na forma de aplicar o direito. O judiciário passa a impor limites no exercício da jurisdição constitucional, o que não significa que houve a exclusão da teoria pura, mas em situações mais complexas, que necessitam de uma análise mais aberta, tornam-se necessárias alternativas, para adaptar-se melhor ao caso.

Eis um momento em que o homem quer sair do existencialismo humano e abrir-se para as interações sociais mundiais. A ideia do iluminismo passou a ser utópica,

com o número elevado de pessoas que morreram nas guerras (I Guerra Mundial – gás de mostarda, bomba incendiária nas cidades não combatentes) e nos campos de concentração. Surge, então, a hermenêutica jurídica, a virada linguística, a necessidade de o homem adotar posições dialéticas, justapostas, concretizar as decisões a partir de uma fusão do horizonte de quem interpreta, com o texto interpretado.

O posicionamento de Gadamer, a partir de Cruz (2004), é no sentido de eliminar qualquer forma de interpretação pronta e determinada como uma receita de bolo, prato feito, ou mesmo, o programa determinado de um computador com uma resposta correta a ser alcançada. Para ele, a interpretação precisaria de uma análise a partir de seu contexto e com a participação de outras pessoas que poderiam contribuir com a decisão através do desenvolvimento de seus raciocínios.

Nesse sentido:

Objetividade no Direito cede lugar à intersubjetividade, controlada pela correção que pauta-se agora pelo convencimento que os argumentos/fundamentos desenvolvidos na decisão produzem numa sociedade de intérpretes do Direito (CRUZ, 2004, p. 146).

Sendo assim, ainda com base em Cruz (*op. cit.*), constata-se que o nosso país assumiu posturas comunitaristas na jurisdição constitucional, assim como, v.g, somos influenciados pela retórica de Perelman, pela teoria argumentativa de Alexy, dentre outros.

A retórica de Perelman, citado por Cruz (*op. cit.*), está centrada na ponderação de valores e na participação plural de indivíduos nos processos mais complexos. Os juízes procuram fundamentar sua decisão em uma audiência universal constituída não apenas pelas partes envolvidas, mas também, por toda a comunidade jurídica. Essas pessoas, que possuem as informações e têm condições de processá-las, são consideradas iluminadas, por isso, Perleman as denomina de humanidade iluminada.

A teoria descrita acima foi muito importante como uma mutação da hermenêutica constitucional clássica como a de Kelsen, além de ter sido um norte para as teorias da ponderação de valores e a discursiva de Habermas (*op. cit.*). Perleman, portanto, por meio de sua retórica, definiu seus estudos, afastando-se das concepções metafísicas e da redução à legalidade, direcionando-a para uma adesão voluntária dos jurisdicionados.

Alexy, por outro lado, inovou ao relativizar todos os direitos fundamentais, inclusive o da dignidade humana, e ao estudar a racionalidade do princípio da proporcionalidade. Sua teoria da argumentação é constituída por meio de um discurso racional prático, em que todos os que tiverem vontade e puderem deverão apresentar as suas argumentações ao orador, que deverá ouvi-los, isto é, há a possibilidade de uma ampla liberdade discursiva. As decisões eram pautadas em argumentos jurídicos oriundos de diversos debates de distintos sujeitos, conforme Cruz (*op. cit.*).

Após a Constituição de 1988, o Brasil tem se direcionado para uma postura de constitucionalistas comunitaristas, baseada na identidade ética e cultural e dos grupos sociais excluídos, tais como negros, índios, pobres, homoafetivos, etc. O Estado fica responsável pela promoção e desenvolvimento social e econômico. Os princípios da proporcionalidade e da ponderação de valores são necessários como método para a afirmação dos direitos fundamentais, como proteção especial e de cunho substantivo ao princípio da dignidade humana.

Nesse norte, vejamos este posicionamento:

Em segundo plano, o legado pós-45 implicou a elevação da dignidade humana ao vértice dos diversos ordenamentos, fazendo com que o fenômeno de constitucionalização do direito impusesse um papel de maior relevância aos juízes no mister de promover Justiça. A abertura do direito à argumentação moral e a superação do dogmatismo positivista fizeram brotar a importância dos princípios (dotados da mais diversa densidade normativa) e a consecução de justiça por meio da análise dos casos concretos, mediante um juízo de ponderação a ser exercido pelos juízes. Diante disso, é possível afirmar que Carta Política de 1988 pode ser classificada como uma constituição aberta (RAMOS, 2013, p. 247).

As tendências constitucionais quanto às interpretações são agrupadas a partir da teoria aberta dos interpretes da Constituição de Häberle (1997), em dois aspectos, a saber: 1º - Interpretação Legal, que é uma forma nominada exclusiva da esfera jurídica e legislativa, principalmente dos tribunais constitucionais como intérpretes da Constituição. Essa teoria caracteriza-se pela falta de abertura, por não ser dinâmica e não ouvir as necessidades de mudanças; assim, torna-se muito formal e restrita. Ela é constituída por intérpretes jurídicos, peritos, testemunhas, dentre outros. 2º - Interpretação Difusa, estruturada no pluralismo social, considerada como aquela que possui um amplo conjunto de intérpretes. A grande crítica que se faz a esta última teoria prende-se à sua sistematização, que é condição indispensável. Caso contrário, o sistema

por ser aberto e difuso torna-se incongruente e sem limites, com dificuldade de consolidar as interpretações para uma devida aplicação.

A necessidade de organizar sistematicamente os atores, de distintos saberes, que realizam os diálogos de interpretações constitucionais, é de suma importância. Afinal, o direito é uma ciência com conteúdo, objeto, método e forma, assim, os intérpretes, dentro e fora da esfera legal, precisam obedecer a um agrupamento, classificação, para que este possa ser sistematizado. Isso não significa a defesa de um sistema fechado, engessado. Deve haver uma pluralidade de conteúdo e intérpretes, que devem ser abertos, mas também restritos dentro de divisões específicas, para que haja coerência ou congruência na relação entre eles.

Veja-se este ponto de vista acerca da teoria aberta dos intérpretes da Constituição:

Como representante deste intento, sobressai-se a obra de Peter Häberle, que privilegia o problema da legitimidade política desta função, pois realça, em sua metodologia, a necessidade de compatibilização da interpretação dos dispositivos e demais problemas constitucionais à perspectiva de uma sociedade aberta, trazendo uma proposta democratizadora da interpretação de suas normas, opondo-se ao que se convencionou denominar de Hermenêutica Tradicional (LIMA, 2012, p. 28).

Argumenta Piovesan (2013) que há uma tendência das Constituições latinas americanas de tratar os direitos e garantias fundamentais de forma diferenciada, por isso, tem-se a possibilidade de substituir a tradicional pirâmide jurídica por um trapézio constitucional, no qual a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos estão situados no ápice do ordenamento jurídico. Ademais, observa-se uma abertura do direito para um diálogo do interno com o externo, que pode ser constatado a partir das seguintes formas: diálogo entre jurisdições; empréstimos constitucionais e interdisciplinaridade e a fomentação do diálogo com outros saberes e diversos atores sociais.

O Brasil, enquanto um Estado democrático de direito, vem adotando, a partir da Constituição cidadã (CF/88), atos relacionados à sua soberania externa, como: tratados, acordos e convenções regionais e internacionais relacionadas aos direitos humanos. Em conflitos de normas de direitos internacionais dos direitos humanos, faz-se valer a primazia da norma mais favorável, quer dizer, o princípio internacional *pro*

homine, não importando se é um decreto, ou qualquer tipo de lei, bem como o da proibição do retrocesso, que corresponde ao estabelecimento de respeito mínimo a padrões e parâmetros.

Constata-se uma maior proteção aos direitos humanos fundamentais¹¹⁶, a partir de uma abertura da jurisdição constitucional, e não apenas aqueles positivados nas constituições internas de cada Estado-membro. Procura-se, assim, ampliar os meios para solucionar problemas relacionados aos direitos fundamentais e humanos e fortalecer a competência jurisdicional das Cortes com jurisdições constitucionais nesses assuntos.

Acredita-se o mais correto para o mundo pós-moderno, o posicionamento de Habermas citado por Cruz (2004), no sentido de que a decisão judicial, em termos formalistas, não pode ser considerada um “cheque em branco” a ser preenchido pelo juiz, pois, em situações complexas, são necessárias discussões racionais argumentativas de diversos sujeitos da esfera pública e privada, para se alcançar uma solução mais justa e adequada possível.

A interpretação constitucional argumentativa aberta e suas formas são necessárias em questões consideradas difíceis, para que o juiz consiga obter elementos, que, muitas vezes, não consegue enxergar por si próprio. Por isso, comunga-se com o posicionamento de Lima (2012), a saber:

A constituição é visualizada como construção coletiva, pois em sociedades abertas e pluralistas, tem-se como inafastável a ampliação da própria ideia de interpretação, reconhecendo-se o espaço público como fórum de discussão dos problemas constitucionais (LIMA, 2012, p.29).

No Brasil, alguns atores têm contribuído em situações mais polêmicas, que precisam de um melhor aprendizado para que se alcancem soluções condizentes, como legitimados para uma interpretação constitucional difusa, dentre eles: aqueles que têm competência para atuar nas audiências públicas, os *amicus curie*. Com a evolução do direito internacional, especialmente, o direito internacional dos direitos humanos, surgiram outros integrantes, tais como: organismos internacionais, os movim

entos sociais, as interpretações das Cortes Constitucionais de Justiça, dentre outros.

¹¹⁶ Os direitos humanos foram incluídos como cláusulas pétreas (CF/88) no Brasil muito mais em razão dos movimentos sociais populares do que pela ação política partidária tradicional.

CAPÍTULO IV – ETAPAS DO PROCESSO DE TRANSIÇÃO NO BRASIL: DITADURA MILITAR vs. DEMOCRACIA

O processo de justiça de transição no Brasil tomou uma vertente diferente do adotado por outros países sul americanos, tendo em vista as circunstâncias existentes, quando da adoção da lei de anistia (lei 6.683/79), que impediu um processo negociado, com imparcialidade entre as partes.

Nessa mesma linha de pensamento, Baggio (2014), a saber:

Esse formato de transição estabelecido, em um primeiro momento, no Brasil é consequência do que Ernesto Garzón Valdés chama de transição “negociada” em oposição à transição por “derrota”. Na transição negociada, o regime ditatorial não é derrotado, mas passa por desgastes que o levam a uma abertura, que acaba sendo totalmente controlada e pautada pelo ainda poder autoritário. Ou seja, a transição negociada não se caracteriza por uma autêntica negociação, mas pela abertura lenta e gradual do regime de exceção, que faz apenas as concessões que lhes são convenientes (BAGGIO, 2014, p. 14).

Para TORELLY e ABRÃO (2014), a justiça de transição no Brasil é organizada em quatro pilares: memória (resgate histórico), verdade (revelação dos fatos), reformas institucionais, justiça e reparações. Além disso, a anistia no Brasil possui as seguintes fases: impunidade e esquecimento (lei de 1979), liberdade e reparação (lei de 1979, CF/88 e leis posteriores) e verdade e justiça (Comissão da Verdade, etc).

O Brasil faz parte de um Sistema Regional Interamericano de Direitos Humanos, com o reconhecimento da jurisdição CrIDH, em dezembro de 1998 por meio do decreto legislativo n.89 de 3 de dezembro de 1998, assim como, signatário de tratados de direitos humanos tanto no âmbito interamericano quanto universal (leia-se das Nações Unidas). No entanto, não há um devido cumprimento das obrigações e compromissos internacionais, como a decisão proferida no caso Gomes Lund.

O caso Rubens Paiva é considerado como uma nova abordagem para a reparação de direitos humanos violados, tendo como base o CP, não a lei de anistia. O juiz federal de forma distinta do julgamento da ADPF nº153 reconheceu o direito internacional, assim como, considerou o crime como de lesa-humanidade, portanto, imprescritível.

4.1 DISCUSSÕES SOBRE A LEI DA ANISTIA DE 1979

A primeira Lei de Anistia do regime militar¹¹⁷ no Brasil (Lei nº 6.683/79 de 28 de agosto de 1979) foi aprovada em um período de influência do regime militar brasileiro, portanto, não é considerada como fruto de um processo de negociação equilibrado e imparcial, não devendo ser encarada como uma forma de renovação política e uma maneira de redemocratizar o nosso país, pondo fim aos dissabores do período de repressão. Esse fato se confirma pela rejeição (206 x 201, ou seja, 05 votos) naquele mesmo ano da Emenda Constitucional proposta por Djalma Marinho/MDB, cujo objetivo consistia em uma ampla anistia, mas não irrestrita, já que, de acordo com o projeto de lei, os condenados por crimes políticos estavam fora do poder.

Oportuno, portanto, o que representa o contexto da Anistia de 1979, para Abrão e Torelly, (2014):

[...] *déficit de legitimidade* do suposto acordo. Como já referido, o espectro de liberdade e de representação política do Congresso Nacional em agosto de 1979 era significativamente restrito. Nem todos os parlamentares eram efetivamente eleitos pelo voto direto do cidadão. Esse dado histórico é ainda mais relevante quando se verifica a apertada maioria que permitiu a vitória do projeto de lei do governo (apenas cinco votos) (Abrão e Torelly, 2014, p. 115).

Constata-se que, de fato, houve uma forte influência dos militares no projeto de Lei da Anistia de 1979, uma vez que, apesar das negociações com as oposições, predominaram vantagens em relação àqueles. Por isso, as principais críticas descritas por Alves (1984) à lei citada foram as seguintes: os integrantes das forças armadas receberam aposentadoria integral, ao invés de pensões parciais, em razão do não exercício de suas funções por motivos políticos; a anistia não era concedida aos envolvidos na luta armada e acusados pelo governo de ter praticado “crimes de sangue”; a lei concedeu aos integrantes do Aparato Repressivo um perdão incondicional; como existia uma vitória dos setores do governo militar, não havia possibilidade de denúncia criminal contra os acusados da prática de tortura, e a vitória dos setores linha-dura dificultou as investigações sobre as atividades daquele aparelhamento repressivo.

¹¹⁷ Proposta do MDB – buscava anistia ampla, geral e irrestrita.

Diversas categorias (militares, civis, intelectuais, políticos e movimentos sociais) receberam o projeto de lei de anistia e encontraram falhas. As ações propostas não atingiram o coletivo indistintamente. A lei de 1979 corresponde a uma concessão do perdão individual, com a necessidade de um requerimento interno e de uma comissão de julgamento para decidir o retorno dos que tiveram suas funções perdidas.¹¹⁸

Segundo Mezarobba (2003), os servidores civis e militares, que foram demitidos, postos em disponibilidade, transferidos ou aposentados por motivação política, encontraram muita dificuldade para ter seus pedidos acolhidos pela comissão de anistia, que foi instalada pela primeira vez em 1980. Essa anistia, portanto, é considerada parcial e de ação pontual.

Não se pode generalizar que esta lei apenas resultou em malefício para a sociedade brasileira daquele período, pois, através dela, muitos jovens que eram considerados presos políticos e estavam exilados foram beneficiados por ela, que lhes assegurou o perdão e a possibilidade de retorno ao país¹¹⁹. Por outro lado, os militares e as instituições políticas relacionadas diretamente ao governo “linha dura”, que praticaram crimes os mais horrendos possíveis também foram excluídos de qualquer possibilidade de punição, incondicionalmente, em razão da Lei da Anistia. Esse segundo momento, o professor José Álvaro Moisés (2014) denomina de pretensão do perdão bilateral, ou seja, a anistia tanto dos agentes de repressão, quanto dos considerados como condenados por crimes subversivos. Portanto, a lei de 1979 é considerada uma regra de impunidade.

A anistia da Lei 6.683/79 foi considerada por Mezarobba (2014) um processo que não representava ou negava a verdade, assim, esta foi apontada como uma maneira de se assegurar a impunidade; o esquecimento foi um dos objetivos do governo militar e, portanto, buscava-se evitar *accountability*.

¹¹⁸ Assim, menciona (ALVES, 1984, 268) “[...] Servidores públicos, diplomatas, professores universitários e membros do Judiciário poderiam retornar a suas funções, dependendo da decisão de uma comissão especial de inquérito [...]”.

¹¹⁹ Para o professor de Ciência Política/ USP – José Álvaro Moisés - Globo News - Arquivo N - 02.04.14 - **Há 40 anos iniciava o governo Geisel e a abertura política**, em outras palavras, o primeiro momento da anistia no Brasil foi considerado como a luta por liberdade, assim, houve o retorno dos presos políticos, dos exilados e dos partidos que eram considerados clandestinos. Disponível em: <<http://g1.globo.com/globo-news/arquivo-n/videos/t/todos-os-videos/v/ha-40-anos-iniciava-o-governo-geisel-e-a-abertura-politica/3257017/>> Acesso em: 03 de abril de 2014.

No Brasil, no período governado pelos militares, o pluripartidarismo foi proibido, portanto, só existiam dois partidos: o do governo Arena e o de oposição legal MDB. A Lei de 1979 foi fruto de uma pressão popular após uma série de debates, manifestações e comícios com o fim de pressionar o Congresso para a concessão da anistia aos presos políticos e aos cidadãos banidos em nome dos três principais atos institucionais e seus sucessores.

Os atos institucionais estavam para ser revogados, o governo teve dificuldade de evitar essa concessão, no entanto, ele a realizou de forma a prevalecer o perdão das pessoas ligadas à situação ou à Arena; não tinha poder retroativo; não eliminou os processos em nome da Lei de Segurança Nacional e a possibilidade de novos presos políticos.(ALVES, 1985)

Comunga-se, portanto, com o posicionamento de Silva Filho (2014) quanto à votação e promulgação da Lei de Anistia, a saber:

[...] Apesar de toda a mobilização social em prol da Anistia, o governo Figueiredo agiu, desde o início como se não existisse nenhum outro interlocutor além dos setores ligados à própria ditadura. Quando o ditador Figueiredo encaminha para o Congresso o Projeto de Lei da Anistia (PL14/1979) em 27 de junho de 1979, realiza concomitantemente uma grande cerimônia transmitida em cadeia nacional, e na qual inclusive chora. Tudo parece ser uma concessão magnânima do governo, ou como batizou o Ministro Celso de Mello em seu voto na ADPF 153 uma “medida excepcional fundada na indulgência soberana do Estado”, ou ainda, como registrou o Ministro Marco Aurélio no mesmo julgamento, “um ato de amor” (SILVA FILHO, 2014, p.22 a 23).

Para Meyer (2014), a anistia de 1979 é compreendida como de mão dupla e imposta, não fruto de um acordo político, contradizendo o posicionamento de alguns ministros do STF no julgamento da ADPF 153. Torna-se visível o interesse da Arena e do militar Golbery do Couto e Silva em conceder uma anistia recíproca sem o reconhecimento dos crimes nos porões da ditadura militar. Por isso, nas palavras de Abraão e Torelly (2014, p. 113), com base na Lei de 1979, a anistia é compreendida [...] “ de um lado, é lida como impunidade e esquecimento, de outro, como liberdade e reparação.”

De forma a complementar as críticas feitas à Lei da Anistia de 1979, Piovesan (2014) entende o seguinte:

[...] A esta conjuntura nacional adicione-se a histórica condenação do Brasil pela Corte Interamericana no caso Gomes Lund. Reitere-se: para a Corte as disposições da lei de anistia de 1979 são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação de graves violações de direitos humanos, nem para a identificação e punição dos responsáveis (PIOVESAN, 2014, p. 461).

No entendimento de Silva (2014), em outras palavras, sem dúvida alguma, a Lei de 1979 é questionada ao não determinar o reconhecimento e uma punição dos agentes responsáveis pelos crimes políticos praticados no período da ditadura militar, por isso, a impunidade é considerada um elemento desta lei. Assim, a responsabilização estatal só aconteceu no primeiro mandato do governo FHC em 1995 e consequente regulamentação em lei das reparações aos anistiados, que foi publicada em lei no ano de 2002.

Também com base em Silva (*op. cit.*), ocorreram algumas mudanças institucionais e relacionadas à memória após a Lei de 2002. Nesse sentido, à época do governo Lula, houve a publicação do dossiê intitulado *Direito à verdade e à memória: comissão dos mortos e desaparecidos políticos em 2007*, e, em 2011, ocorreu a criação da Comissão Nacional da Verdade, sendo implantada no ano seguinte, com o objetivo de investigar e sistematizar as informações sobre os crimes de graves violações aos direitos humanos. Não houve, neste momento, uma análise sobre a responsabilização penal dos infratores, o que é considerado um grande vazio legislativo brasileiro.

Ainda Piovesan (*op. cit.*) alega que, além da Lei 12.528/2011, que criou a Comissão Nacional da Verdade, outra importante lei foi a 12. 527/2011, que regulou o acesso à informação. Por isso, a verdade, a memória e o acesso às informações são elementos relevantes para a justiça de transição brasileira, sendo que, em um regime democrático como o nosso, a regra é a disponibilidade de informações, tornando o sigilo, como uma exceção. Ademais, torna-se necessário que os sujeitos que causaram graves violações de direitos humanos nas pessoas que conviveram no período de repressão militar no nosso país sejam responsabilizados pelas ofensas causadas, assim como seja realizada a reconstrução dos fatos, como forma de evitar que novas ofensas à humanidade se repitam, como as da década de 1970 na América Latina.

Para Mezarobba (2014), a Lei 9.140/95 ou Lei dos Desaparecidos, reconheceu como mortos 136 desaparecidos políticos, com os nomes acostados em seu anexo1, levando, conseqüentemente, o Estado brasileiro a se responsabilizar pelas graves violações ocorridas no período da ditadura militar brasileira. A partir de então, os familiares daquelas pessoas tiveram o direito a requerer o atestado de óbito e receber indenizações, no valor médio de 120 mil reais. Além disso, esta lei criou uma comissão especial para analisar as denúncias dos casos de outras mortes ocorridas nas dependências das polícias ou local assemelhado, entre 02 de setembro de 1961 e 15 de dezembro de 1979.

Já nas palavras de Fecher (2014), a lei descrita acima criou a Comissão Especial dos Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP) com dois objetivos principais: 1– identificar os casos de mortos e desaparecidos políticos ocorridos no período da ditadura militar de 1964, com o objetivo de indenizar os familiares destas pessoas e 2 – localizar, identificar e entregar aos familiares os corpos dos desaparecidos. Isso só foi possível a partir da Constituição de 1988, que marca o retorno à democracia e uma luta incessante dos familiares pela memória, verdade e justiça dos fatos desumanos ocorridos no período de exceção militar vivido pelo Brasil.

Ainda, de acordo com Mezarobba (*op. cit.*), a Lei de 1995 descrita acima foi objeto de duas ampliações. A primeira em 2002, com a sanção da Lei 10.536/02, que considera como dentro dos casos de desaparecidos políticos aqueles reconhecidos até a promulgação da Constituição de 1988, portanto, ampliou em nove anos o período de abrangência. A segunda ampliação ocorreu com a entrada em vigor da Lei 10.875/04, que enquadra como sujeitos que sofreram os abusos da ditadura os seguintes: aqueles que cometeram suicídio, em razão das perseguições, assim como os casos de iminência de prisão ou sequelas psicológicas, devido às torturas praticadas pelos agentes do poder e os que foram mortos em confronto com a polícia durante as manifestações.

Assim, salta aos olhos que a instituição de uma República e o exercício do Estado democrático de direito são elementos necessários em uma sociedade pluralista, voltada a uma abertura constitucional na defesa dos direitos humanos. Nesse sentido, Oliveira *et al* (2014) argumenta que o projeto do Estado Democrático de Direito está regulado na Constituição atual, assim, é necessário fazer um elo entre o passado, presente e futuro, para a formação de uma sociedade mais justa, livre e igual.

Neste contexto, comunga-se com o entendimento de SAMPAIO e LEMOS (2014, p. 215) ao mencionar que: “[...] o passado não pode ser enclausurado e apartado; ele vive, sobrevive no presente e no futuro”. É preciso a concretização de um *link* entre o passado, o presente e o futuro, para que a impunidade não mais prevaleça como uma cultura brasileira. Além disso, a interpretação de uma lei deve ser baseada em conformidade com o contexto político e social do país, no momento da elaboração daquela, o que se observa, conforme já descrito é que a Lei de 1979 foi discutida e promulgada em um Brasil que vivia em um regime de exceção.

Observa-se que a nossa Lei de Anistia 6.683 é também incongruente com o posicionamento de alguns países latino-americanos, que vivenciaram, na mesma época, a ditadura militar. Nesse sentido, é conveniente mencionar o que ressalta CERDEIRO *in*: (MEYER e DE OLIVEIRA, 2014) sobre as fases do processo de transição argentino, a saber:

[...] uma primeira, com o governo de Alfonsín e a criação da CONADEP; uma segunda, com as Leis do Ponto Final e da Obediência Devida; e a terceira, com, nos anos 2000, a declaração de inconstitucionalidade das referidas leis pela Suprema Corte Argentina (Caso Símon). Com isto, foi possível levar a frente responsabilizações de caráter criminal de agentes envolvidos com a ditadura argentina. Ela mencionou que, hoje, pelo menos 400 pessoas já foram julgadas. Tratou também dos argumentos jurídicos que têm fundamentado as condenações, principalmente do dispositivo da Constituição Argentina que serve de “porta de entrada” para os documentos internacionais de proteção dos direitos humanos. Desse modo, foi possível tratar dos crimes como crimes contra a humanidade e, portanto, imprescritíveis (MEYER E DE OLIVEIRA, 2014, p.24).

Constatam-se ainda, alguns avanços no julgamento de leis da anistia no período da ditadura militar latino-americano, em alguns países deste continente, que é distinto do brasileiro, em especial quanto à associação de verdade e justiça. Nesse sentido, Abrão e Torelly (2014) destaca que as leis da anistia na Argentina foram, em 2005, declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte. A partir de então, diversos agentes da ditadura foram processados e condenados por crimes graves, entre eles, o ex-ditador Jorge Videla. O Chile, mesmo não modificando a Lei de Anistia, reconheceu a jurisprudência da Corte Interamericana para abrir investigações e condenar casos graves de violações aos direitos humanos. Já o Uruguai condenou seu último ditador Juan Bordaberry por atentado à democracia e crimes de desaparecimento forçado. O Peru indiciou e sentenciou Alberto Fujimori. Já a Guatemala denunciou e julgou duas vezes o ex-ditador Efraín Ríos Montt por acusações de genocídio.

É oportuno também mencionar o posicionamento de Silva (2014) na mesma linha dos descritos acima:

Diferentemente de países como Argentina e Chile, por exemplo, que responsabilizaram penal, moral e socialmente os agentes da repressão que cometeram crimes de violação aos direitos humanos, a Justiça de transição brasileira apresentou, e ainda apresenta, alguns limites que merecem maior análise. Diferentemente dos seus vizinhos sul-americanos, o Brasil optou, de forma consciente, por acomodar em silêncio a violência de Estado perpetrada durante a ditadura militar (SILVA, 2014, p. 169).

Por conseguinte, alguns estudiosos entendem que, apesar de cada país possuir suas características particulares, relacionados à formação cultural local, no que diz respeito ao processo de transição de um governo autoritário para um democrático, o Brasil, mesmo sendo caracterizado como um país que possui uma justiça transicional centrada nas reparações às vítimas e familiares das pessoas que sofreram graves delitos no período de exceção militar, não pode menosprezar as investigações; as informações corretas, que atualmente, podem ser acessadas, sem censura e a memória dos fatos ocorridos para se alcançar a verdade. Agindo assim, o nosso país pode até possuir um processo diferente em relação aos demais vizinhos latinos americanos, mas não irá se omitir e esquecer-se de julgar essas graves ofensas ao ser humano, para que a impunidade não seja uma característica de nossa sociedade.

O que não se admite são ações políticas e jurídicas com o objetivo de retroceder no tempo em temas que merecem uma abordagem internacional e não tão somente doméstica. As decisões jurídicas devem estar mais voltadas aos compromissos e obrigações internacionais ajustadas pelo Brasil. Não são cabíveis posicionamentos de menosprezo às decisões da CrIDH, como ocorreu com juízes do STF no período posterior à condenação do Estado brasileiro no caso Guerrilha do Araguaia, na contramão dos demais países-membros do sistema interamericano, que concordaram com a não validade das leis de anistias no período da ditadura militar, as quais ficaram conhecidas como autoanistias. Sem dúvida, o Brasil deu um passo atrás com a decisão de improcedência da ADPF nº153, considerando recepcionada pela constituição de 1988 uma lei de 1979, fruto de um momento de intervenção militar.

4.2 ANISTIA DESCRITA NO ADCT N°8

Antes mesmo da entrada em vigor da Constituição de 1988, houve um contexto histórico de lutas pelo retorno à democracia, a eleições diretas, ao pluripartidarismo, a

consulta popular, ou seja, uma reconquista de direitos fundamentais perdidos em razão do controle do país pelos militares no “período de chumbo”. Portanto, a constituinte de 1985, que foi convocada por meio da Emenda Constitucional de nº 26/85, concedeu como uma das funções dos parlamentares daquela época, a elaboração da Constituição (CF/1988).

Para ABRÃO e TORELLY (2014), o Brasil perdurou por um período considerado de imposição militar, inclusive na Assembleia Constituinte, convocada para a elaboração da CF/88, cuja formalização acontece com a EC 26/85. A Lei de 1979, com sua ambiguidade e “bilateralidade”¹²⁰, foi constitucionalizada por meio daquela emenda, o que representou uma confirmação da anistia como uma dimensão de impunidade e esquecimento.

Entre 1979 e 1985, as pessoas, no Brasil, tinham receio do governo e do poder militar, mas não aguentavam mais as atrocidades do regime. Por isso, houve uma aceitação de uma anistia com imposição da ditadura militar, como um início de redemocratização do Brasil, sem esquecer as palavras de (Swensson Junior, 2013), a saber:

[...] A democracia no Brasil é um processo inacabado, perene (e não um fato consumado), cujo aprofundamento e fortalecimento dependem da luta dos segmentos sociais interessados, os quais constituem a grande maioria do povo brasileiro [...] (Swensson Junior, 2013, p. 340).

No entanto, de acordo com MEZAROBBA (2003), a EC nº26/85 dispõe sobre a concessão de promoções aos servidores anistiados pela lei 6.683, assim, mantém desta lei o limite do período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979 e assegura aos servidores civis ou militares, aposentados ou na reserva, o direito ao recebimento de promoções no posto em que deveriam estar caso estivessem em atividade, com observância dos prazos de permanência legais e regulamentares.

Com o fim do longo período de repressão, fruto do regime autoritário¹²¹ de 1964, a promulgação da Constituição Cidadã de 1988 marcou a nova estrutura constitucional em prol da democracia perdida naquela época. A partir de então, houve

¹²⁰ A lei não foi considerada um acordo negociado democraticamente, mas muito mais uma imposição do poder vigente.

¹²¹ Não se deve empregar o autoritarismo como sinônimo de totalitarismo, pois este representa um cerceamento total da liberdade humana, a criação do fanatismo e o culto de personalidade, a exemplo, Alemanha Nazista.

uma gradativa busca pela memória, verdade e justiça dos fatos ocorridos em desacordo com os anseios dos militares, que eram os detentores do poder político (jurídico e legislativo) do nosso país, em mais de 20 anos de ditadura.

A Constituição brasileira vigente conhecida como cidadã e neoconstitucional, à semelhança de alguns países latino-americanos, instituiu certos dispositivos para buscar a consolidação do Estado democrático, dentre eles: Cláusulas Pétreas, que, no Brasil, foram influenciadas pelos ensinamentos do eminente constitucionalista português J.J. Canotilho, com o objetivo principal de proteger o direito em face de possíveis ataques revolucionários e mudanças nos direitos fundamentais, assim como o reconhecimento na Constituição do respeito ao direito internacional dos direitos humanos, o princípio da dignidade da pessoa humana, o acesso a informações como um dos direitos fundamentais, a liberdade de direito em diversos aspectos, a busca de uma maior publicidade e transparência dos atos, dentre outros.

O que se constata, segundo ABRÃO (2014), é que a anistia do ADCT nº 8 é distinta da resultante da EC 26/85, pois esta é considerada como impunidade e esquecimento, enquanto aquela a direcionou àqueles que foram atingidos pelos atos de exceção, e não aos perseguidores, com a previsão, inclusive, de novos direitos reparatórios. E, ainda, o doutrinador ressalta que a CF/88 estabelece uma série de direitos fundamentais em seu artigo 5º, dentre os quais, a inadmissibilidade da tortura, de qualquer tratamento desumano ou degradante, assim como considera como inafiançáveis e insuscetíveis de graça e anistia, a prática de tortura ou outro tratamento degradante.

Segundo Torelly (2014), o processo de justiça de transição no Brasil é caracterizado pela reparação. Para cumprir, o artigo 8º do ADCT, o Governo Federal brasileiro criou duas comissões de reparações: uma em 1995 (CEMDP) e outra em 2001 (CA), com medidas não apenas de compensação econômica das vítimas, mas também, oitiva, para a divulgação dos fatos encontrados e a implantação de outras agendas associadas à justiça de transição.

Dentre as mudanças oriundas do artigo 8º do ADCT ABRÃO e TORELLY (2011) relata que houve uma extensão da reparação tanto ao setor privado, quanto aos trabalhadores demitidos em razão de participarem de manifestações de greve, assim

como houve a ampliação do período de tempo da reparação, considerando desde 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição de 1988.

Nas palavras de MEZAROBBA (*op. cit.*), o artigo 8º do ADCT trouxe alguns avanços com relação à Anistia de 1979, como o direito a promoção da Emenda nº 26 já mencionada acima, que foi estendido aos trabalhadores privados, dirigentes e representantes sindicais por motivos exclusivamente políticos, com exceção do §3º daquele artigo, que excluiu os aeronautas da concessão do benefício econômico descrito, uma vez que não houve a elaboração da lei necessária para o reconhecimento deste direito, no prazo previsto, mesmo diante de uma determinação do STF.

Esse passo fundamental de um repúdio ao regime autoritário e inserção de um Estado constitucional de direito, fruto de inúmeras reivindicações populares, principalmente dos familiares dos desaparecidos ou mortos pelo regime militar ditatorial brasileiro, fez com que o artigo 8º, § 3º, do ADCT computasse, para efeito de aposentadoria no serviço e previdência social, o tempo de mandato exercido gratuitamente pelo vereador.

Para Torelly (2014), a CEMDP tem como sua principal finalidade localizar as pessoas desaparecidas e mortas no período da ditadura militar no Brasil, assim como localizar os seus restos mortais. Essa comissão foi responsável pela descoberta de um número considerado de pessoas mortas e desaparecidas pelo regime, muitas delas com um reconhecimento negativo da verdade.

A CNV, portanto, como não possui natureza judicial, visa aos seguintes fins: 1- fazer com que a instituição não seja contrária aos perpetradores, assim, deixa-os mais à vontade e 2- os parâmetros do devido processo legal não são observados, em razão da ausência de natureza jurídica, tudo isso, conforme Torelly (*op. cit.*)

Eis o posicionamento de Costa (2014), sobre o que se espera de justiça de transição no Brasil, a saber:

[...] A verdade e a justiça exigem o julgamento como uma obrigação devida às vítimas e seus parentes, de modo a prevenir futuras violações, viabilizar e fortalecer a democracia, além de reforçar valores fundamentais à sociedade, experiência levada ao cabo no Cone Sul, em especial no Chile, com as Comissões de Verdade e Reconciliação (COSTA, 2014, p. 291).

MEYER e OLIVEIRA (2014) analisa o artigo 8º do ADCT em comparação com a decisão brasileira na CrIDH (Caso Gomes Lund) e argumenta que o dispositivo descrito refere-se a uma anistia a todos aqueles atingidos pelos atos de exceção do regime militar opressor, portanto, há a exclusão dos agentes repressores. A decisão da CrIDH no caso Gomes Lund vs. Brasil retorna ao assunto, ao afirmar MEYER e OLIVEIRA (2014, p.19):“não existe anistia para os que praticaram tortura, perseguições, desaparecimentos forçados, prisões arbitrárias e assassinatos”.

Esse artigo do ADCT foi regulamentado no governo FHC, via Medida Provisória 2.151/2001, convertido, posteriormente, na Lei 10.559/02, que instituiu a Comissão da Anistia (CA). Por conseguinte, é conveniente mencionar a distinção feita por Silva Filho (2014) entre a Anistia de 1979 e a Lei de 2002, a saber:

[...] Em primeiro lugar, ao exigir a verificação e comprovação da perseguição política sofrida, a lei de anistia acaba suscitando a apresentação de documentos e narrativas que trazem de volta do esquecimento os fatos que haviam sido desprezados pela anistia de 1979. Passa a ser condição para a anistia a comprovação e o detalhamento das violências sofridas pelos perseguidos políticos (SILVA FILHO, 2014, p.29).

Em suma, a CA é reconhecida como um órgão encarregado de coletar as informações prestadas e os documentos apresentados, independente de analisar a veracidade dos fatos alegados, por isso, não pode servir de provas em um processo judicial. Ademais, ela tem acesso a documentos disponíveis no Arquivo Nacional e no antigo SNI, com o fim de saber com maior segurança se houve ou não perseguição política, nas palavras de Torelly (2014).

Não resta dúvida de que houve uma parceria eficaz entre os objetivos da Lei 10. 559/2002 em ampliar as políticas reparatórias e a Comissão da Anistia, criada a partir daquela lei, com o fim de aumentar o acesso e a coleta de informações, para toda e qualquer violação relacionada ao regime de exceção, como ressalta Fecher (2014).

Para Mezarobba (2014), a entrada em vigor da Lei 10.559/02 trouxe importantes mudanças para os servidores civis e militares, que haviam perdido seus postos de trabalho. Assim, ela concedeu uma reparação econômica de caráter indenizatório e a possibilidade de contagem do tempo de serviço, com todos os efeitos, daquele tempo que aqueles servidores ficaram afastados de suas funções.

Segundo Abrão *et al* (2011), entre a Anistia da CF/88 e a regulamentação da Lei de 2002, alguns Ministérios e órgãos públicos criaram comissões com a finalidade de analisar a pertinência jurídica dos pedidos de reintegração ao trabalho e a reparação econômica do artigo 8º do ADCT, que, se aprovada, geraria “aposentadorias excepcionais”, por isso houve uma mobilização dos perseguidos políticos quanto ao requerimento deste benefício previdenciário.

Com o objetivo de serem concedidas reparações homogêneas à diversidade de requerentes, entre os quais, os perseguidos tradicionais e os militantes de organizações de resistências do setor público e privado, a Lei de 2002 determinou que todos os processos conclusos ou em andamento, iniciados em órgãos da Administração direta ou indireta, fossem encaminhados à Comissão de Anistia, com a finalidade de efetivar a reparação prevista no ADCT nº 8, segundo Abrão e Torelly (2011).

Outro ponto discutido também corresponde ao direito tanto dos trabalhadores públicos afastados de suas funções, por impossibilidade política, quanto do setor privado de receberem uma pensão mensal, denominada “PMPC” como reparação econômica, a ser equivalente a um salário de um servidor na ativa, direito este assegurado desde a data da promulgação da CF/88.

Por fim, nas palavras de Abrão *et al* (2014), a justiça transicional no Brasil é considerada uma forma de controle dos militares, que apenas falaram em um processo negociado, mas que, na verdade, foi imposto e aceito por uma população que sonhava com o retorno à democracia, de qualquer maneira. Este fato se constata com a aprovação de uma Lei de Anistia de 1979. Portanto, uma maior convergência com a luta popular de redemocratização ocorreu com o ADCT nº 8, em cujo texto se concede anistia aos perseguidos políticos e o direito destes de resistir à opressão.

4.3 DECISÃO DA ADPF Nº153: PRINCIPAIS MUDANÇAS JURÍDICAS

A decisão da ADPF nº153, julgada no dia 29 de abril de 2010, cujo relator foi Eros Grau, resultou em uma série de debates entre juristas e demais instituições que se dedicam às causas da justiça transicional democrática brasileira. Um dos argumentos que justificou o posicionamento do ministro relator, que causou grandes polêmicas, refere-se ao fato de a Lei de 1979 ter sido fruto de um (ADPF nº153/DF, p.9) “debate

nacional com a participação de diversos setores da sociedade civil, a fim de viabilizar a transição entre o regime autoritário militar e o regime democrático atual”.

Outro ponto gerador de discussão resultou no fato do contexto histórico da Lei de 1979, que foi em plena vigência de um governo autoritário, em que o Congresso Nacional era formado por senadores biônicos e não havia eleições diretas, mas sim uma escolha feita com influência dos militares. Portanto, não foi considerada coerente, a recepção da Lei de Anistia descrita pela Constituição democrática vigente.

Um equívoco inadmissível corresponde à não exclusão dos agressores do regime de exceção da anistia. Essa mudança, como já descrito neste trabalho, já havia sido feita no ADCT nº 8, portanto, as críticas com relação à recepção da Lei de 1979 pela CF/88, em especial o não acolhimento constitucional pelo relator da ADPF nº153, do que dispõe o *caput* do ADCT descrito. Por conseguinte, o juiz relator discorre em seu voto que a Lei nº 6.683 está integrada na CF/88, portanto, (ADPF nº153/DF, p.44) [...] “não se pode divisar qualquer grandeza entre o preceito veiculado pelo §1º do artigo 4º da EC 26/85 e a Constituição de 1988”.

Além disso, o ministro Eros Grau argumentou também que a Anistia de 1979 foi reafirmada pela da EC 26/85. Assim, o magistrado decidiu que, se precisasse ocorrer revisão da lei mencionada em razão de mudanças no tempo e na sociedade, deveriam ser feitas pelo legislativo, a exemplo do que ocorreu no Chile, na Argentina e no Uruguai.

Aspecto discutido no voto do relator trata do fato de que os crimes conexos estabelecidos na Anistia da Lei 6.683 devem ser compreendidos em função da (ADPF nº153, p.33): “[...] migração da ditadura para a democracia política, de transição conciliada de 1979 que há de ser ponderada. [...]” Ademais, em outra parte, o voto descrito considerou que, com a legitimidade do perdão da Lei de 1979, haveria acesso aos documentos históricos e à construção do direito à verdade.

Por conseguinte, considera-se correto o posicionamento de Piovesan (2014), a saber:

Com esta decisão, o Supremo Tribunal Federal denegou às vítimas o direito à justiça – ainda que tenha antecipado seu endosso ao direito à verdade. Não apenas denegou o direito à justiça, como também reescreveu a história brasileira mediante uma lente específica, ao atribuir legitimidade político-

social à lei de anistia em nome de um acordo político de uma reconciliação nacional (PIOVESAN, 2014, p.457).

No mesmo sentido, Weichert (2014) entende que não houve, na verdade, um acordo político entre opositores, mas a elaboração de uma Lei da Anistia que foi considerada como (WEICHERT, 2014, p.255) “[...] “produto” unilateral e exclusivo do governo militar”. Assim, não há que se falar em um debate legítimo e um acordo de vontades, mesmo sabendo que o início desse processo se deu com pressão popular, principalmente, das mulheres e outros familiares dos perseguidos políticos.

Além disso, concorda-se com as críticas à decisão da ADPF nº153/DF, de ABRÃO e TORELLY (2014), que são as seguintes:

Particularmente temos leitura crítica a esta decisão pelos seguintes motivos: (I) - ela reconhece no regime iniciado após o golpe de Estado em 1964 os elementos essenciais de um Estado de direito, (II) considera legítimo o pacto político contido na Lei de Anistia que, mesmo sendo medida política, teria o condão de subtrair um conjunto de atividades delitivas da esfera de atuação do poder judiciário, (III) conseqüentemente, como efeito prático, negou a esfera de atuação militar por meio do exercício de controle de constitucionalidade, (IV) reconhece que a lei de anistia e a emenda Constitucional convocatória da Constituinte são as bases do Estado Democrático de Direito no Brasil, (V) ignora que anistiar aos “dois lados” em um mesmo ato não anula o fato de que, no ato, o regime estaria anistiando a si próprio, (VI) não leva em conta os tratados e convenções internacionais em matéria de Direitos Humanos, que já havia declarado como inválidas as autoanistias e anistia a grave violações contra os direitos humanos, (VII) omite-se quanto ao tratamento consoante os precedentes do próprio tribunal constitucional pátrio, em sede da imprescritibilidade dos crimes de desaparecimento forçado, forjados nos casos de extradição de repressores argentinos (ABRÃO e TORELLY, 2014, p. 124).

Resta demonstrado que, de acordo como se posicionou o STF na decisão da ADPF nº153, houve como se fosse um esquecimento em relação a determinados direitos conquistados, a partir do ADCT nº 8, como o fato de os repressores do regime ditatorial serem excluídos da anistia. A recepção de uma Lei de 1979, por uma constituição dita cidadã, de 1988, constitui uma decisão judicial equivocada, levando a acreditar em um julgamento com influências políticas. Ademais, apesar de o Brasil ainda não ter subscrito a Convenção da ONU sobre a imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e daquele de lesa-humanidade de 1968, ele faz parte dos sistemas internacional (ONU) e interamericano de proteção de direitos humanos, assim como reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana desde 1998.

Além disso, determinados crimes que causam graves danos aos seres humanos, por serem considerados permanentes, apenas cessam a permanência a partir do momento em que há a constatação da autoria, com investigações, acostamentos de provas aos autos, confissões e denúncias e demais procedimentos judiciais. Somente após uma abertura democrática de nosso país, que deve olhar com mais consideração aos casos relacionados aos direitos humanos, por possuir inserido na Constituição atual cláusulas abertas aos direitos internacionais dos direitos humanos, surgiram algumas mudanças, entre as quais: o Ministério Público com a competência para proteger e defender o ser humano; a criação das comissões da verdade e da anistia; as caravanas da anistia; o pedido simbólico de perdão; as pesquisas sobre justiça de transição espalhadas pelas universidades brasileiras e no exterior; as defensorias públicas, etc.

Não se pode esquecer o longo período de repressão militar no Brasil. A necessidade de olhar o posicionamento dos outros países (como Argentina, Chile, Peru e Uruguai), que passaram pela mesma época de ofensas à dignidade do ser humano, questão que deve ser levada em conta, como forma de se chegar a um desfecho justo, eficaz e válido, não precisando tomar as mesmas decisões, já que cada país possui uma forma de resolver a questão da anistia em razão de fundamentos culturais, educacionais, políticos e jurídicos distintos.

A crítica maior que se faz à decisão do STF não é o fato de não responsabilizar criminalmente os agentes agressores da ditadura, diferente do que fez a Argentina (que os responsabilizou), com o julgamento da inconstitucionalidade nas leis de anistia, ponto final de 1986, e a da obediência devida de 1987, mas o fato de a nossa Suprema Corte não considerar os costumes, os acordos e convenções internacionais como complementos de nossas decisões jurídicas, *verba gratia*, o pronunciamento do ministro do STF Marco Aurélio após decisão do caso *Gomes Lund vs. Brasil*, a saber (Boiteux, 2013, p.202): “[...] a decisão da CIDH¹²² tem eficácia apenas política e que “não tem concretude como título judicial. Na prática, o efeito será nenhum, é apenas sinalização”.

Constata-se uma verdadeira omissão de alguns julgadores que deveriam ter um posicionamento mais aberto com relação à evolução do direito internacional dos direitos humanos. O Ministro Ricardo Lewandowski, que, entre outros, teve o voto vencido, na ADPF nº 153, de uma maneira mais adequada julgou que os crimes ocorridos contra os

¹²² Nesta citação CIDH – significa Corte Interamericana de Direitos Humanos.

subversivos políticos da ditadura militar brasileira foram considerados como permanentes, pois (ADPF/DF nº153, p. 104) “[...] o resultado delituoso portrai-se no tempo, enquanto a vítima estiver privada de sua liberdade ou os seus restos mortais não forem encontrados [...]”.

Além disso, o juiz citado ainda argumentou em seu voto o seguinte: (ADPF/DF nº153, p. 107) “[...] não se sabe bem ao certo por quem, ela em verdade foi editada em meio a um clima de crescente insatisfação popular contra o regime autoritário”. Assim, ele decidiu, em outras palavras, que, apesar da vontade popular na transição da ditadura para a democracia, esse processo ocorreu de forma lenta, gradual e controlada pelo regime militar, o que se confirma com a edição da Lei de 1979.

E, ainda, Lewandowski entendeu que não devem ser tratados com conexão os crimes políticos praticados pelos opositores do regime e os comuns atribuídos aos agentes do Estado. E diz, enfim, que, mesmo a Lei de Anistia 6.683 tendo a finalidade de considerar uma (ADPF nº153/DF, p. 112) “conexão material entre ilícitos de natureza distinta, praticados por pessoas diferentes e em circunstâncias diversas”, não deve ser bem sucedido tal posicionamento.

De forma bastante coerente, o ministro mencionado acima fez, em seu voto, uma distinção entre crimes políticos e crimes comuns, realçando, em suma, que o contexto histórico é um elemento utilizado para fazer a distinção de tais delitos. Assim, ele usou como parâmetro algumas decisões anteriores da Suprema Corte (STF), que trata sobre a extradição para justificar o seu posicionamento.

Por isso, convém mencionar parte de sua decisão, a saber:

Assim, o mesmo crime que, numa ditadura, pode vir a ser absolvido sob a forma de anistia, numa democracia, é crime mesmo, crime preponderantemente comum, ainda que a motivação interior tenha origem numa hostilidade política. Caso contrário, qualquer indivíduo poderia tomar a lei em suas mãos, punir seu inimigo como lhe agrada e revestir seu ato de nobreza política. Situação em que a vida social assumiria a forma do mundo hobbesiano (ADPF nº153, 2010, p. 125).

Além disso, Lewandowski sustentou que a Lei de Anistia de 1979 não trata de crimes comuns e também utiliza de forma equivocada a conexão, portanto, pode ser utilizada a responsabilização penal com fundamento nos delitos descritos no CP, desde

que não enquadre o caso na prática de um delito de natureza política ou cometido por motivação política.

Uma importante parte do voto do ministro descrito no parágrafo acima corresponde ao fato de que este juiz considera que não houve confirmação da Lei de 1979 pela CF/88, mas uma concessão da anistia a pessoas distintas, por meio do ADCT nº 8. Nesse sentido, eis parte do voto:

[...] a Constituição de 1988, embora pudesse fazê-lo, não ratificou a tal anistia, preferindo concedê-la, em outros termos, para beneficiários distintos, no art.8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADPF nº153/DF, p.127).

Comunga-se também com o posicionamento do ministro Ricardo, no tocante ao fato de que o Brasil tem o dever e a obrigação de investigar, ajuizar e punir as violações dos direitos humanos, em razão de ter ratificado o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (ONU), assim como o texto da Convenção Americana, cujo descumprimento gera uma responsabilidade internacional do estado brasileiro, em razão da ação ou omissão de seus poderes ou órgãos.

Já o voto do ministro Ayres Brito é no sentido de não enquadrar na Lei da Anistia de 1979 os crimes praticados no período da exceção militar no Brasil, pelo fato de eles serem considerados hediondos ou equiparados. Portanto, não estarem inseridos no núcleo daquela lei corresponde a um dos argumentos adequados para esta pesquisa.

É oportuno mencionar trecho do voto de Ayres, a saber:

[...] o torturador não comete crime político, não comete crime de opinião, reitera-se o juízo. O torturador é um mostro, é um desnaturado, é um tarado. O torturador é aquele que experimenta o mais intenso dos prazeres diante do mais intenso dos sofrimentos alheios, perpetrados por ele próprio. É uma espécie de cascavel da ferocidade tal que morde até o som dos próprios chocalhos. Não se pode ter condescendência com ele. Mas, convenhamos, a Lei de Anistia podia, por deliberação do Congresso Nacional, anistiar os torturadores. Digamos que sim, mas que o fizesse claramente, sem tergiversação. E não é isso que eu consigo enxergar na Lei de anistia (ADPF nº153/DF, 2010, p.140).

Ademais, o ex-ministro do STF, citado acima, ainda mencionou não enxergar o caráter amplo, geral e irrestrito, assim como a falta de clareza e adequada deliberação da

Lei de Anistia, principalmente, se o regime foi considerado político de exceção. Para tomar este posicionamento, o juiz decidiu no sentido de utilizar o método de compreensão histórico dos fatos.

Essa polêmica decisão ainda não encerrou, não houve o ponto final, já que ingressaram com Embargos de Declaração. Mesmo que este recurso não seja julgado procedente, representará uma busca de mudança no ambiente jurídico brasileiro. O fortalecimento do MPF na investigação e denúncias de causas relacionadas ao processo de justiça de transição no Brasil tem sido um passo, para que haja um repensar quanto às decisões que precisam ser adaptadas à sociedade, a qual exige uma democracia mais efetiva.

O caso do ex-deputado Rubens Paiva é um exemplo de tentativa de mudança na seara judiciária brasileira, já que o juiz da 4ª Vara Criminal do Rio de Janeiro aceitou a denúncia do MPF/RJ contra 05 militares acusados de sua morte. O magistrado argumentou que as condutas objeto da denúncia (tortura, ocultação de cadáver e fraude processual) não estão amparadas nos atos institucionais. Portanto, ele ressaltou que só a motivação política não determinada a aplicação da anistia. Ademais, o juiz *a quo* chegou à conclusão de que parte do artigo primeiro da Lei de 1979 foi vetada pelo General Figueiredo, no tocante à concessão da anistia com disposição em outras normas legais, como o CP, portanto, beneficiou os que foram punidos com base em atos institucionais e complementares.

Além do mais, um importante ponto reconhecido no caso Rubens Paiva foi com relação à competência da União para celebrar tratados internacionais. Assim, como o dever do Brasil de respeitar os acordos, tratados e princípios internacionais, as resoluções da ONU, dentre elas, a que determina o fato de os crimes contra a humanidade serem considerados imprescritíveis.

Para Baggio (2014), um dos pontos na temática da transição política democrática no Brasil corresponde ao papel da Comissão da Anistia, que, apesar de não possuir competência para responsabilizar agentes dos Estados, que cometeram crimes de lesa-humanidade, tem feito um trabalho educativo e de incentivo a debates transparentes com a participação da sociedade e de muitos juristas interessados pelo assunto, apresentando argumentos favoráveis e contra a responsabilização.

Os Procuradores da República, com base na representação de familiares de mortos e desaparecidos políticos, que reclamam a falta de acesso às informações e a demora na identificação dos corpos encontrados nas valas clandestinas do cemitério de Perus (SP), tem ajuizado ACPs com a finalidade de responsabilizar civilmente agentes do Estado que participaram de atos de violações aos direitos humanos dos perseguidos políticos, segundo Baggio (*op. cit.*).

Enfim, apesar da polêmica decisão do STF com relação ao reconhecimento da Lei da Anistia de 1979, há um movimento de juristas que buscam uma democracia efetiva e um país mais inserido no contexto das relações internacionais. A memória, a verdade e a justiça são alguns passos empregados na transição brasileira responsáveis por essa mudança. No entanto, não basta, pois precisa uma nova postura sob os fatos que ocorreram no passado de graves ofensas ao ser humano, que não podem ser esquecidos, nem relegados, e, sim, reanalisados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final desta pesquisa, tornam-se necessárias as seguintes observações: a contribuição europeia e a norte-americana foram de suma importância para a estruturação no Brasil de uma República Federativa Democrática de Direito, cujas bases constitucionais em muito se assemelham às das nações fontes, com as devidas adaptações ao nosso contexto multicultural e multiétnico. Não se pode olvidar, portanto, a influência na nossa sociedade das ideias dos filósofos modernos europeus: Hobbes, Rousseau, Locke, Maquiavel e Montesquieu; da Independência Norte-Americana e da Revolução Francesa. Constata-se que a justificação apenas na lei não era suficiente para formar Estados democráticos, por isso, houve o reconhecimento e maior fortalecimento da Constituição, como norma padrão para orientar os Estados nacionais, buscando estabelecer democracias e excluir formas autoritárias, que historicamente existiram.

Por conseguinte, assegura-se que, em uma sociedade democrática, deve ocorrer o respeito à diversidade, mesmo que não seja unânime, correspondendo a uma interpretação da teoria de Rousseau, que assegura a vontade de todos como egoísta, isolada, privada, e a vontade geral como a adequada, pois corresponde tanto a de toda comunidade como a de cada indivíduo. Além disso, nas palavras de Bobbio (*op. cit.*) o exercício da cidadania não corresponde apenas ao fato de “depositar o voto na urna”, mas também a uma participação mais ativa na sociedade em distintos setores.

O Brasil, portanto, é uma sociedade pluralista, o que significa que ele deve ser tolerante, caracterizado pela coexistência de projetos de concepções diversificadas e algumas destas de cunho divergentes, que convivem da melhor forma possível em um Estado constitucional democrático de direito. Para Gallupo (2008), é necessário que o homem moderno seja um ser livre e igual, devendo conviver algumas vezes e colaborar com os vários projetos sobre a vida digna.

O nosso país tem uma estrutura legislativa evoluída relacionada à proteção dos direitos humanos, principalmente, com a inclusão do §3º no art.5º da CF/88, após a EC.45/04, assim como, a assinatura de acordos, contratos e pactos internacionais relacionados àquele tema e também à inserção no Sistema Regional Interamericano, com o reconhecimento da jurisdição da CrIDH, e no Sistema Internacional de defesa

dos direitos humanos. Entretanto, ainda não há uma devida aplicação das jurisprudências da CrIDH, em razão da carência de utilização do controle de convencionalidade no judiciário. Esse fato se constata com a decisão da ADPF nº153, que julga válida e constitucional a anistia dos crimes políticos ocorridos no período da ditadura militar, sem aplicar a convencionalidade, nem correlacionar com jurisprudências do Sistema Interamericano, de outros países sul-americanos, que passaram pelas mesmas amarguras da repressão política da ditadura nas décadas de 1960/70, dentre os quais: Peru, Chile e Uruguai.

Há uma maior proteção aos direitos fundamentais, ou humanos, a partir de uma abertura da jurisdição constitucional, e não apenas aquela positivada nas constituições internas de cada Estado. Este fato tem como ser desenvolvido e ampliado, pois o Brasil é considerado um membro da Organização dos Estados Americanos (OEA) desde 1945, sendo vinculado à Convenção Americana de Direitos Humanos a partir de 25 de setembro de 1992, o que o consolidou no Sistema Regional de Direitos Humanos das Américas, conhecido como o Sistema Interamericano. Além disso, o nosso Estado reconheceu a competência jurisdicional da Corte Interamericana em dezembro de 1998, por meio do decreto legislativo n.89/1998.

O Brasil, conforme descrito no parágrafo acima, com posições ratificadas em acordos e pactos internacionais, deve, em suas decisões, julgar os direitos humanos em sintonia com os princípios estabelecidos pelo novo paradigma do trapézio constitucional. No entanto, por ainda prevalecerem os efeitos jurídicos (validade interna) da Lei Anistia de 1979, o entendimento contrário persistiu, resultando no não acolhimento da Convenção Americana neste caso, em desarmonia com o posicionamento da maioria dos países da América do Sul, que passou por esse período horrendo da ditadura.

Esse novo paradigma jurídico equiparou os direitos humanos internacionais ao mesmo nível hierárquico das constituições nacionais, assim como, determinou nos casos de divergência na interpretação, a utilização do princípio que venha melhor beneficiar a pessoa humana. Ou seja, de um lado, a internacionalização do direito constitucional e, de outro, a internalização do direito internacional, no que tange as questões relacionadas aos direitos humanos.

As crueldades praticadas durante o período da ditadura militar no Brasil não podem ficar esquecidas, pois muitas famílias foram destruídas devido a graves agressões físicas e psicológicas, e algumas pessoas foram legalmente mortas ou ainda estão desaparecidas. Quem vivenciou ou faz referência àquela época guarda lembranças amargas de um período sem qualquer forma de liberdade de expressão e de um verdadeiro exercício da cidadania. Hoje a transparência e a abertura do nosso país chegam, muitas vezes, a nos estranhar, já que nos acostumamos a conviver dentro de uma ordem democrática de direito.

Ainda existem contradições, divergências nas questões relacionadas aos direitos humanos nas decisões do STF (análise da constitucionalidade) e da Corte Regional (análise a convencionalidade), relacionadas à anistia dos crimes políticos no período da exceção militar no Brasil, sabendo-se que o nosso país é um membro signatário de instrumentos jurídicos de direito internacional dos direitos humanos, bem como reconheceu espontaneamente a competência contenciosa da CrIDH.

Constatam-se alguns avanços no processo da justiça de transição no Brasil, dentro os quais: a CEMDP; CA; CNV; as Caravanas da Anistia, com a ampliação do julgamento das pessoas que foram consideradas como perseguidas políticas nas diversas regiões do país; a reparação, que não necessita ser tão somente econômica, a exemplo: o pedido de perdão oficial em nome do Estado aos que sofreram perseguições políticas; a promulgação da lei de acesso à informação; as denúncias apresentadas pelo MPF, dentre outros.

Isso não quer dizer que o Brasil precise adotar necessariamente uma punição criminal, como fez a Argentina, pois, apesar de vivenciarem o mesmo período de regime de ditadura militar, os dois países tiveram etapas distintas de um processo de transição. Não convém também, fundamentar a não condenação pela prescrição, pois os crimes ocorridos no período de “chumbo” no Brasil são considerados imprescritíveis pela sua natureza tanto em nível nacional, quanto internacional. O mais importante de tudo isso deve ser buscar uma contínua evolução no processo da justiça transicional brasileira, para que o nosso país não continue com a má fama de possuir uma cultura institucional da perpetuação da violência.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Paulo e Torelly Marcelo. Mutações do Conceito de Anistia na Justiça de Transição Brasileira: **A Terceira Fase da Luta pela Anistia**. In: PRADO, Inês Virginia e PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos Atual. 1ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p.112 a 127.

_____. As Dimensões da Justiça de Transição no Brasil - **A Eficácia da Lei de Anistia e As Alternativas Para a Verdade e a Justiça**. In: PRONER, Carol e Abrão Paulo. Justiça de Transição: reparação, verdade e justiça: perspectivas comparadas Brasil – Espanha. Belo Horizonte: Fórum, Coleção 3, 2013, p.235 a 269.

_____. **O Programa de Reparações como Eixo Estruturante da Justiça de Transição no Brasil**. In: Reátegui, Félix. Justiça de transição: manual para a América Latina. Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011, p. 473 a 516.

ABRÃO, Paulo. *et al.* Justiça de Transição nas Américas – **Uma Introdução**. In: MOREIRA SILVA FILHO, José Carlos *et al.* Justiça de Transição nas Américas: olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação. Belo Horizonte: Fórum, Coleção 4, 2013, p. 11 a 17.

ABRUCIO, Fernando Luiz. A Coordenação Federativa no Brasil: **A experiência do Período FHC e os Desafios do Governo Lula**. Rev. Sociol. Polít. Curitiba, 24, p.46, 2005.

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2012.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao supranacional**. São Paulo: Atlas, 2006.

ALVES, Maria Helena Moreira. **Estado e Oposição no Brasil (1964-1984)**. Petrópolis: Vozes, 1984.

AMADO, Juan Antonio Garcia **A Sociedade e o Direito na Obra de Niklas Luhmann**. In: ARNAUD, André- Jean *et al.* Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ARAUJO, Nadia de. **A influência das opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, nº6 – Junho de 2005.

ARNS, Evaristo. **Brasil: Nunca mais**. 40 ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

ARQUIVO N. Globo News. **Há 40 anos inicia o governo Geisel e a abertura política.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/globo-news/arquivo-n/videos/t/todos-os-videos/v/ha-40-anos-iniciava-o-governo-geisel-e-a-abertura-politica/3257017/>> Acesso em: 03/04/14.

BAGGIO, Roberta Camineiro. **Justiça de Transição como Reconhecimento: limites e possibilidades do processo brasileiro.** Ano 12, nº 28, Vol. 12, ISSN 1679-0316. São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2014, p. 3 a 31.

BARACHO, Hertha Urquiza *et al.* **Regionalismo e Federalismo:** As novas feições do Estado brasileiro Pós Constituição de 1988. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE, nos dias 10,11e12 de junho de 2010.

BEDIN, Gilmar Antonio *et al.* **Paradigmas das Relações Internacionais.** Rio Grande do Sul: Unijuí, 2000.

BENVENUTO, Jayme *et al.* **Normas e Decisões do Tribunal Europeu e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.** In: DA SILVA, Artur. O judiciário e o discurso dos direitos humanos. Ed. Universitária da UFPE, 2011, p.240.

BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **O futuro da Democracia.** Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** 20 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BOITEUX, Luciana e BATISTA, Vanessa Oliveira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos, Anistia e Justiça de Transição – A influência do Processo Argentino.** In: PRONER, Carol e Abrão Paulo. **Justiça de Transição: reparação, verdade e justiça: perspectivas comparadas Brasil-Espanha.** Belo Horizonte: Fórum, Coleção 3, 2013, p.179 a 206.

BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº153. Distrito Federal. Trata da constitucionalidade da Lei 6.683/79, integração a Constituição de 1988, caráter bilateral da anistia, ampla e geral. Conexão aos crimes praticados por agentes de Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção, da ditadura militar no Brasil. Arguentes – Conselho Federal da OAB do Brasil e outros.** Relator – Ministro Eros Grau. DJ 29/04/10.

CALDAS, Roberto de Figueiredo. **Poder Judiciário, Desafios Transicionais e Leis de Anistia – A Corte Interamericana de Direitos Humanos.** In: PRONER, Carol e Abrão Paulo. **Justiça de Transição: reparação, verdade e justiça: perspectivas comparadas Brasil – Espanha.** Belo Horizonte: Fórum, Coleção 3, 2013, p.119 a 142.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual**, Volume I. 19ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito**. In: CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira “Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio da teoria da interpretação enquanto teoria discursiva de argumentação jurídica de aplicação”. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CASA CIVIL. **Decreto nº4463, de 08 de novembro de 2002 - Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4463.htm> Acesso em: 12.10.13

_____. Lei nº. 6.683 – **Lei de Anistia de 28 de Agosto de 1979**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm> Acesso em: 15.08.13

_____.1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília. Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Disponível em: 07.08.12

CASAGRANDE, Lorenzo Brunelli. **Análise da Sentença do Caso Araguaia frente aos critérios da Justiça de Transição no Brasil**. In: <http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/volume8/arquivos_pdf/sumario/Lorenzo%20Casagrande.pdf> Acesso em: 12.10.13.

CEIA, Eleonora Mesquita. **A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil**. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 113-152, jan.-fev.-mar. 2013. Disponível em:<http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista61/revista61_113.pdf> Acesso em: 01.07.13.

Cf. Convenção de Viena do direito dos tratados. Disponível em: <<http://dre.pt/pdf1sdip/2003/08/181A00/46624703.pdf>> Acesso em: 14.09.13.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em <<http://www.oas.org>>. Acesso em: 22/01/13.

COSTA, Cezar Augusto Rodrigues. **Breves Anotações sobre a posição do STF brasileiro sobre a Lei da Anistia**. In: SABADELL, Ana Lucia *et al.* Justiça de Transição – Das Anistias às Comissões de Verdade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 279 a 291.

CrIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile.** Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf> Acesso em: 10.08.12

_____. **Caso Barrios Altos vs. Peru.** Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_87_esp.pdf> Acesso em: 10.08.12.

_____. **Caso Gelman vs. Uruguay.** Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf> Acesso em: 15.10.13.

_____. **Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha Do Araguaia”) vs. Brasil.** Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf> Acesso em: 10.08.1

_____. **Reglamento Corte Interamericana De Derechos Humanos.** Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf> Acesso em: 10.05.13.

_____. **Caso Nogueira de Carvalho y otro vs. Brasil.** Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_161_esp1.pdf> Acesso em: 12.07.12.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. **História do Pensamento Político** – Tomo2- O declínio do Estado-Nação monárquico. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1979.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIPPEL, Horst. **Constitucionalismo Moderno. Introducción a una historia que necesita ser escrita.** Historia Constitucional Revista Electrónica, n. 6, 2005. Disponível em: <<http://hc.rediris.es/06/articulos/pdf/08.pdf>> Acesso em: 10.03.12, p181 e 199.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos.** São Leopoldo, Rio Grande do Sul: Unisinos, 2009.

Estatuto da Comissão Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em <<http://www.oas.org>>. Acesso em 05/05/12.

Estatuto da Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em <<http://www.oas.org>>. Acesso em 05/05/12.

FACHIN, Melina Girardi. **Direito Humano ao Desenvolvimento e Justiça de Transição: Olhar para o passado, compreender o presente e projetar o futuro.** In: PRADO,

Inês Virginia e PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos Atual*. 1ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p.144 a 157.

FECHER, Viviane. Busca pela verdade: **Reflexões sobre as iniciativas oficiais e não oficiais de esclarecimentos sobre as violações de direitos humanos praticadas durante a ditadura instalada no Brasil com o golpe de 1964**. In: PRADO, Inês Virginia e PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos Atual*. 1ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p.220 a 244.

FLORES, Joaquín Herrera. **A (re) invenção dos direitos humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

GALLUPPO, Marcelo Campos. **Hermenêutica Constitucional e Pluralismo**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Orgs.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional: estudos em homenagem ao Professor José Alfredo de Oliveira Baracho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GASPAROTO, Ana Lúcia *et al.* **O Brasil e o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos**. *Revista Eletrônica de Direito Internacional*, Vol.7, 2010, pp.13. Disponível em: < <http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/volume7/>> Acesso em: 07.07.13. ISSN 1981-9439

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

GOMES, Laurentino. **1808**: Como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007, p121

_____. **1889**: como um imperador cansado, um marechal vaidoso e um professor injustiçado contribuíram para o fim da monarquia e a proclamação da República no Brasil. São Paulo: Globo Livros, 2013.

GORENSTEIN, Fabiana. **O Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. In: LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto (Org.). *Acesso aos sistemas global e regional de proteção aos direitos humanos*. GAJOP / MNDH. 2002, p. 61-63. Disponível em: <http://www.gajop.org.br/arquivos/publicacoes/Manual_de_Direitos_Acesso aos Sistemas_global_e_Regional.pdf> Acesso em: 10.10.13

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**: Estudos de Teoria Política. 3 ed. São Paulo: Loyola, 2002.

HAGEN, Acácia Maria Maduro. **O Trabalho Policial**: Estudo da Polícia civil do Estado do Rio Grande do sul. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

HALL, Stuart. **A identidade Cultural na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: DP&A, 2011.

<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>. Acesso em: 14.08.13

IANNI, Octávio. **A ideia de Brasil Moderno**. São Paulo: Brasiliense, 2004.

JUST, Gustavo *et al.* **Teoria Hermenêutica do direito**: autores, tendências e problemas. In: LIMA, Flávia Danielle Santiago. *Da pluralidade de intérpretes da Constituição: uma crítica à pretensão democratizadora da jurisdição constitucional a partir da influência da obra de Peter Häberle na doutrina brasileira*. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2012.

LAKATOS, Eva Maria *et al.* **Metodologia do Trabalho Científico**. 7 ed. – 5. reimpr.- São Paulo: Atlas, 2010.

LÁZARO, María Carmelina Londoño. **El Principio de legalidad y el Control de Convencionalidad de las leyes confluências y perspectivas de derechos humanos**. Revista Jurídica – Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Número 128, sección de Artículos, 2010. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/128/art/art7.htm>> Acesso em: 01.07.13.

LEITE, Marcos Thadeu Alvarenga. **Controle de Convencionalidade**: os direitos humanos como parâmetro de validade das leis. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24711/control-de-convencionalidade-os-direitos-humanos-como-parametro-de-validade-das-leis>> Acesso em: 10.12.13.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Da pluralidade de intérpretes da Constituição**: uma crítica à pretensão democratizadora da jurisdição constitucional a partir da influência da obra de Peter Häberle na doutrina brasileira. In: JUST, Gustavo *et al.* *Teoria Hermenêutica do direito: autores, tendências e problemas*. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2012.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**: Aulas Publicadas por Javier Torres Nafarrate; tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 2 ed. Petrópolis, RJ: 2010.

MARTIN, Claudia. **La Corte Interamericana de los derechos humanos: funciones y competencia**. In: MARTIN, Claudia *et al.* *Derecho Internacional de los derechos humanos*. Ciudad de Mexico: Universidad Iberoamericana, 2006, p.210.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Hierarquia Constitucional e Incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no**

ordenamento

brasileiro.

Disponível

em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_21/artigos/art_valerio.htm>

Acesso em: 12.10.13

_____. **Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no direito brasileiro.** Revista de Informação Legislativa. Brasília a.46 n.181 jan./mar.2009

MEZAROBBA, Glenda. A verdade e o Processo de Acerto de Contas do Estado Brasileiro com as vítimas da Ditadura e a Sociedade. In: PRADO, Inês Virginia e PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos Atual. 1ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p.184 a 201.

_____.Um acerto de Contas com o Futuro. A anistia e suas consequências – **Um Estudo do Caso Brasileiro.** Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003, p.109 a 135.

MEYER, Emilio Peluso Neder. Anistia e Poder Constituinte: **Bases de uma compreensão hermenêutica do projeto constitucional instituído pela Constituição de 1988.** In: Piovesan, Flávia e SOARES, Inês Virgínia Prado. Direitos Humanos atual. 1 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p.42 a 62.

_____. e DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. **Justiça de Transição nos 25 anos de Constituição de 1988.** In: MEYER, Emilio Peluso Neder e DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. Justiça de Transição nos 25 anos da Constituição de 1988. 1ed. Belo Horizonte: Initia Via Editora Ltda, 2014, p.7 a 34.

MIGST, Karen A., 1947. **Princípios de relações internacionais;** tradução Arlete Simille Marques. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2009.

MILLALEO, Salvador. La justicia de transición en el cono sur como Historia Global. **Un caso de convergencia jurídica.** In: SABADELL, Ana Lucia *et al.* Justiça de Transição – Das Anistias às Comissões de Verdade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.13 a 40.

MORAES, Emanuel de. **A origem e as transformações do Estado, livro 1.** Rio de Janeiro: Imago Editores, 1996.

MCGREW, Antony. **Globalization and Global politics.** In: BAYLIS, John *et al.* “The Globalization of world Politics.” New York: Oxford University, 2008.

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

_____. **Do consenso ao dissenso:** o estado democrático de direito a partir e além de Habermas. In: SOUZA, Jessé (org.). *Democracia hoje: Novos Desafios para a Teoria Democrática Contemporânea*. Brasília: UnB, 2001.

PASQUALUCCI, Jo M. **The Practice and Procedure of the Inter- American Court of Human Rights**. Cambridge University Press, 2003.

PENNA, Luciana Rodrigues *et al.* **Impactos da Globalização na Hermenêutica Constitucional: Flexibilidade e pluralismo na Interpretação do Direito do Século XXI**. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04,05,06 e 07 de novembro de 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e Direito Constitucional Internacional**. 12ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direitos Humanos e Justiça Internacional:** um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 3ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Temas de Direitos Humanos**. 6 ed. São Paulo: Saraiva 2013.

_____. **Direito à Verdade e à Justiça: o Caso Brasileiro**. In: Piovesan, Flávia *et al.* *Direitos Humanos atual*. 1 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p.451 a 463.

PINZÓN, Diego. **La Comisión Interamericana de los derechos humanos**. In: MARTIN, Claudia *et al.* *Derecho Internacional de los derechos humanos*. Ciudad de Mexico: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 178.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado - Incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário**. 5 ed. Salvador: Jus Podvim, 2013.

PRADO JÚNIOR, Caio. **Formação do Brasil Contemporâneo:** Colônia. São Paulo: Brasiliense, 2004.

PRONER, Carol. **A Lei de Anistia Brasileira sob a Ótica do Direito Internacional e da Imprescritibilidade dos Crimes de Lesa-Humanidade**. In: PRONER, Carol e Abrão Paulo. *Justiça de Transição: reparação, verdade e justiça: perspectivas comparadas Brasil – Espanha*. Belo Horizonte: Fórum, Coleção 3, 2013, p.311 a 329.

RAMOS, Carlos Henrique. **Mutação Constitucional:** constituição e identidade constitucional evolutiva. Curitiba: Juruá, 2013.

RE 511961/SP. Rel. Min. Gilmar Mendes. **Órgão Julgador:** Tribunal Pleno. Julgamento: 13/11/2009. Publicação 13/11/2009

RESENDE, Ranieri Lima. Antinomia radical entre as leis de autoanistias e a obrigação de punir os perpetradores de violações aos direitos humanos. **Fundamentos e análise de casos.** In: MEYER, Emilio Peluso Neder e DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. Justiça de Transição nos 25 anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: Initia Via, 2014 p. 607 a 642.

SABADELL, Ana Lucia e DIMOULIS, Dimitri. **Considerações de história e política do direito.** In: SABADELL, Ana Lucia *et al.* Justiça de Transição – Das Anistias às Comissões de Verdade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 249 a 278.

SAMPAIO, José Adércio Leite e Lemos, Eduardo Loureiro. **Notas sobre o Direito à Memória e à Verdade.** In: PRADO, Inês Virginia e PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos Atual. 1ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 202 a 219.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **Neoconstitucionalismo, Poder Judiciário e Direitos Fundamentais.** Curitiba: Juruá, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Tratados de Direitos Internacionais em matéria de Direitos Humanos:** Revisitando a Discussão em torno dos Parágrafos 2º e 3º do art.5º da Constituição Federal de 1988. In: NEVES, Marcelo (coord.) Transnacionalidade do Direito: Novas Perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SCHILLING, Kurt. **História das ideias Sociais.** Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1966.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade.** Tradução Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doniselli Mendes São Paulo: Companhia das letras, 2000.

SILVA, Angela Moreira Domingues da. Perspectivas Históricas sobre Justiça de Transição no Brasil: **Das certidões de “Paradeiro Ignorado” à criação da Comissão da Verdade.** In: Piovesan, Flávia *et al.* Direitos Humanos atual. 1 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p.158 a 172.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira. **A ambiguidade da Anistia no Brasil: Memória e Esquecimento na transição inacabada.** In: PRADO, Inês Virginia e PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos Atual. 1ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p.16 a 41.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – Decido conforme minha consciência?** 4ed rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. **Constitui a Anistia um Obstáculo para a Justiça de Transição Brasileira?** In: PRONER, Carol e Abrão Paulo. Justiça de Transição: reparação, verdade e justiça: perspectivas comparadas Brasil – Espanha. Belo Horizonte: Fórum, Coleção 3, 2013, p.331 a 362.

TABAKMAN, Roxana. **Escola de Horrores.** Revista Aventuras na História para viajar no tempo. São Paulo, edição 85, p.51, agosto, 2010.

TAYLOR, Charles. **Imaginários Sociais Modernos**. Edições Textos & grafia, 2004.

TORELLY, Marcelo D. Das comissões de reparação à comissão da verdade – **As contribuições dos acervos da Comissão Especial sobre Mortes e Desaparecidos Políticos e da Comissão da Anistia para a Comissão Nacional da Verdade brasileira**. In: In: SABADELL, Ana Lucia *et al.* Justiça de Transição – Das Anistias às Comissões de Verdade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.407 a 423.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Pluralismo político e integração social**. In: SEVERO NETO, Manoel, (org.). Direito, Cidadania & Processo. Recife: Fasa, 2006, v.3, p.325 a 341.

THOMPSON, John B. **Ideologia e Cultura Moderna**: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa. Petrópolis: Vozes, 1995.

TORELLY, Marcelo D. Das Comissões de Reparação à Comissão da Verdade - **As contribuições dos acervos da Comissão Especial sobre os Mortos e Desaparecidos Políticos e da Comissão de Anistia para a Comissão da Verdade brasileira**. In: SABADELL, Ana Lucia *et al.* Justiça de Transição – Das Anistias às Comissões da Verdade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.407 a 423.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Formacion, Consolidación y Perfeccionamiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos**. Jurídica. Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, número 22, Sección Prévía, 1993. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/22/pr/pr5.pdf>> Acesso em: 07.08.13.

Ventura *et al.* O Brasil e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: **De Maria da Penha à Belo Monte**. Disponível em: <[ww.conectas.org/arquivos-site/Ventura%20Cetra%20O%20Brasil%20e%20o%20SIDH%202012%20\(2\)\(1\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos-site/Ventura%20Cetra%20O%20Brasil%20e%20o%20SIDH%202012%20(2)(1).pdf)> Acesso em: 10.10.13

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista Direito GV. São Paulo 4[2], pps.441/464, Jul-Dez 2008.

VILLAS BOAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

WEICHERT, Marlon Alberto. **A obrigação Constitucional de Punir Graves Violações de Direitos Humanos**. In: PRADO, Inês Virginia e PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos Atual. 1ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p.245 a 263.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madrid: Editora Trotta, 2003.