



# TEORIA GERAL DOS DIREITOS HUMANOS

## DIREITOS HUMANOS

Rafael Barretto + Paulo Gonçalves Portela + André de Carvalho Ramos

- **FUNDAMENTO**

- 1) **JUSNATURALISMO** → fundamento numa ordem superior, universal, imutável e inderrogável.
- 2) **POSITIVISMO** → ideia de um ordenamento produzido pelo homem, de modo coerente e hierarquizado.
- 3) **TEORIA MORALISTA (PERELMAN)** → fundamento na experiência e consciência moral de um determinado povo.
- 4) **DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA** → atualmente, encontra difundida a visão de que os DH se fundam no reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da espécie humana, **entendidos iguais em sua essência**. Assim, os direitos não precisam ser positivados como tal, embora seja recomendável para melhor servir aos seus propósitos.
  - Para Kant, tudo tem um preço ou uma dignidade: aquilo que tem preço é substituível e tem equivalente; já aquilo que não admite equivalente, possui uma dignidade. Assim, **as coisas possuem preço; os indivíduos possuem dignidade**.
  - Há aqueles que defendem que o núcleo essencial do princípio é composto pelo **mínimo existencial**.
  - **DEVER DE RESPEITO** e **DEVER DE GARANTIA**.
  - É possível identificar 4 usos habituais da dignidade humana na jurisprudência brasileira:
    - 1) **Fundamentação da criação jurisprudencial de novos direitos (eficácia positiva)** → por exemplo, o STF reconheceu o “**direito à busca da felicidade**”, sustentando que este resulta da dignidade humana.
    - 2) **Interpretação adequada** → por exemplo, o STF reconheceu que o direito de acesso à justiça e à prestação jurisdicional do Estado deve ser célere, pleno e eficaz, pois é uma das formas de se concretizar o princípio da dignidade humana.
    - 3) **Limites à ação do Estado (eficácia negativa)** → por exemplo, **limites ao uso desnecessário de algemas**.
    - 4) **Fundamentar o juízo de ponderação** → por exemplo, o STF utilizou a dignidade humana para fazer prevalecer o direito à informação genética em detrimento do direito à segurança jurídica.

- **ESPECIFICIDADES DOS DH**

- 1) **CENTRALIDADE** → os DH hoje representam a nova **centralidade do Direito Constitucional e do DIP**. Trata-se de uma verdadeira “**filtragem pro homine**”, no qual **todas as normas do ordenamento jurídico devem ser compatíveis com a promoção da dignidade humana**.
- 2) **HISTORICIDADE** → os DH não surgiram todos ao mesmo tempo, mas sim, **gradativamente, em diferentes momentos históricos**. Não configuram uma pauta fixa e estática.

- A compreensão de que os DH são direitos históricos **refuta a tese de que eles seriam direitos naturais** (que são atemporais). A concepção de DH como direitos naturais, apesar de equivocada, teve importância histórica, pois serviu de base filosófica para as revoluções liberais.

- **A historicidade dos DH é expansiva, sempre no sentido de reconhecer novos direitos.**

**3) UNIVERSALIDADE, INERÊNCIA E TRANSNACIONALIDADE** → os DH se destinam a todas as pessoas sem qualquer tipo de discriminação e abrangem o mundo inteiro (inexistência de limites territoriais). Temática mundial.

- **Os DH têm “INERÊNCIA”:** pertencem a todos os indivíduos pela simples circunstância de serem **pessoas**. Na DUDH (1948), os DH são comuns a todos os homens pela simples condição humana, sem nenhuma discriminação. Todos os seres humanos integram a “família humanidade”.

- A ruptura trazida pela experiência totalitária do nazismo levou a inauguração do “tudo é possível”. Esse legado nazista de exclusão exigiu a reconstrução dos DH após a Segunda Guerra, sob uma ótica diferenciada: a ótica da proteção universal.

- O marco da universalização foi a **Declaração Universal de Direitos Humanos (1948)**.

- Confronto com o **relativismo cultural**. É difícil afirmar uma concepção de sociedade que seja universal, com os mesmos padrões culturais, ainda que mínimos. Respeito à autodeterminação dos povos. Prevalece a ideia de **forte proteção aos DH e fraco relativismo cultural** (variações culturais não justificam a violação de DH). **Práticas culturais internas de um Estado não mais justificam a violação de DH, mormente se o Estado estiver filiado à ONU e for signatário de convenções internacionais sobre DH. Ex.: a cultura nacional não pode restringir os direitos das mulheres.**

- **O que se deve entender por universal é a ideia de que o ser humano é titular de um conjunto de direitos, independentemente das vicissitudes de cada Estado, e, não, a ideia de que o direito x ou z tem que ser reconhecido em todos os Estados.**

**4) RELATIVIDADE** → os DH podem sofrer limitações, não são absolutos. Necessidade de adequar os DH a outros valores coexistentes na ordem jurídica. Ex.: o direito à liberdade pode ser relativizado para se harmonizar com a proteção da vida privada. O próprio direito à vida pode ser relativizado nos casos de legítima defesa ou de pena de morte.

- **Há direitos de caráter absoluto (exceções à regra): proibição de TORTURA e de ESCRAVIDÃO.**

- Art. 2º da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes: **em nenhum caso poderão invocar-se circunstâncias excepcionais, como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, como justificção para a tortura.**

**5) IRRENUNCIABILIDADE** → as pessoas não podem dispor sobre a proteção à sua dignidade (inerente ao gênero humano). **Caso do arremesso de anões:** um anão questionou a interdição do estabelecimento, alegando que a prática era uma forma de trabalho. O Comitê de DH da ONU concordou com a jurisdição francesa, afirmando que a prática violaria a dignidade da pessoa humana.

- A irrenunciabilidade suscita importantes questões envolvendo a vida (ex.: eutanásia, aborto, recusa em receber transfusão de sangue). A resposta a essas perguntas passa pela compreensão da relatividade dos DH e da necessidade de harmonizá-los com outros valores.

6) **INALIENABILIDADE** → os DH não são objeto de comércio. **É impossível atribuir uma dimensão pecuniária a esses direitos.**

7) **IMPRESCRITIBILIDADE** → a pretensão do respeito e concretização de DH não se esgota pelo passar dos anos, podendo ser exigida a qualquer momento.

- Há, ainda, certa resistência por parte de Estados. Ex.: **o Brasil não assinou a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade.**

- **A imprescritibilidade dos DH não deve ser confundida com a prescritibilidade da reparação econômica decorrente da violação de DH.**

8) **UNIDADE, INDIVISIBILIDADE E INTERDEPENDÊNCIA** → os DH devem ser compreendidos como um conjunto, como um **bloco único, indivisível e interdependente de direitos**. Todos os DH possuem a mesma proteção jurídica, uma vez que são essenciais para uma vida digna.

- A indivisibilidade possui 2 facetas. A primeira faceta implica reconhecer que o direito protegido apresenta uma unidade incindível em si. A segunda faceta assegura que não é possível proteger apenas alguns dos DH reconhecidos.

- **A interdependência consiste no reconhecimento de que todos os DH contribuem para a realização da dignidade humana, interagindo para a satisfação das necessidades essenciais do indivíduo, o que exige, novamente, a atenção integral a todos os DH, sem exclusão.**

- **NÃO HÁ HIERARQUIA ENTRE OS DH.** Todos os direitos são exigíveis e importantes à materialização da dignidade humana.

9) **A ABERTURA DOS DIREITOS HUMANOS, NÃO EXAUSTIVIDADE E FUNDAMENTALIDADE** → **o rol de DH reconhecidos previsto nos tratados internacionais é meramente exemplificativo e não exclui o reconhecimento futuro de outros direitos**. A abertura pode ser de origem internacional ou nacional. A abertura internacional é fruto do aumento do rol de direitos protegidos resultante do direito internacional dos DH, quer por meio de novos tratados, quer por meio da atividade dos tribunais internacionais. Já a abertura nacional é fruto do trabalho do Poder Constituinte derivado e também fruto da atividade interpretativa ampliadora dos tribunais nacionais.

- **PRIMAZIA DA NORMA MAIS FAVORÁVEL**

- Diante do conflito entre duas normas de DH, deve ser aplicada aquela que melhor proteja a dignidade humana.

- **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos:** nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou de praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdade reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhes limitações mais amplas do que aquelas nele previstas. **Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos DH fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado-parte no presente pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau.**

- **PROIBIÇÃO DO RETROCESSO**

- É a vedação da eliminação da concretização já alcançada na proteção de algum direito, admitindo-se somente aprimoramentos e acréscimos. Outra expressão utilizada é o **ENTRENCHMENT**, que consiste na preservação do mínimo já concretizado dos direitos fundamentais, impedindo o retrocesso.

- No Brasil, a vedação ao retrocesso é fruto dos seguintes dispositivos:

- a) Estado democrático de direito;
- b) Dignidade da pessoa humana;
- c) Aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais;
- d) Proteção da confiança e segurança jurídica;
- e) Cláusula pétrea prevista no art. 60, 4º, IV.

- A proibição de retrocesso **não é vedação absoluta**. Por exemplo, podem ser constitucionais as alterações nas regras da aposentadoria dos servidores públicos que façam frente ao crescimento da expectativa de vida.

- Condições para que eventual diminuição seja permitida:

- a) **Que haja justificativa de estatura jusfundamental;**
- b) **Que tal diminuição supere o crivo da proporcionalidade;**
- c) **Que seja preservado o núcleo essencial do direito envolvido.**

- **GERAÇÕES OU DIMENSÕES**

- Geração = conjunto de direitos institucionalizados em um determinado momento histórico, com características similares e um valor comum.

1ª GERAÇÃO	2ª GERAÇÃO	3ª GERAÇÃO
Direitos da <b>LIBERDADE</b> . Direitos civis e políticos.	Direitos da <b>IGUALDADE</b> . Direitos sociais, econômicos e culturais.	Direitos da <b>FRATERNIDADE</b> . Direitos difusos, dos povos, da humanidade.

**1) PRIMEIRA GERAÇÃO → DIREITOS DA LIBERDADE (CIVIS E POLÍTICOS).**

- Referenciais jurídico-positivo: Constituição Americana (1787) e Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). A Revolução Francesa teve contornos “mundialistas”.

- **Reação ao absolutismo**. A tese dos direitos naturais impulsionou as **revoluções liberais**.

- Em regra, têm a característica de serem limites **NEGATIVOS** à atuação dos Estados. Contudo, não são todos os direitos de 1ª geração que são direitos negativos. Ex.: os direitos políticos investem as pessoas no poder de participar ativamente da vida política estatal. Contudo, em provas, deve-se marcar que os direitos de 1ª geração são negativos.

**2) SEGUNDA GERAÇÃO → DIREITOS DA IGUALDADE (DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS).**

- Momento histórico no qual se reclamava a necessidade de o Estado intervir no domínio econômico e distribuir riqueza por via da prestação de determinados serviços essenciais, como saúde e educação. São direitos **POSITIVOS**, de natureza **PRESTACIONAL**.

- **Constituição Mexicana (1917), Constituição de Weimar (1919) e Revolução Russa (1917).**

### 3) TERCEIRA GERAÇÃO → DIREITOS DA FRATERNIDADE OU SOLIDARIEDADE.

- Sua característica central não está relacionada com o papel do Estado, mas sim com o fato de serem direitos reconhecidos ao homem pela mera condição humana.
- Fruto da 2ª Guerra: surgimento da ONU em 1945 e DUDH (1948).

### 4) QUARTA GERAÇÃO → Bobbio já afirmava, em 1990, a existência de direitos de 4ª geração, referentes aos efeitos da PESQUISA BIOLÓGICA e da MANIPULAÇÃO DO PATRIMÔNIO GENÉTICO das pessoas.

- Paulo Bonavides afirma a existência de uma 4ª geração (direito à democracia) e de uma 5ª geração (direito à paz).

- Com a celebração, em 1966, do PIDCP e PIDESC, a doutrina passou a classificar os DH em “civis e políticos” (1ª geração) e “econômicos, sociais e culturais” (2ª geração).

- O uso da palavra “gerações” tem sido substituído pelo uso da palavra “dimensões”. “Geração” transmite a ideia de substituição de um objeto por outro, mais novo e diferente. O reconhecimento de novos direitos não ocasiona a substituição dos direitos já reconhecidos. NÃO PODE HAVER COMPARTIMENTALIZAÇÃO DO TEMA, VISTO QUE TODOS OS DH SÃO IMPORTANTES PARA A DIGNIDADE HUMANA.

- **EFICÁCIA VERTICAL, HORIZONTAL, DIAGONAL E VERTICAL**

- Vertical → oponibilidade dos DH ao Estado.

- Horizontal → oponibilidade dos DH aos particulares, no âmbito de suas relações privadas (“*Drittwirkung*”).

- Caso “Luth”: Eric Luth, um judeu, liderou um boicote contra um filme (antisemita). O boicote deu certo e o filme foi um fracasso. Os empresários que investiam no filme ajuizaram ação indenizatória. A ação foi vitoriosa, mas o Tribunal Constitucional Alemão reformou o julgado, afirmando que a postura de Luth estava compreendida no âmbito da liberdade de expressão.

- No Brasil, destacou-se o caso em que o STF firmou posição que a exclusão de um sócio de uma associação deve observar o devido processo legal.

- Diagonal → oponibilidade dos DH nas relações de trabalho, entre empregado e empregador.

- Vertical com repercussão lateral → eficácia em relação aos particulares decorrente da incidência do direito fundamental à tutela jurisdicional.

- A ideia de eficácia vertical com repercussão lateral é desenvolvida por Marinoni a partir da tutela jurisdicional ante a omissão do legislador em viabilizar direitos fundamentais. O direito fundamental, nesse caso, será efetivado mediante a atuação judicial (o juiz tutela um direito não protegido pelo legislador).

- **PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

- Trata-se de uma ferramenta de aplicação dos DH em geral, em situação de limitação, concorrência ou conflito de DH, na busca de proteção.

- Originalmente, a proporcionalidade foi utilizada para combater os excessos das restrições a direitos, impostos por leis e atos administrativos. Por isso, era o instrumento de **fiscalização da ação excessivamente limitadora dos atos estatais em face dos direitos fundamentais, sendo considerado o “limite dos limites” e também denominado “PROIBIÇÃO DO EXCESSO”**.

- Atualmente, a proporcionalidade não se reduz somente a essa atividade de fiscalização e proibição do excesso dos atos limitadores do Estado. Há ainda duas facetas adicionais:

a) A promoção de direitos, pela qual o uso da proporcionalidade fiscaliza os atos estatais excessivamente insuficientes para promover um direito, gerando uma **“proibição da proteção insuficiente” (sentido positivo da proporcionalidade)**.

b) A **ponderação em um conflito de direitos**, pela qual a proporcionalidade é utilizada pelo intérprete para fazer prevalecer um direito restringindo outro.

- O princípio é **implícito na CF/88**. Fundamentos:

a) **Estado democrático de direito: Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.**

b) **Devido processo legal: fundamento norte-americano com forte repercussão no STF.**

c) Dignidade humana e direitos fundamentais;

d) Princípio da isonomia;

e) Direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios da Constituição.

- **Proporcionalidade = adequação + necessidade + proporcionalidade em sentido estrito.**

- **Ao mesmo tempo em que o Estado não se pode exceder no campo dos DH (dimensão negativa), também não pode se omitir ou agir de modo insuficiente (proibição da proteção insuficiente – dimensão positiva).**

- A Constituição e os tratados de DH possuem alguns direitos que são redigidos de forma determinada, levando em consideração a interação com outros direitos, fixando-se limites. Em relação a tais direitos que já se apresentam redigidos de forma mais precisa, com limites estabelecidos, a dúvida é a seguinte: **é possível aplicar o critério de proporcionalidade e ponderar de novo também esse direito, mesmo diante do fato de que sua redação originária na CF/88 já possui regras claras solucionando colisões?** Ex.: a existência de várias decisões judiciais proibindo a divulgação de notícias, por ofensa à intimidade e vida privada, apesar de a CF/88 ter proibido expressamente a censura de qualquer tipo. Nesses casos, apesar de a regra de colisão já ter sido estabelecida na CF/88, submete-se essa regra a uma nova ponderação, no caso concreto **(PONDERAÇÃO DE 2º GRAU)**.

- Para André de Carvalho Ramos, **é plenamente possível a ponderação de 2º grau, uma vez que o Poder Constituinte não consegue esgotar a regência expressa de todas as hipóteses de colisão entre os direitos fundamentais. Novas situações sociais surgem gerando inesperadas colisões de direitos e exigindo ponderação pelo intérprete.**



## A CF/88 E OS DIREITOS HUMANOS

### DIREITOS HUMANOS

Rafael Barretto + Paulo Gonçalves Portela + André de Carvalho Ramos

- PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE REGEM A RFB NAS SUAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

INDEPENDÊNCIA NACIONAL
PREVALÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS
AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS
NÃO-INTERVENÇÃO
IGUALDADE ENTRE OS ESTADOS
DEFESA DA PAZ
SOLUÇÃO PACÍFICA DOS CONFLITOS
REPÚDIO AO TERRORISMO E AO RACISMO
COOPERAÇÃO ENTRE OS POVOS PARA O PROGRESSO DA HUMANIDADE
CONCESSÃO DO ASILO POLÍTICO

- INOVAÇÕES DA CF/88

Art. 1º, III	Dignidade da pessoa humana como <b>fundamento</b> do Estado.
Art. 3º	Proteção da pessoa humana como <b>objetivo</b> do Estado.
Art. 4º, II	<b>Primazia dos DH</b> como princípio regente das relações internacionais.
Título II	Posituação dos direitos e garantias fundamentais logo no início da CF/88.
Art. 5º, §1º	Consagração da <b>aplicação imediata</b> das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.
Art. 5º, §2º	Abertura do catálogo de direitos e garantias fundamentais e reconhecimento dos tratados internacionais de DH ( <b>cláusula de abertura</b> )
Capítulo II do Título II	Afirmação dos <b>direitos sociais</b> como verdadeiros direitos fundamentais.
Art. 60, §4º	Qualificação dos direitos das pessoas como <b>cláusula pétrea</b> .
Art. 7º, ADCT	Criação de um Tribunal Internacional dos DH.

- EC 45/04 → trouxe novidades em matéria de DH.

- Art. 5º, §3º: os tratados e convenções internacionais sobre DH que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em 2 turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Atenção: **não serão EC, serão EQUIVALENTES a EC!**

- Art. 5º, §4º: **o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.**

- Art. 109, §5º: nas hipóteses de grave violação dos DH, o **PGR**, com a finalidade de assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes de tratados internacionais de DH dos quais o Brasil seja parte, **poderá suscitar, perante o STJ, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.**

- Parte da doutrina reconhece que as normas constitucionais de DH possuem **HIERARQUIA MATERIAL SINGULAR**, uma vez que são:

- Cláusulas pétreas;
- Princípios constitucionais sensíveis;

- c) **Preceitos fundamentais;**
- d) **Normas de aplicação imediata.**

- Essa superioridade das normas constitucionais ainda exige que todas as demais normas do ordenamento sejam interpretadas conforme os valores previstos na Constituição. Nasce a **FILTRAGEM CONSTITUCIONAL**.

- No caso das normas de DH, há a chamada **FILTRAGEM JUSFUNDAMENTALISTA OU AINDA A JUSFUNDAMENTALIZAÇÃO DO DIREITO**, que prega que as demais normas do ordenamento jurídico sejam compatíveis com os DH. Essa filtragem serve para:

- a) **Declarar inconstitucional ou não recepcionada** determinada norma ofensiva aos DH;
- b) Escolher **interpretação** conforme aos DH de determinada norma;
- c) Exigir que as **políticas públicas** tornem efetivas as normas de DH estabelecidas na CF.

- Obs.: **o Estado Democrático de Direito é uma cláusula pétrea implícita.**

- **APLICAÇÃO IMEDIATA DAS NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

- Na teoria constitucional, predomina a tese de que normas definidoras de **direitos liberais** possuem **aplicação imediata**, mas normas definidoras de **direitos sociais** possuem **aplicação progressiva**, na medida das possibilidades do Estado. Argumenta-se que a efetivação dos direitos sociais depende de medidas concretas por parte do Estado, de caráter legislativo e administrativo. Para José Afonso da Silva, as normas definidoras de direitos sociais são de eficácia limitada.

- Essa tese, contudo, colide com o §1º do art. 5º, que fala em direitos fundamentais, e não apenas os individuais, e aí se incluem os direitos sociais.

- A resposta da prova dependerá de como vier formulada a pergunta da questão. **Se cobrar teoria geral dos DH, deve-se marcar que a aplicação dos direitos sociais se dá de maneira progressiva. Se cobrar o texto constitucional, deve-se marcar que os direitos sociais possuem aplicação imediata.**

- **TITULARIDADE DOS DIREITOS E GARANTIAS**

- No plano de uma teoria geral pode-se afirmar que **os direitos são de titularidade de toda e qualquer pessoa, independente de qualquer condicionamento** (universalidade dos DH).

- **Pessoas jurídicas** são titulares de direitos e garantias (não titularizam todos, mas são sujeitos).

- Quanto às **pessoas estatais**, é verdade que não titularizam todo e qualquer direito ou garantia, mas isso não lhe retira a titularidade de alguns, em especial os de **caráter processual, como o direito de defesa ou a possibilidade de impetrar mandado de segurança. Ex.: um Estado deixa de repassar para um Município sua parcela na repartição de receitas tributárias.**

- Pelo caput do art. 5º, os direitos individuais e coletivos seriam reconhecidos apenas aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país. O **estrangeiro não residente no Brasil** não é titular desses direitos e garantias? Pela letra da CF/88, não. Mas essa interpretação não é adequada, pois incompatível com a DPH (qualquer pessoa é titular).



- **A CONSTITUIÇÃO E OS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DH**

- Ato subjetivamente complexo (Presidente da República + Congresso Nacional). **TEORIA DA JUNÇÃO OU DUPLICIDADE DE VONTADES.**

<b>ASSINATURA</b> do tratado, de competência do Presidente da República
<b>APROVAÇÃO</b> do Congresso Nacional ( <b>Decreto Legislativo</b> )
<b>RATIFICAÇÃO</b> e <b>DEPÓSITO</b> do tratado, de competência do Presidente da República (obriga o Estado internacionalmente)
<b>PROMULGAÇÃO</b> na ordem interna pelo Presidente da República ( <b>Decreto executivo</b> ) (obriga o Estado internamente)

- Para o **STF**, os tratados de DH só são **INCORPORADOS À ORDEM INTERNA COM A PROMULGAÇÃO, PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA (DECRETO EXECUTIVO)**. A ordem jurídica pátria não reconhece nem o princípio do efeito direto, nem o postulado da aplicabilidade imediata, não se excepcionando os tratados de DH da regra da incorporação.

- **APESAR DA POSIÇÃO DO STF, A DOCTRINA DIVERGE QUANTO AO MOMENTO EM QUE O TRATADO É INCORPORADO À ORDEM INTERNA.**

- **Assinatura** → é competência do Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais (art. 84, VIII). No modelo de **unicidade de vontade**, a assinatura já seria suficiente para obrigar o Estado. Contudo, adotada a **teoria da junção ou duplicidade de vontades**, a assinatura não vincula o Estado. Após a assinatura, cabe ao Presidente da República encaminhar o texto assinado ao Congresso, no momento em que julgar oportuno. Na ausência de prazo, **o próprio envio é ato discricionário do Presidente.**

- **Aprovação** → no modelo de **duplicidade de vontades**, a assinatura fica condicionada à aprovação do Congresso Nacional. **O Brasil adota esse modelo, pois os tratados, convenções e atos internacionais são “sujeitos a referendo do Congresso Nacional” (art. 84, VIII) e, além disso, é competência exclusiva do Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (art. 49, I).** A decisão do Congresso Nacional é formalizada por um **decreto legislativo**.

- Nem todos os atos internacionais precisam ser submetidos ao crivo do Congresso Nacional (só os que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional). De todo modo, **em relação aos tratados sobre DH, é inquestionável a necessidade de aprovação pelo Congresso Nacional, eis que eles geram encargos ao Estado brasileiro.**

- Como a CF/88 é omissa quanto às emendas e textos de tratados, **o Congresso Nacional, utilizando a máxima “quem pode o mais, pode o menos”, aceita aprovar tratados com emendas, que assumem a forma de “ressalvas”.**

- **Ratificação e depósito** → havendo aprovação legislativa, o Estado é autorizado a se obrigar internacionalmente e, para que o ato internacional se aperfeiçoe, será necessário que o Chefe do Executivo ratifique o tratado, com o depósito da assinatura junto ao órgão responsável pelo tratado. **É COM A RATIFICAÇÃO E O DEPÓSITO QUE O TRATADO PASSA A VINCULAR O ESTADO NO CENÁRIO INTERNACIONAL.**

- **O Presidente pode, também, formular reservas ao ratificar o tratado, além daquelas que, obrigatoriamente, lhe foram impostas pelas ressalvas ao texto aprovado pelo Congresso. Não há a**

**necessidade de submeter essas novas ressalvas ao Congresso, uma vez que se trata de desejo de não submissão do Brasil à norma internacional.**

- Todavia, isso não significa que o instrumento internacional já tenha aplicação na **ordem interna** do Estado. Depende de o Estado adotar a tese **monista** ou **internacionalista**.

- **Monismo** → o tratado valerá na ordem interna e internacional no mesmo momento: **DEPÓSITO**.

- **Dualismo** → o tratado valerá na ordem internacional com o **DEPÓSITO**, mas só valerá na ordem interna com a **PROMULGAÇÃO**. Isso porque o dualismo entende que a norma internacional não pertence ao direito interno, ficando sua aplicação condicionada à “internalização”.

MONISMO	DUALISMO
Assinatura do tratado.	Assinatura do tratado.
Aprovação legislativa.	Aprovação legislativa.
<b>Ratificação e depósito → aqui o tratado passa existir juridicamente e pode ser aplicado tanto no plano internacional como no plano interno. A ordem jurídica é uma só.</b>	<b>Ratificação e depósito → o tratado só obriga o Estado na ordem internacional, pois ainda não pertence ao direito interno. Existência de duas ordem distintas.</b>
Não existe.	<b>Promulgação na ordem interna → o tratado é transformado em norma de direito interno.</b>

**- O BRASIL NÃO É NEM MONISTA NEM DUALISTA, pois os tratados precisam ser promulgados na ordem interna (o que afasta o monismo), mas não são transformados em lei interna (o que afasta o dualismo), sendo aplicados como uma norma internacional.** No Brasil, o que ocorre é a promulgação de um decreto executivo do Presidente da República autorizando a execução do tratado. **O TRATADO NÃO É TRANSFORMADO EM LEI INTERNA, SENDO APLICADO ENQUANTO TRATADO.**

- Flávia Piovesan entende que os tratados de DH têm aplicação interna a partir da **RATIFICAÇÃO E DEPÓSITO**, não dependendo da promulgação. De acordo com o art. 5º, §2º, os direitos e garantias expressos na CF não excluem outros constantes dos tratados internacionais, logo, os direitos constantes em tratados são aplicáveis na ordem brasileira. **As normas que definem direitos e garantias das pessoas possui aplicação imediata, sendo exigíveis a partir do momento em que passar a existir juridicamente, o que ocorre com a ratificação e depósito.**

- A distinção tem relevância prática. Ex.: **o Protocolo de São Salvador foi ratificado em 1996, mas só foi promulgado em 1999.**

- **POSIÇÃO HIERÁRQUICA DOS TRATADOS DE DH**

- Para o DIP, restou consagrada a primazia das normas internacionais sobre as internas e, portanto, a noção de supraconstitucionalidade do Direito Internacional. Com isso, **as normas de DH deveriam ter hierarquia supraconstitucional ou, no mínimo, constitucional.** Além disso, os tratados de DH são **MATERIALMENTE** constitucionais, pois tratam de matéria típica de Constituição. Contudo, os tratados de DH nunca tiveram esse status no Brasil.

- Até **1977**, todos os tratados revestiam-se de **CARÁTER SUPRALEGAL**.

- Entre **1977** e até a **EC 45/04**, o STF entendia que os tratados de DH eram equiparados a **LEI ORDINÁRIA**, submetidos aos critérios **cronológico** e da **especialidade**. O art. 102, III, prevê o

cabimento de Recurso Extraordinário ante decisão judicial que declare inconstitucionalidade de tratado, ou seja, o tratado só pode ter caráter infraconstitucional.

- Com a promulgação da **EC 45/04** e a entrada em vigor do **art. 5º, §3º da CF/88** (**possibilidade de os tratados de DH terem caráter CONSTITUCIONAL se aprovados pelo mesmo procedimento das EC**), o STF passou a reavaliar sua visão tradicional acerca da aplicação dos tratados de DH, principalmente quando do **reexame da legalidade da prisão civil do depositário infiel**. O STF reconheceu que os tratados de DH têm caráter **SUPRALEGAL**, tornando inaplicável a legislação infraconstitucional conflitante. Houve o **abandono da orientação de que as normas internacionais de DH equivaleriam às leis ordinárias**.

- Há, ainda, a posição minoritária de que todos os tratados de DH são materialmente constitucionais, independentemente do seu processo de aprovação (Min. Celso de Mello).

- **Com a CF/88, o art. 5º, §2º estabeleceu que os direitos reconhecidos na CF não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a RFB seja parte. É a “CLÁUSULA DA ABERTURA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS”**. Para parte da doutrina, esse dispositivo confere **CARÁTER MATERIAL ÀS NORMAS INTERNACIONAIS DE DH: se os direitos e garantias expressos na CF/88 “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar certos direitos e garantias, a Constituição os inclui no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu bloco de constitucionalidade**.

- **O único tratado com status formalmente constitucional é a CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E SEU PROTOCOLO FACULTATIVO**, aprovado pelo Congresso Nacional e ratificado em 2008 e promulgado em 2009. **Todos os demais têm natureza SUPRALEGAL**.

- **A NATUREZA SUPRALEGAL ABRANGE TODOS OS TRATADOS SOBRE DH QUE NÃO PASSARAM PELO PROCEDIMENTO DO ART. 5º, §3º, NÃO IMPORTANDO SE FORAM INCORPORADOS À ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA ANTES OU DEPOIS DA EMENDA**.

- Ficou consagrada a **TEORIA DO DUPLO ESTATUTO DOS TRATADOS DE DH**: natureza **constitucional**, para os aprovados pelo rito do art. 5º, §3º da CF e natureza **supralegal**, para todos os demais, quer sejam anteriores ou posteriores à EC 45 e que tenham sido aprovados pelo rito comum.

Até 1977	1977 até 2004 (EC 45)	2004 até hoje
<b>SUPRALEGALIDADE</b>	<b>LEI ORDINÁRIA.</b>	<p>Art. 5º, §3º: possibilidade de os tratados de DH ostentarem <b>CARÁTER CONSTITUCIONAL</b> se aprovados pelo mesmo procedimento das EC.</p> <p>O STF, ao examinar a legalidade da prisão civil do depositário infiel, reconheceu que os tratados de DH têm <b>CARÁTER SUPRALEGAL</b>.</p> <p><b>TEORIA DO DUPLO ESTATUTO DOS TRATADOS DE DH.</b></p>
		<p>Art. 5º, §2º: os direitos reconhecidos na CF não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a RFB seja parte. É a <b>CLÁUSULA DA ABERTURA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b>.</p> <p>Esse dispositivo conferiu <b>CARÁTER MATERIAL ÀS NORMAS INTERNACIONAIS DE DH</b>. Ampliação do bloco de constitucionalidade.</p>

- Problema da prisão do depositário infiel → a CF/88 autoriza a prisão civil (art. 5º, LXVII). A CADH não a legitima. Ao julgar o RE 466343, no qual decidiu pela supralegalidade dos tratados de DH, **o STF concluiu não ser mais possível prisão civil do depositário infiel**. A jurisprudência continuou tão firme nessa matéria que a **Súmula Vinculante 25** foi aprovada. A Convenção não revogou o dispositivo constitucional, que permanece intacto, embora não tenha mais aplicação prática. O que acontece é que **a prisão civil do depositário infiel não decorre da Constituição, mas da lei. A CF/88 tão somente autorizou o legislador a disciplinar o tema. A norma autoriza a restrição da liberdade, sendo que essa restrição deve ser instituída por meio de legislação. O CONFRONTO DO PACTO DE SAN JOSÉ (NORMA SUPRALEGAL) NÃO É COM A CF/88, MAS COM A LEI QUE DISCIPLINA A PRISÃO CIVIL. O ART. 5º, LXVII É UMA TÍPICA NORMA DE EFICÁCIA CONTIDA.**

- Não há nenhuma diferenciação no processo de incorporação de um tratado de DH no Brasil, ressalvada a possibilidade de aprovação pelo procedimento definido no art. 5º, §3º (status de EC).

- Uma interpretação literal do texto constitucional remete a ideia de que o procedimento do art. 5º, §3º é voltado apenas a conferir aos tratados o caráter de equivalentes às emendas constitucionais. Com isso, aparentemente, os tratados seriam submetidos a 2 procedimentos no Congresso Nacional: o primeiro para que o tratado fosse aprovado para fins de ratificação; o segundo, por meio do qual os tratados de DH poderiam alçar o grau de equivalentes às emendas constitucionais.

- **Portela entende que o procedimento estabelecido no art. 5º, §3º substitui o tradicional rito legislativo de aprovação do ato internacional. Não há necessidade de 2 votações.**

- O rito especial do art. 5º, §3º é obrigatório e deve sempre ser seguido pelo Poder Executivo e Legislativo? Não. A redação do §3º, inicialmente, abre a porta para a existência da possibilidade de os tratados serem aprovados pelo rito comum ou ordinário (maioria simples), pois o art. 5º, §3º, usa a expressão “que forem”. Logo, não se pode exigir que todo e qualquer tratado de DH possua o quorum expressivo de 3/5.

- O rito especial deve ser pedido pelo Presidente da República ou o Congresso pode adotá-lo, independentemente da vontade presidencial? André de Carvalho Ramos entende que **O RITO PODE SER PEDIDO PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA, EM SUA MENSAGEM DE ENCAMINHAMENTO DO TEXTO DO TRATADO AO CONGRESSO OU AINDA PODE SER O RITO ESPECIAL ADOTADO PELO PRÓPRIO CONGRESSO SPONTE SUA.**

- Alguns autores sustentam que, caso seja adotado o rito especial do art. 5º, §3º, não deveria haver ratificação nem promulgação pelo Presidente da República. André Carvalho Ramos entende que não: o tratado é equivalente a EC, mas não é uma EC. **Sua natureza de tratado internacional não é afetada. Assim, resta ainda ao Presidente da República ratificar o tratado de DH, pois esse ato internacional é que, em regra, leva à celebração definitiva dos tratados. Deve haver, então, a posterior ratificação e promulgação do decreto pelo Presidente.**

- **DENÚNCIA DE TRATADOS DE DH**

- No Brasil, a denúncia de um tratado é **ATO PRIVATIVO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA QUE NÃO REQUER A AUTORIZAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL**. Problema: **como há a possibilidade de as normas de DH serem equivalentes a EC, tais preceitos passam a constar do rol de direitos fundamentais e transformam-se em cláusulas pétreas, não podendo ser abolidos por meio de EC. Assim, o Presidente da República teria um poder que é negado ao próprio constituinte derivado**

(suprimir cláusula pétrea). Além disso, evidencia-se o **enfraquecimento do sistema internacional de proteção dos DH**. Por outro lado, sem a possibilidade de denúncia pode ocorrer o engessamento da ordem jurídica, impedindo a incorporação ao direito brasileiro de normas que melhor protejam a pessoa (violação do princípio da primazia dos DH).

- Nesse sentido, **Portela entende que deve ser mantida a possibilidade de o Estado brasileiro denunciar um tratado de DH, mas apenas para que este seja substituído por outro ato internacional que amplie a proteção da pessoa.**

- **Portela entende que não é razoável que a denúncia continue a ser ato exclusivo do Presidente da República, sem controle democrático do Poder Legislativo. No entanto, existe uma tendência a que passe a ser exigida a autorização do Congresso para que o Presidente possa proceder à denúncia (ADI 1625).**

- André de Carvalho Ramos diz que no caso dos tratados de DH, **em face da matéria vinculada à dignidade humana, toda denúncia deveria ser apreciada pelo Congresso Nacional. A denúncia deveria passar pelo crivo da proibição do retrocesso ou efeito *cliquet*.** A posição majoritária sobre a denúncia, entretanto, é que basta a vontade unilateral do Poder Executivo. O tema ainda está em aberto no STF.

- **BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE**

- **O BC consiste no reconhecimento da existência de outros diplomas normativos de hierarquia constitucional, além da própria Constituição.** O BC influencia a atuação do STF, uma vez que os dispositivos normativos pertencentes ao BC poderiam ser utilizados como **paradigma de confronto das leis e atos normativos infraconstitucionais no âmbito do controle de constitucionalidade.**

- **Em que pese a posição dos internacionalistas de ter a redação originária da CF/88 adotado o conceito de um BC amplo, ao dotar os tratados de DH de estatuto equivalente à norma constitucional, essa posição é minoritária. Resta a aceitação de um BC RESTRITO, que só abarca os tratados aprovados pelo rito especial das EC.**

- **CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE**

- O controle de convencionalidade (CC) consiste na **análise da compatibilidade dos atos internos (comissivos ou omissivos) em face das normas internacionais (tratados, costumes internacionais, princípios gerais de direito, atos unilaterais etc).** Há 2 subcategorias:

CC DE MATRIZ INTERNACIONAL (AUTÊNTICO OU DEFINITIVO)	CC DE MATRIZ NACIONAL (PREVISÓRIO OU PRELIMINAR)
É atribuído a <b>órgãos internacionais</b> compostos por julgadores independentes, criados por tratados internacionais, para <b>evitar que os próprios Estados sejam, ao mesmo tempo, fiscais e fiscalizados, criando a indesejável figura do <i>judex in causa sua</i>.</b> Na seara dos DH, exercitam o CC internacional os <b>tribunais internacionais de DH</b> .	Consiste na <b>análise da compatibilidade entre as leis e atos normativos e os tratados internacionais de DH, realizada pelos juízes e tribunais brasileiros, no julgamento de casos concretos, nos quais se devem deixar de aplicar os atos normativos que violem o referido tratado.</b>
Parâmetro de confronto → norma internacional. Objeto → <b>norma interna, não importando sua hierarquia nacional.</b>	Limite no objeto → <b>os juízes e tribunais não ousam submeter uma norma do Poder Constituinte originário à análise da compatibilidade com</b>



	<b>determinado tratado de DH.</b>
<b>O tratado de DH é sempre a norma paramétrica superior. Todo o ordenamento nacional lhe deve obediência.</b>	<b>A hierarquia do tratado-parâmetro depende do próprio direito nacional, que estabelece o estatuto dos tratados internacionais.</b>

- A interpretação do que é compatível ou não com o tratado-parâmetro não é a mesma e o controle nacional nem sempre resulta em preservação dos comandos das normas contidas nos tratados tal qual interpretados pelos órgãos internacionais.

- Em virtude de tais diferenças, na recente sentença contra o Brasil no **Caso Gomes Lund (caso da “Guerrilha do Araguaia”)**, na CIDH, o juiz *ad hoc* indicado pelo próprio Brasil, em seu voto concordante em separado, assinalou que **“se os tribunais supremos ou aos constitucionais nacionais incumbe o controle de constitucionalidade e a última palavra judicial no âmbito interno dos Estados, à CIDH cabe o controle de convencionalidade e a última palavra quando o tema encerre debate sobre DH”**. É o que decorre do reconhecimento formal da competência jurisdicional da Corte por um Estado, como o fez o Brasil”. Ou seja, **o verdadeiro CC, em última análise, é internacional, por isso também denominado CC autêntico ou definitivo.**

- **O DIÁLOGO DAS CORTES E SEUS PARÂMETROS**

- O Brasil, nos últimos anos, reconheceu a competência de vários Comitês (ex.: discriminação racial, contra tortura, pessoas com deficiência). Assim, deu um passo importante rumo à concretização do universalismo, aceitando a interpretação internacional dos DH. Temos a seguinte situação: no plano nacional, há juízes e tribunais que interpretam cotidianamente esses tratados de DH. No plano internacional, há órgãos internacionais que podem ser acionados, caso a interpretação nacional desses tratados seja incompatível com o entendimento internacional. Por isso, **é necessário compatibilizar o resultado do CC nacional com o decidido no CC internacional.**

- Esse “diálogo das Cortes” deve ser realizado internamente, para impedir violações de DH oriundas de interpretações nacionais equivocadas dos tratados.

- Claro que não é possível obrigar os juízes nacionais ao “Diálogo das Cortes”. Assim, no caso de o diálogo inexistir ou ser insuficiente, deve ser aplicada a **TEORIA DO DUPLO CONTROLE** ou crivo de DH, que reconhece a **ATUAÇÃO EM SEPARADO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE (STF E JUÍZOS NACIONAIS) E DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE INTERNACIONAL (ÓRGÃOS DE DH DO PLANO INTERNACIONAL)**. OS DH, ENTÃO, POSSUEM UMA DUPLA GARANTIA: O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NACIONAL E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE INTERNACIONAL. **QUALQUER ATO OU NORMA DEVE SER APROVADO PELOS DOIS CONTROLES, PARA QUE SEJAM RESPEITADOS OS DIREITOS NO BRASIL.**

- **TEORIA DA MARGEM DE APRECIÇÃO**

- A teoria da margem de apreciação (“*margin of appreciation*”) é considerada pela doutrina especializada como um importante meio utilizado pelo DIDH para **solucionar conflitos existentes entre os sistemas jurídicos nacionais e o sistema internacional dos direitos humanos.**

- Tal doutrina vem sendo agasalhada pelo sistema regional europeu, que a concebe como meio para interpretação e solução de conflitos relacionados à efetividade dos Direitos Humanos. De acordo com a teoria da margem de apreciação, **DETERMINADAS QUESTÕES CONTROVERTIDAS**



**RELACIONADAS COM AS RESTRIÇÕES ESTATAIS DEVEM SER DEBATIDAS E SOLUCIONADAS PELAS COMUNIDADES NACIONAIS, NÃO PODENDO O JUIZ INTERNACIONAL APRECIÁ-LAS. ASSIM, FICARIA A CARGO DO PRÓPRIO ESTADO NACIONAL ESTABELECEER OS LIMITES E AS RESTRIÇÕES AO GOZO DE DIREITOS EM FACE DO INTERESSE PÚBLICO.**

- Apesar de bastante citada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, a teoria da margem de apreciação **NÃO ENCONTRA O DEVIDO AMPARO NA CORTE IDH.**

- Ao reconhecer tal teoria pela primeira vez, no “caso *Handyside*” (em que houve o confisco de determinados exemplares de um livro considerado obsceno pelo Reino Unido) a Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que “**em virtude do contínuo e direto contato com as forças vitais de seus países, as autoridades estatais estão, a princípio, em melhor posição de que o juiz internacional, para avaliar as exigências morais de suas sociedades**”. O mesmo entendimento foi novamente adotado pela Corte Europeia, no famigerado “caso James”, onde a Corte examinou determinada lei britânica que permitia a expropriação de propriedade alugada em nome do interesse público. Na ocasião, a referida Corte decidiu que “**devido ao seu conhecimento direto de sua sociedade e de suas necessidades, as autoridades nacionais estão, a princípio, e em melhor posição, de que o juiz internacional, para apreciar o que seria o “interesse público (...) consequentemente, as autoridades nacionais gozam de uma certa margem de apreciação**”. No “Caso Engel”, a Corte Europeia mais uma vez autolimitou-se, afirmando que “**cada Estado é competente para organizar seu próprio sistema de disciplina militar e goza, na matéria, de certa margem de apreciação**”. No “caso Cossey”, em que a Corte, ao tratar de questão relativa ao direito de os transexuais de modificar a sua identidade e de ter direito ao casamento, decidiu que caberia a cada Estado, de acordo com a sua margem de apreciação, decidir sobre o tema.

- Em que pese a sua aplicação nos casos acima, **a teoria da margem da apreciação não vem mais sendo aplicada de forma irrestrita pela Corte Europeia de Direitos Humanos.** Com efeito, ao julgar o “caso Goldwin”, a Corte decidiu por não aplicar a teoria da margem da apreciação, **mudando assim o seu posicionamento**, para, condenar o Reino Unido por violação a determinados dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos, no caso, por violação ao direito à vida privada e ao direito do matrimônio. No deslinde deste caso, a Corte Europeia decidiu, ainda, que as suas decisões não são vinculantes e que **O USO DA TEORIA DA MARGEM DE APRECIÇÃO DEVERIA SER FEITO LEVANDO EM CONSIDERAÇÃO O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.**

- Hodiernamente, vários são os juristas que criticam a teoria da margem de apreciação, por entenderem que ela acaba conduzindo a uma **relativização dos direitos humanos**, o que acaba não sendo interessante, tendo em vista a necessidade de se garantir uma aplicabilidade e eficácia cada vez maior a estes direitos. Cançado de Trindade comemora o fato de que tal doutrina não encontrou um desenvolvimento paralelo explícito na jurisprudência sob a CADH. **Se uma Corte Internacional de Direitos Humanos utilizar em demasia a “margem de apreciação”, ela será considerada conservadora e inapta para cumprir seu papel de guardião dos direitos humanos.** A aplicação da teoria acaba levando a um retrocesso na busca de uma maior efetividade dos direitos humanos.

Conteúdo retirado de ORAIS, Ronald Medeiros de. A “Teoria da Margem de apreciação”, nos Direitos Humanos. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 28 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42667&seo=1>>.

- **A TEORIA DO DUPLO CONTROLE**

- Caso paradigmático do “beco sem saída” da interpretação nacionalista dos tratados ocorreu no chamado “Caso da Guerrilha do Araguaia”. Pela primeira vez, um tema foi analisado no STF e pela CIDH.

<p>Em 2008, foi proposta pela CFOAB uma ADPF pedindo que fosse interpretado o parágrafo único do art. 1º da <b>Lei da Anistia</b>, conforme a CF/88, de modo a declarar que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos e conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão (civis ou militares) contra opositores políticos, durante o regime militar.</p>	<p>Em 2009, a Comissão IDH processou o Brasil perante a Corte IDH, no chamado caso <i>Gomes Lund e outros vs. Brasil</i>, invocando, ao seu favor, a copiosa <b>jurisprudência da Corte IDH contrária às leis de anistia e favorável ao dever de investigação, perseguição e punição penal dos violadores de DH.</b></p>
<p>A <b>ADPF 153</b> foi julgada em 2010, tendo o STF decidido que a <b>Lei da Anistia alcança os agentes da ditadura militar, tornando impossível a perseguição criminal pelas graves violações de DH ocorridas na época dos “anos de chumbo”.</b></p>	<p>Meses após a decisão do STF, a <b>Corte IDH condenou o Brasil, no caso <i>Gomes Lund</i>, exigindo que fosse feita completa investigação, perseguição e punição criminal aos agentes da repressão política durante a ditadura militar.</b></p>
<p>Na <b>ADPF 153</b>, houve o <b>CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.</b></p>	<p>No caso <i>Gomes Lund</i>, houve o <b>CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.</b></p>

- A teoria do duplo controle reconhece a atuação em separado do controle de constitucionalidade e do controle de convencionalidade. Os DH possuem uma dupla garantia. Qualquer ato ou norma deve ser aprovado pelos dois controles. A anistia aos agentes da ditadura, para subsistir, deveria ter sobrevivido intacta aos dois controles, mas só passou por um, o de constitucionalidade (STF). Foi destroçada no controle de convencionalidade. Cabe, agora, aos órgãos internos cumprirem a sentença internacional.

- **EXECUÇÃO DE DECISÕES DE TRIBUNAIS INTERNACIONAIS DE DH**

- Em 2002, o Brasil reconheceu a competência da **Corte Interamericana de DH** e ratificou o **Estatuto de Roma do TPI**, submetendo-se a duas importantes Cortes Internacionais.

- As decisões dessas Cortes precisam ser homologadas pelo STJ? Portela entende que não. **A necessidade de homologação de sentença estrangeira justifica-se pelo fato de o tribunal estrangeiro estar afeto à soberania de outro Estado.** Os Tribunais Internacionais, contudo, não são foros vinculados a uma soberania em particular. **Os Estados que conceberam um Tribunal Internacional abrem mão, livremente, de uma parcela de sua própria soberania, admitindo que tais órgãos se manifestem sobre questões que os envolvam.** Aplicar as sentenças de órgãos jurisdicionais internacionais independentemente de homologação do STJ é também concretizar o **princípio da primazia dos DH** nas relações internacionais.

- **INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA (IDC)**

- Nas hipóteses de grave violação dos DH, o PGR, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de DH dos quais o Brasil seja parte, poderá

suscitar, perante o **STJ**, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a **JUSTIÇA FEDERAL** (EC 45/2004).

- É a **União** que deve responder internacionalmente pela eventual inobservância dos tratados de **DH**, por ser o ente competente para manter relações com Estados estrangeiros e participar das **OI**.

- O pedido de deslocamento só pode ser deferido nos casos de **INÉRCIA E INCAPACIDADE DAS INSTÂNCIAS E AUTORIDADES LOCAIS DE OFERECER RESPOSTAS EFETIVAS**.

- É possível que o Governo Federal aja em qualquer ocasião em que as autoridades locais não possam ou não queiram atuar no sentido de responder adequadamente à violação de norma de tratado de **DH**. Ex.: atuação da Polícia Federal para as investigações de atos contrários à dignidade humana, que atuará assim como a polícia judiciária junto ao Judiciário estadual competente.

- **O STJ NÃO PODE, DE OFÍCIO, AVOCAR PARA SI O PAPEL DE JULGAR UM CASO DO TIPO, DEPENDENDO DE PROVOCAÇÃO DO PGR.**

- **O STJ VEM DISCIPLINANDO O PROCESSAMENTO DO INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA ANTE A AUSÊNCIA DE REGRAMENTO INFRACONSTITUCIONAL.**

- **Possibilidade de recurso para o STF (via Recurso Extraordinário).**

- Abrangência **cível ou criminal** dos feitos deslocados, desde que se refiram a casos de “**graves violações**”.

- **IDC 1** (caso Dorothy Stang): foi julgado improcedente. Mas o STJ conheceu o pedido e, assim, firmou a constitucionalidade do IDC.

- **IDC 2** (caso Manoel Mattos): em 2010, o STJ concedeu, por maioria, a **primeira federalização de grave violação de DH**.

INCONSTITUCIONALIDADE DO IDC	CONSTITUCIONALIDADE DO IDC
<p>a) Gera amesquinamento do <b>pacto federativo</b>, em detrimento ao Poder Judiciário Estadual;</p> <p>b) Viola o princípio do <b>juiz natural</b>;</p> <p>c) Viola o <b>devido processo legal</b>;</p> <p>d) Indefinição da expressão “<b>grave violação de DH</b>”.</p>	<p>a) A EC 45 não foi tendente a abolir o federalismo brasileiro, mas tornou coerente o seu desenho, adaptando-o às exigências da <b>proteção internacional de DH</b>;</p> <p>b) O desenho anterior impedia uma ação preventiva que evitasse a <b>responsabilização internacional futura do Brasil</b>;</p> <p>c) Não há ofensas ao juiz natural e ao devido processo legal pelo “<b>deslocamento</b>”, uma vez que o próprio texto constitucional realiza a <b>distribuição de competência entre a justiça comum estadual e federal</b>;</p> <p>d) O uso do conceito indeterminado “<b>grave violação de DH</b>” está sujeito ao crivo do STJ e do STF, além de haver também conceito aberto no texto constitucional com relação à <b>autorização de intervenção federal por violação dos direitos da pessoa humana</b>.</p>

#### • O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA

- Em princípio, não é necessário que o pleito de um indivíduo ou ONG junto a um órgão internacional de proteção dos **DH**, como a **CIDH**, conte com o patrocínio de advogados. Entretanto, **nada impede que isso ocorra, dando à vítima da violação maiores possibilidades de êxito em causas apresentadas junto aos órgãos internacionais**.

- Nesse sentido, a **LC 132/09** alterou o art. 4º, IV, da **LC 80**, passando a prever que **COMPETE À DP REPRESENTAR AOS SISTEMAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DH, POSTULANDO PERANTE SEUS ÓRGÃOS**. Com isso, um defensor público poderá atuar no sentido de orientar a apresentação e o trâmite de uma demanda junto a órgãos como a **CIDH**.