

A FERTILIZAÇÃO CRUZADA E O REDIMENSIONAMENTO DAS DECISÕES JUDICIAIS ENQUANTO FONTE FORMAL DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

CROSS FERTILIZATION AND THE RESIZING OF THE JUDGE AS A FORMAL SOURCE OF THE INTERNACIONAL LAW OF THE HUMAN RIGHTS

¹Diogo Basilio Vailatti

²Marcelo Benacchio

RESUMO

O artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça de 1945 é expresso ao tratar as decisões judiciais como mero meio auxiliar de interpretação do Direito Internacional, e não como fonte formal. Contudo, com a expansão dos Tribunais Internacionais, iniciou-se forte processo de diálogo entre as Cortes internacionais e nacionais objetivando, por meio de seus julgados, interpretar os Direitos Humanos. Desta forma, o presente trabalho pretende verificar, por meio do método hipotético-dedutivo e de uma análise bibliográfica, se as decisões judiciais hoje são ainda meio auxiliares ou verdadeiras fontes formais do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Palavras-chave: Fontes do direito, Hermenêutica jurídica, Tribunais internacionais, Fertilização cruzada

ABSTRACT

The article 38 of the Statute of the International Court of Justice is expressed when dealing with judgments as merely an auxiliary source of interpretation of the international law, and not as a formal source. However, with the expansion of the International Tribunals, started strong process of dialogue between international and national courts aiming for its decisions interpreting human rights. Thus, this study aims to verify, through the hypothetical-deductive method and a literature review, if judicial decisions today are still auxiliary or true formal sources of international law of the human rights.

Keywords: Sources of law, Legal interpretation, International courts, Cross fertilization

¹ Mestre em Justiça, Empresa e Sustentabilidade pela Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo (Brasil). Professor de Direito pela Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo (Brasil). E-mail: diogo_bv23@hotmail.com

² Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC, São Paulo (Brasil). Professor de Direito pela Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo (Brasil). E-mail: benamarcelo@gmail.com

Introdução

Importante ressaltar que o presente trabalho trata-se de uma evolução de pesquisa, a qual ainda está em construção e ampliação, mas que iniciou seus primeiros “passos” em uma apresentação oral realizada no âmbito do VI Simpósio Brasileiro Sobre Cortes e Tribunais Internacionais realizado na Universidade de São Paulo em 2015. Portanto, aqui ainda encontramos apenas algumas conclusões provisórias sobre o problema levantado e exposto neste artigo.

O presente trabalho objetiva investigar a fertilização cruzada e, dentro de dois casos concretos que aqui serão adiante analisados, verificar se tal instituto redimensiona o papel das fontes do Direito Internacional na proteção dos Direitos Humanos ou se, apesar da valorização dos julgados existente no instituto, não haveria qualquer mudança no modelo de fontes do Direito Internacional já anteriormente delineado no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça de 1945.

Já o problema enfrentado pela pesquisa é o de analisar se as decisões judiciais são fonte do Direito ou mero meio auxiliar de sua interpretação. O objetivo da pesquisa é o de fomentar um debate em torno do poder e influência das decisões judiciais dentro do sistema de proteção nacional e internacional dos Direitos Humanos.

Para tanto, a primeira parte da pesquisa dedica-se em traçar certas premissas sobre o papel das decisões judiciais, enquanto na segunda parte são analisados dois casos definitivamente julgados para verificar de que forma o primeiro julgamento verificado foi imprescindível para o resultado do segundo. Após tal análise, o trabalho procura enfrentar o problema aqui levantado partindo das premissas traçadas no início da exposição.

A relevância da pesquisa encontra-se em compreender qual o papel das decisões judiciais proferidas nos Tribunais Internacionais para as demais Cortes, tanto de âmbito interno quanto de tutela internacional.

Trata-se de pesquisa de caráter revisional, a qual utilizará do método hipotético-dedutivo e de uma análise bibliográfica para alcançar diretrizes e respostas ao problema levantado.



1. As decisões judiciais como fonte ou mero meio auxiliar de interpretação do Direito Internacional dos Direitos Humanos?

Nas últimas décadas, o diálogo entre Direito Internacional e o sistema jurídico brasileiro ampliou-se de forma exponencial. Das convenções e dos tratados ratificados e até das reformas constitucionais que ampliaram o alcance da tutela internacional¹ percebe-se o quanto o debate internacional humanitário ganhou projeção e destaque no sistema jurídico interno².

Neste sentido, tal projeção faz com que buscar compreender o enlace entre ambos os sistemas e também como harmonizá-los torne-se salutar para todos os operadores do Direito. André de Carvalho Ramos (2012, p. 497-498) aponta sobre o fenômeno em questão nos seguintes termos:

O Direito Internacional é uma realidade impressionante no Brasil do século XXI. Do ponto de vista da produção normativa, o Brasil aderiu a centenas de tratados nos mais diversos planos (universal, regional) e temas (gerais, setoriais), bem como tem acatado inúmeros diplomas normativos de *soft law*. A cada ano, novas demandas são traduzidas em textos internacionais e o Brasil é um dos países mais receptivos a essa produção normativa. Do ponto de vista do alcance, a influência do Direito Internacional atinge todos os temas da conduta social nacional, mostrando uma impressionante força expansiva de suas normas. (grifos no original)

Da mesma forma, os julgamentos internacionais começaram a ganhar repercussão no direito interno. Para título de ilustração, como responsáveis diretos por alterações no direito pátrio, podemos citar o advento da Lei Maria da Penha e o enrijecimento da punição nos casos de violência contra mulher, além de toda a mudança na forma do tratamento psiquiátrico realizado pelo Estado brasileiro em função do caso Damião Ximenes Lopes. Tais casos são

¹ Apenas para exemplificar, podemos ilustrar com a emenda constitucional número 45, a qual possibilitou que o Brasil aderisse ao Tribunal Penal Internacional e que normas internacionais sobre direitos humanos tenham força de emenda constitucional caso aprovadas com o mesmo quórum das emendas constitucionais previsto no artigo 60 da Carta Maior.

² Quanto ao debate em questão, alguns breves pontos são de suma importância destacar. Ao interpretar a nova possível hierarquia dada às normas internacionais, o Supremo Tribunal Federal decidiu no RE nº 466.343-SP que os demais tratados internacionais de Direitos Humanos (não aprovados pelo quórum de emendas constitucionais) teriam caráter supralegal, ou seja, estariam abaixo da Constituição Federal, mas acima das demais leis e tratados que não fosse de Direitos Humanos. Valendo-se desta reforma constitucional foi ratificado o Decreto 6949/2009, o qual trata da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. Atualmente, aliás, tal norma internacional é a única no sistema jurídico brasileiro com força de emenda constitucional.

emblemáticos ao demonstrar como o sistema pátrio respeita e procura adequar-se ao decidido no plano internacional em determinados casos.

Assim, notando-se o processo de influência acima citado, torna-se imprescindível compreender quais são as fontes tanto de criação quanto de aplicação do Direito Internacional Público, uma vez que o enlace entre ambos os sistemas (nacional e internacional) é indiscutível e tende em ser ampliado nos próximos anos. Do contrário, caso não sejam os operadores do Direito capazes de manter uma congruência saudável entre ambos os sistemas, o modelo de proteção aos Direitos Humanos, o qual necessita de uma tutela nacional e internacional, será enfraquecido.

O conceito de fonte está estritamente ligado aos limites do sistema jurídico. Dentro desta concepção, as fontes do Direito devem ser compreendidas como os focos ejetores responsáveis pela produção normativa tanto da norma geral e abstrata quanto da norma individual e concreta. (CARVALHO, 2013, p. 422-423)

Miguel Reale (1994) separa as fontes do Direito em formais e materiais. As fontes materiais representam o conjunto de fatores econômicos, sociais e culturais que levam à elaboração das normas jurídicas. Já as fontes formais representam as próprias formas de manifestação positiva do Direito, ou seja, indicam o Direito posto (positivo). Como forma de recorte metodológico, o presente trabalho focar-se-á na análise das fontes formais do Direito, de forma que se possa verificar o papel da jurisprudência no debate internacional humanitário no próprio Direito positivo, e não no conjunto de fatores que levam na sua positivação.

E, com base em tais premissas, há grande controvérsia em se apontar quais seriam as fontes do Direito no campo internacional publicista. Em suma, tal discussão situa-se em torno da interpretação dada no conteúdo do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (1945), que segue:

Artigo 38. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o Direito Internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

A – as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos estados litigantes;

B – o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo de direito;

C- os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas;



D – sob ressalva da disposição do artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras do direito.

Em relação ao rol em questão ser apenas exemplificativo, e não taxativo, parece existir certo consenso na doutrina especializada, conforme apontam Carlos Roberto Husek (2011), Valério de Oliveira Mazzuoli (2011) e Francisco Rezek (2011). Tal consenso, aliás, em muito baseado no lapso temporal existente entre a elaboração do rol em comento e a atualidade, bem como no fato de que seria impossível imaginar que o legislador possa prever todas as fontes existentes dentro de um artigo de lei.

Já no que tange às decisões judiciais e seu papel, foco da presente explanação, existe grande controvérsia em relação ao seu papel ser exclusivamente como meio auxiliar, da maneira como está expressa no artigo supracitado, ou também como fonte formal do Direito. Desta forma, procuraremos adiante levantar dois posicionamentos contrários existentes na doutrina para que possamos adentrar na discussão.

Valério de Oliveira Mazzuoli (p. 109–162) aponta os seguintes instrumentos como fonte do Direito Internacional Público: tratados internacionais, costume internacional, princípios gerais de direito, analogia, equidade, atos unilaterais dos Estados, decisões das organizações internacionais, normas de *jus cogens* e as de *soft law*. Já a jurisprudência e doutrina dos publicistas seriam meros meios auxiliares.

Percebe-se que o autor, muito embora elabore rol de fontes mais extenso do que o previsto no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, ainda parte do mesmo modelo de classificação ali adotado. Portanto, da mesma forma que o modelo clássico faz, afasta-se tanto a doutrina quanto os julgados de eventual papel como fonte, uma vez que ambos seriam o próprio Direito já posto, e não um reflexo normativo capaz de mudá-lo e criá-lo.

Em obra coletiva, Hidelbrando Accioly, Paulo Borba Casella e Geraldo Eulalio do Nascimento e Silva (2012, p 178-184) adotam posição diversa ao narrar que, caso o artigo em questão fosse atualmente elaborado, a própria ordem dada aos incisos mudaria, bem como seriam outros institutos acrescentados (resoluções das organizações internacionais e até as declarações unilaterais). Neste sentido, concluem que se percebe hoje que os Tribunais Internacionais invocam sua jurisprudência como verdadeira fonte formal do Direito, o que



obriga aos operadores que trabalhem com os precedentes de maneira mais ampla do que ocorria anteriormente.

Contudo, adentrando-se na discussão, em que pesem os posicionamentos contrários, atualmente, verifica-se um redimensionamento na função dos julgamentos na órbita internacional humanista. E isso se deve ao diálogo permanente existente entre as Cortes nacionais e internacionais e ao instituto do *cross fertilization* (fertilização cruzada) aplicado de forma progressiva.

Ao utilizar dos julgados como verdadeira fonte do Direito, os quais são capazes até da reanálise e modificação da legislação interna, e não apenas como um mero meio auxiliar, há uma verdadeira mudança nos paradigmas até então traçados no Direito Internacional dos Direitos Humanos. Comenta Arnaldo Ricardo Rosim (2013) sobre o instituto em debate nos seguintes termos:

Pode ser dito que a fertilização surge de várias maneiras. A primeira e mais difundida delas é realizada por meio de citações de julgados de outros órgãos jurisdicionais. As citações de precedentes de tribunais estrangeiros pelos órgãos locais não é fenômeno novo, como se pode imaginar. Giuseppe de Vergottini já dá amostra de sua existência na Argentina no século XVIII. [...] A fertilização cruzada é benéfica. É por meio dela que os diversos tribunais conseguem, **utilizando os julgados estrangeiros como autoridade persuasiva e não como precedentes judiciais, reforçar os argumentos utilizados, construindo uma linha de argumentação para a solução de um caso concreto posto à solução**, oxigenando a jurisprudência local e permitindo uma maior gama de soluções possíveis. Não se trata de uma recepção meramente passiva das decisões de cortes constitucionais diversas, mas um artifício para a resolução do conflito, tendo como elementos de apoio julgados de outros tribunais, sejam constitucionais, sejam transnacionais. Tal fenômeno não deve também ser considerado como submissão de uma corte à outra. Trata-se, na verdade, de uma análise de percepções sobre questão já enfrentada por outro tribunal. (grifos nossos)

Importante notar que, muito embora o fenômeno não seja novo, os contornos resultantes são, uma vez que se abre margem para um verdadeiro diálogo nacional, regional e global em relação aos temas de Direitos Humanos. Pontua André Rufino do Vale (2014) sobre o tema em questão:

[...] é encarado como uma questão de (inter)relação jurídica (multilateral, global, multinível etc.) entre distintos órgãos ou entidades nacionais e internacionais ou supranacionais de caráter judicial, na perspectiva do Direito Internacional Público ou do Direito Constitucional Internacional. Tem sido muito comum que, adotando esse enfoque, tais estudos passem a qualificar e a denominar o fenômeno como sendo uma espécie de “diálogo judicial” (*judicial dialogue*) de caráter internacional ou



global, que favorece o desenvolvimento de uma “diplomacia judicial” (*judicial diplomacy*), que acaba criando um frutífero processo de fertilização cruzada (*cross-fertilization*) de experiências constitucionais.

Desta forma, traçadas algumas diretrizes sobre o papel dos julgamentos na esfera internacional humanista, o trabalho ater-se-á em verificar um caso analisado na esfera internacional, e como o seu resultado afetou diretamente o direito argentino posteriormente com base no diálogo das cortes, de maneira que se possa verificar como há verdadeiro redimensionamento no papel dos julgamentos internacionais enquanto fonte formal do direito, e não mais mero meio auxiliar.

2. A autoridade do argumento dos precedentes dos Tribunais Internacionais e nacionais na proteção dos Direitos Humanos: analisando a fertilização cruzada

A presente parte da exposição ater-se-á em verificar dois casos concretos definitivamente julgados relativos aos direitos de anistia como violadores dos Direitos Humanos. O objetivo de realizar tal análise é de que se possa visualizar como o julgamento internacional assume verdadeiro papel de fonte formal do Direito no último caso que aqui será tratado, nos exatos termos defendidos no capítulo anterior da exposição.

Para tanto, o presente item será dividido em duas partes. Na primeira parte, analisar-se-á o caso *Barrios Alto vs Peru*, o qual foi julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Já na segunda, verificar-se-á o posicionamento da Corte Suprema de Justiça argentina em relação às leis de anistia que existiam neste país, de forma que se possa verificar a mudança de paradigma em função da aplicação do instituto da fertilização cruzada no direito argentino em virtude do julgamento realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Vale ressaltar que, muito embora o presente trabalho tenha realizado uma análise na qual seja mostrado que há influência da Corte Interamericana no direito argentino, o diálogo das Cortes permite que a esfera de influência dê-se em todos os níveis (verticais ou horizontais), ou seja, possibilita-se o diálogo entre as decisões independentemente de sua prolação ser no âmbito interno, regional ou global. Assim, possibilita-se verdadeiro diálogo de Cortes entorno da proteção dos Direitos Humanos.



Importante ainda afirmar que os dois casos aqui analisados não são suficientes para demonstrar o processo em questão como uma verdade absoluta e já completamente construída. Porém, ambos os casos tornam-se de suma importância para demonstrar que o novo papel das decisões judiciais não é apenas uma construção teórica utópica em busca da concretização dos Direitos Humanos, mas algo completamente palpável e plausível. Nesta mesma linha, isto não significa que não existam diversos desafios que ainda serão enfrentados com possíveis decisões incongruentes entre os sistemas de proteção interno e externo, tanto na esfera horizontal quanto vertical.

Portanto, pelo aqui exposto e defendido, atualmente, torna-se possível que pela fertilização cruzada os julgados assumam verdadeiro papel de fonte formal do Direito Internacional dos Direitos Humanos ao atuarem como verdadeiro argumento de persuasão nas decisões judiciais, como será adiante demonstrado ao ser analisado o caso *Barrios Alto vs Peru*.

2.1 O caso *Barrios Alto vs Peru*

Todos os dados expostos no presente item da exposição foram retirados do sítio eletrônico da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o qual consta na bibliografia apresentada ao final do trabalho.

Em 3 de novembro de 1991, um esquadrão da morte denominado “Grupo Colina”, constituído por militares que trabalhavam para o Estado peruano, realizou o assassinato sumário de catorze pessoas opositoras ao regime peruano.

Enquanto ainda se investigava eventual responsabilidade dos oficiais e do Estado do Peru, em 14 de junho de 1995, sem qualquer debate público prévio realizado sobre o tema, o Congresso peruano aprovou a Lei 26479, a qual exonerava de qualquer responsabilidade militares, civis e policiais que tivessem cometido quaisquer violações aos direitos humanos entre 1980 e 1995.

Levado o caso para Corte Interamericana de Direitos humanos, decidiu-se pela impossibilidade da anistia em questão, uma vez que não estaria em conformidade com os ditames da Convenção Americana. Em síntese, afirmou-se que a anistia em comento violaria



o direito à vida e à integridade física, bem como a obrigatoriedade de existência das garantias de proteção e de investigação judiciais.

Assim, verificadas tais violações, reafirmando a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, a Corte Interamericana realizou o controle de convencionalidade da Lei 26479, extirpando-a do sistema jurídico peruano. Além disso, decidiu-se pela necessidade de reabertura das investigações relativas ao caso em análise.

Partindo-se da condenação em questão, percebe-se o quão relevante torna-se o caso em comento. Além de ressaltar e valorizar o sistema regional de proteção do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o caso *Barrios Alto vs Peru* afirma qual deve ser a postura dos Estados em eventual necessidade de uma justiça de transição. Neste sentido, pontua Ivan Cláudio Marx (2009, p. 117):

A postura clara e firme adotada pela Corte ao sentenciar o caso *Barrios Altos*, em 14 de março de 2001, determinou o caráter histórico de tal julgamento.

De fato, não restaram dúvidas a respeito das obrigações que os Estados devem necessariamente cumprir na chamada justiça de transição.

Como aponta Antônio Augusto Cançado Trindade (2013, p. 84-86), no caso *Barrios Alto vs Peru*, a tutela jurisdicional internacional precedeu a nacional, o que não impediu que, posteriormente, no âmbito interno, fosse o então presidente da república também responsabilizado penalmente pelo massacre em questão. Assim, percebe-se que não há conflito ou imposição entre sistemas de proteção, mas, na verdade, um constante diálogo aberto entre Cortes na proteção dos direitos humanos quando se fala no instituto da fertilização cruzada aplicado.

Dentro desta linha de raciocínio, o caso *Barrios Alto vs Peru* torna-se importante não apenas por ser o primeiro caso analisado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o tema anistia, mas também pela influência decisiva tanto no direito argentino quanto no direito chileno no momento de verificar se seria possível anistiar crimes contra humanidade. Infelizmente, apesar da Argentina e do Chile valerem-se de tal diálogo, vale ressaltar que o Brasil julgou constitucional sua Lei de Anistia, o que adiante também será mencionado.

2.2 A Corte Suprema de Justiça e as leis de anistia: a mudança de paradigma como o julgamento do caso *Barrios Alto vs Peru*

Após o julgamento do caso *Barrios Alto vs Peru* ter sido realizado, deparou-se a Corte Suprema de Justiça argentina com a necessidade de analisar se a Lei de Ponto Final (Lei nº 23.492/86) e a Lei de Obediência Devida (Lei nº 23.527/87), as quais anistiavam os responsáveis pelos crimes contra humanidade no período da ditadura militar argentina, estariam em consonância com o ordenamento jurídico. Quanto ao tema em análise, Flávia Piovesan (2012, p. 316) explica sobre a ditadura argentina e o número de desaparecidos no período histórico em questão:

A ditadura na Argentina estendeu-se pelo período de 1976 a 1983. Estima-se que houve o desaparecimento forçado de 18.000 pessoas (dados oficiais da Secretaria de Direitos Humanos) a 30.000 pessoas (de acordo com estimativas de organizações não governamentais, como Las Madres de la Plaza de Mayo).

Independentemente do número adotado, percebe-se que a quantidade de vítimas no período é estrondosa. Contudo, apesar disto, ao realizar a primeira análise em relação às Leis de anistia e o direito à verdade, a Corte Suprema de Justiça argentina, em 1998, negou-se a realizar investigações sobre o desaparecimento em 1977 de Alejandro Lapacó, pleiteado por sua mãe Carmen de Aguiar Lapacó.

O desfecho em questão apenas foi modificado quando se levou sua análise para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no famoso caso 12.059, momento no qual a Argentina resolveu de forma amistosa iniciar as investigações relativas ao desaparecimento de Alejandro Lapacó. Muito embora o avanço seja considerável com o acordo firmado, importante destacar que a investigação seria de um caso isolado, e não de todo período ditatorial.

Todavia, muito embora já houvesse sido firmado julgamento em sentido contrário ao direito à verdade, o que poderia prejudicar eventual controle abstrato das leis de anistia, o panorama argentino seria completamente modificado com a análise feita pela Corte Interamericana de Direitos Humanos do caso *Barrios Alto vs Peru*.



Sem sombra de dúvidas, tal caso deu verdadeira sustentação para a Corte Suprema de Justiça Argentina extirpar as Lei de Ponto Final (Lei nº 23.492/86) e a Lei de Obediência Devida (Lei nº 23.527/87) do ordenamento jurídico interno³.

Em suma, como aponta Maria José Guembe (2005, p. 127-133), dois foram os argumentos preponderantes para o posicionamento adotado pela Corte Suprema de Justiça, quais sejam: a ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos pela Argentina e o conteúdo da decisão adotada no caso Barrios Alto vs Peru. Aliás, ao apontar este motivo, conclui:

A Corte Suprema argentina entendeu – como havia feito anteriormente – que os tribunais do país **deveriam tomar as decisões da Corte Interamericana como paradigma interpretativo**. Com base na jurisprudência anterior, o mais alto tribunal argentino considerou que devia **acatar a sentença do caso Barrios Altos e interpretou-a de modo amplo** [...] (GUEMBE, 2005, p. 132) (grifos nossos)

Neste mesmo sentido, Ivan Cláudio Marx (2009, p. 117) pontua sobre o papel do caso Barrios Alto vs Peru na decisão tomada pela Corte Suprema de Justiça Argentina, bem como até por Cortes de outros países:

Barrios Altos precedeu e embasou outros importantes julgamentos da própria CorteIDH, bem como de Supremas Cortes de países submetidos à CADH (como no caso da Argentina e do Chile). Além disso, também impulsionou importantes avanços no direito peruano.

Assim, percebe-se que há verdadeira mudança no papel dos julgados na esfera internacional. Ao utilizar-se do instituto da fertilização cruzada, tanto os Tribunais Internacionais quanto os nacionais utilizam os julgados como fonte formal do Direito, e não mais como mero meio auxiliar.

³ Conforme levantamento realizado pelo Ministério Público Fiscal argentino (2015), a decisão em análise vem surtindo efeitos práticos desde então. Entre 2006 (ano do primeiro julgamento realizado) e 2014 foram proferidas 134 (cento e trinta e quatro) sentenças, as quais já condenaram 1946 (mil e novecentos e quarenta e seis) pessoas e absolveram outras 182 (cento e oitenta e duas). Além disso, existem outros 15 (quinze) processos ainda tramitando.

2.3 O Direito brasileiro e a constitucionalidade da Lei de Anistia: início de uma discussão

Muito embora não seja ainda o foco do presente trabalho, tampouco do presente capítulo em questão, nos últimos parágrafos desta exposição será aberta uma discussão pública sobre um subtema dentro do problema em questão que se pretende que seja aprofundado futuramente em um próximo artigo.

Diferentemente da Argentina e do Chile, o Brasil contrariou o decidido pela Corte Interamericana sobre o tema justiça de transição e permitiu que os crimes contra humanidade cometidos durante o regime militar fossem perdoados. E isto ocorreu ao ser julgada constitucional a Lei de Anistia dentro da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 157 em 28 de abril de 2010.

Como anteriormente já afirmado, muito embora aqui se defenda pelo caráter de verdadeira fonte formal dos julgados, isto não impossibilita que ainda existam incongruências entre os sistemas de proteção interno e externo dos Direitos Humanos, tampouco invalida o caráter de fonte formal dos julgados.

Neste sentido, com a expansão e valorização da harmonia entre os sistemas interno e externo, em um primeiro estudo superficial sobre o tema, parece possível que a fertilização cruzada possibilite que o Supremo Tribunal Federal reposicione-se em relação ao tema em questão. Desta forma, inclusive posiciona-se Claudio Souza Neto (2014) ao apontar pela possibilidade de rediscussão do tema nos seguintes termos:

Não fosse suficiente a incompatibilidade frente à Convenção Americana de Direitos Humanos, a Lei de Anistia revela-se material e originariamente inconstitucional, não apresentando qualquer valor jurídico o suposto perdão criminal aos agentes públicos que cometeram violações a direitos humano. Admitir o contrário seria ignorar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, elemento nuclear de nosso sistema constitucional e do próprio direito internacional dos direitos humanos. A interpretação da Lei de Anistia que inclui, em seu âmbito de proteção, os agentes do Estado não passa no teste do controle de convencionalidade. Por isso, ainda que o Supremo Tribunal Federal não reveja a decisão proferida na ADPF 153, os juízes competentes podem julgar ações penais ajuizadas contra agentes públicos que cometeram crimes contra os direitos humanos durante o regime militar.

Tal questionamento, ainda que respondido de uma forma ainda não aprofundada, apenas ressalta o quanto os julgados estão no centro das discussões entorno do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Além de notar o quanto o nosso sistema, muito embora



já tenha várias vezes utilizado e realizado interpretações harmônicas com o sistema global e regional, em certos pontos ainda resiste ao entendimento pelas Cortes Internacionais.

Conclusão

O presente artigo objetivou verificar se o instituto da fertilização cruzada redimensionaria o papel das decisões judiciais de mero meio auxiliar de interpretação do Direito Internacional dos Direitos Humanos para o de verdadeira fonte formal. Caso a resposta fosse afirmativa, importante destacar que a assertiva estaria contrariando o exposto no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça de 1945, o qual aponta expressamente quais são as fontes do Direito Internacional Público.

Não havia na presente exposição qualquer pretensão de encontrar uma resposta absoluta sobre o tema, tampouco esgotá-lo, mas existia o objetivo maior de iniciar um debate sobre o tema da fertilização cruzada e sua interferência nas fontes do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Após investigar, na primeira parte da pesquisa, concluiu-se que o instituto da fertilização cruzada, ao realizar o diálogo entre as Cortes nacionais e/ou internacionais, faz com que as decisões judiciais tornem-se verdadeiras fontes formais do Direito, uma vez que as diretrizes dadas na decisão podem ser adotadas como argumento de autoridade nos âmbitos de proteção nacional, regional ou global. Não há mero reforço do argumento, mas verdadeira construção da fundamentação do caso em análise partindo da decisão favorável aos Direitos Humanos anteriormente prolatada.

Já na segunda parte, procurando demonstrar um exemplo concreto do narrado na primeira parte da pesquisa, analisaram-se dois julgados. No primeiro, narrou-se como a Corte Interamericana condenou o Peru pela concessão de anistia para crimes contra a humanidade. Já no segundo, percebeu-se como a decisão proferida pela Corte Interamericana foi capaz de fazer com que a Suprema Corte de Justiça argentina modificasse seu entendimento sobre o tema. Ao final, o trabalho verificou como, apesar do processo em questão, o Supremo Tribunal Federal brasileiro ainda considera constitucional a Lei de Anistia.

O trabalho procurou lançar algumas diretrizes teóricas que permitam no futuro um maior aprofundamento sobre o tema aqui delineado, uma vez que a ampliação da utilização do



instituto da fertilização cruzada pode ser capaz de solidificar a proteção nacional, regional e global em conjunto dos Direitos Humanos de maneira harmônica, criando um verdadeiro e essencial diálogo entre as Cortes de todo o planeta.

Referências bibliográficas

ACCIOLY, Hildebrando; **CASELLA**, Paulo Borba; **SILVA**, Geraldo Eulalio do Nascimento e. *Manual de Direito Internacional Público*. 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Decreto nº 6.949/2009*. Brasília, DF: Senado Federal, São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153*. Arguidor: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB. Relator: Eros Grau, j. 28 de abril de 2010. In: Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/> > Acesso em: 1º de agosto de 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 5ª edição. São Paulo: Noeses, 2013.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso nº 12.059*, Autora: Carmen Aguiar de Lapacó, Réu: Argentina. Disponível em: < <https://www.cidh.oas.org> > Acesso em: 18 de outubro de 2015.

COMPARATO. Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Barrios Alto vs Peru*, Disponível em: < <http://www.corteidh.or.cr> > Acesso em: 18 de outubro de 2015.

ESTATUTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm > Acesso em: 18 de outubro de 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 38ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Direitos humanos fundamentais*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005.



GOMES, Luiz Flávio; **VIGO**, Luis Rodolfo. *Do Estado de Direito Constitucional e Transnacional: Riscos e Precauções*. São Paulo: Premier, 2008.

GUEMBE, Maria José. *Reabertura dos processos pelos crimes da ditadura militar argentina*. Tradução de Cecília Ramos. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 2, nº 3, 2005, p. 120-137.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: RCS, 2003.

HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HERRERA, Carlos Miguel. *Estado, Constituição e direitos sociais*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, volume 102, p. 371-395, 2007.

HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de Direito Internacional Público*. 11ª edição. São Paulo: LTR, 2011.

MARX, Ivan Cláudio. *De Barrios Altos à guerrilha do Araguaia: a possível condenação do Estado brasileiro*. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*. nº 5, p. 111-125, 2009. Disponível em: < <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/33286-42422-1-PB.pdf> >. Acesso em 03 de março de 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira e **BRANCO**; Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito Constitucional*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENEZES, Wagner. *Tribunais Internacionais: jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2012

MINISTÉRIO PÚBLICO FISCAL. *Informativo*. Disponível em: <<http://www.fiscales.gob.ar/>> Acesso em 18 de novembro de 2015.

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

OLIVEIRA, Erival da Silva. *Prática constitucional*. 5ª edição. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, Andre de Carvalho. *Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 106-107, 2012, p. 497-524.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.



RESEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROSIM, Arnaldo Ricardo. *A fertilização cruzada nos tribunais e a liberdade religiosa*. Revista Sapere Aude. Disponível em: < <http://www.revistasapereaude.org/> > Acesso em: 11 de nov. de 2015.

SARLET, Ingo Wolfgman. *A Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; **ROCASOLANO**, Maria Mendez. *Os direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio. *Não há obstáculo para STF rever julgamento da Lei de Anistia*. Consultor jurídico. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/> > Acesso em 11 de janeiro de 2016.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os Tribunais Internacionais Contemporâneos*. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2013.

VAILATTI, Diogo Basilio; **PERES**, Fernando; **BENACCHIO**, Marcelo *O ser humano enquanto sujeito de direitos e sua dignidade como vetor do reconhecimento dos novos direitos da personalidade*, p. 269-287, In: *O reconhecimento dos novos direitos da personalidade*. FACHIN, Zulmar; FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. (organizadores) Maringá: Humanitas Vivens, 2015.

VALE, André Rufino do. *O argumento comparativo na jurisdição constitucional*. Consultor jurídico. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/> > Acesso em 11 de novembro de 2015.