

## **O PROBLEMA DAS DECISÕES SOBRE DIREITOS HUMANOS À LUZ DA SOBERANIA TERRITORIAL E DO DIREITO COMPARADO**

## **EL PROBLEMA DE LAS DECISIONES SOBRE DERECHOS HUMANOS A LA LUZ DE LA SOBERANÍA TERRITORIAL Y DEL DERECHO COMPARADO**

Cecilia Caballero Lois<sup>1</sup>

Caroline Ferri<sup>2</sup>

**Resumo:** este artigo trata da análise de decisões sobre direitos humanos sob a ótica dos conceitos de soberania territorial e do uso do direito comparado. Enquanto conceito clássico, a ideia de soberania implica a perspectiva de que o Estado não sofre influências de outras nações para definir suas questões políticas e decisões judiciais. Entretanto, isto tem sido alterado em razão de novas realidades globais e também de debates sobre a universalidade dos direitos humanos. Essas questões implicam uma nova forma de decisão em temas que envolvam esses direitos, essencialmente no seu aspecto argumentativo. Decisões de outros Estados ou Cortes Internacionais, que eram utilizadas como forma retórica ganham destaque distinto, podendo ter influência direta em decisões judiciais, dado a formação de uma comunicação direta entre órgãos judiciais. Isso coloca em destaque a condição de decisões sobre direitos humanos proferidas na esfera estatal que são contraditórias a outras proferidas em outras cortes.

**Palavras-chave:** soberania territorial; direitos humanos; direito comparado

**Resumen:** Este artículo trata sobre el análisis de decisiones de los derechos humanos a partir de la visión de dos conceptos de soberanía territorial y el uso del derecho comparado. Referente al concepto clásico, la idea de soberanía implica la perspectiva de que el Estado

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

<sup>2</sup> Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul (UCS).

no sofre influencias de otras naciones para definir sus cuestiones políticas e sus decisiones judiciales. Sin embargo, esto ha sido modificado en razón de nuevas realidades globales y también de debates sobre la universalidad de los derechos humanos. Estas cuestiones implican una nueva forma de decisión en temas que envuelven esos derechos, esencialmente en su aspecto argumentativo. Las decisiones de otros Estados o Cortes Constitucionales, que eran utilizados de forma retórica ganan un destaque distinto, pudiendo tener influencia directa en decisiones judiciales, debido a la formación de una comunicación directa entre órganos judiciales. Esto hace destacar la condición de las decisiones sobre los derechos humanos dadas en la esfera estatal y que son contradictorias a otras dadas en diferentes cortes.

**Palabras claves:** Soberanía territorial; derechos humanos; derecho comparado.

### **1. Estado e território: conceitos clássicos em transformação**

O conceito de Estado, na sua acepção moderna, não é dissociado do conceito de território. Essa afirmação pode ser verificada na estrutura organizacional de algumas cidades italianas no século XII, que adotaram estruturas republicanas de autogoverno. Isso lhes garantia uma relativa independência fática do Império Romano, ainda que a estes ainda fossem tidas como partes integrantes. (SKINNER, 1996, p. 25-26)

Segundo Skinner (1996, p. 28-29), estas cidades possuíam duas ideias essenciais quando da defesa de sua liberdade contra o Império: “uma era a idéia do direito a não sofrerem qualquer controle externo de sua própria vida política – ou seja, a definição de sua soberania; outra era a idéia do direito, conseqüente do primeiro, a se governarem conforme entendessem melhor – ou seja, a defesa de suas constituições republicanas.”

Com um extenso trabalho de pesquisa em fontes primárias, Skinner procura apontar a formação do conceito moderno de Estado expondo requisitos para essa estruturação (1996, p. 617-620). Dentre estas características destacam-se a independência de cada *regnum* ou *civitas* de todo poder externo e superior e o reconhecimento de que a autoridade de cada *regnum* independente, enquanto poder legislativo, não possui rivais na esfera interna de seu território. Estas apontam para algo dito essencial na definição do Estado moderno: a vinculação das noções de poder e território. Assim, o conceito de poder

estatal da modernidade foi estruturado como um poder do Estado circunscrito a um espaço territorial. Corresponde, pois, a afirmar que se a autoridade é vinculada a uma base territorial, esse passa a ser a esfera de validade da ordem jurídica.

Acerca da questão estatal, e numa perspectiva do positivismo jurídico, Kelsen enuncia os três elementos definidores do Estado pelo que ele denomina de teoria tradicional: território, povo e poder. Quando da definição de território, ressalta o fato de que este não é definido por uma questão de contiguidade geográfica, mas por uma dimensão jurídica. Essas áreas distintas, diz ele, correspondem a uma unidade somente se dispostas sobre uma mesma ordem jurídica. Dessa forma, “a unidade do território de Estado e, portanto, a unidade territorial do Estado, é uma unidade jurídica, não geográfica ou natural. Porque o território do Estado, na verdade nada mais é que a esfera territorial de validade da ordem jurídica chamada Estado.” (1998, p. 299-300)

O outro elemento fundamental nesse conceito é o poder. Este também define o Estado na sua acepção moderna. Goyard-Fabre (1999, p. 115) afirma que “no Estado moderno, o conceito de *soberania* conota essa vocação fundamental de Poder, [...] condensando em si a ‘essência’ do Estado, ela expressa e põe em ação, no direito político moderno, os princípios de independência e de onicompetência do Estado.”

A despeito de ter origem em teorias clássicas como a de Aristóteles, é com Bodin que a soberania ganha suas acepções modernas. Definida como “o poder absoluto do Estado, perpétuo e superior às leis”<sup>34</sup> (BODIN, 2005, p. 266), ela é, em essência, uma potência de comando. Por ser a sua perpetuidade centrada no seu caráter ilimitado em termos temporais, este poder absoluto não jaz sobre os indivíduos que o exercem sobre bens e pessoas por meio de uma delegação do povo ou do Senado. Magistrados, regentes ou comissários, dentre outros, nada mais são do que comissários, ou seja possuem um certo poder por delegação. Significa, pois, que, por ser a soberania uma “ordem pública”, ela acaba por transcender a pessoa dos governantes (GOYARD-FABRE, 1999, p. 131). Por isso mesmo a autora afirma que “a soberania exclui de fato toda prescrição e toda vacância do Poder.” (1999, p. 132).

Essa caracterização da soberania feita por Bodin sofreu modificações no curso dos estudos político-jurídicos. Dentre estas, há que se destacar a definição de Kelsen (1998)

---

<sup>3</sup> Por se tratar de uma edição fac-símile de uma edição de 1756, a grafia segue os ditames ortográficos da língua francesa da época.

<sup>4</sup> No original: “est la puissance absolue de l’Etat, perpétuelle & supérieure aux lois”

acerca da relação dos conceitos de poder e território. Para o autor, a definição do poder do Estado é intimamente ligada com a questão da validade da ordem jurídica, da mesma forma que sua definição de povo. Enquanto muitas teorias sociológicas e políticas conferem definições de povo conforme uma conjunção de identidades, costumes, hábitos e língua comum, Kelsen (2000) questiona essas definições por meio da discussão acerca da unidade popular. Não discute o fato de o povo ser composto por uma pluralidade, mas desconfia das origens desta, dizendo que qualquer tentativa de concessão de unidade por meio de elementos nacionais, religiosos ou econômicos ainda mantém a caracterização de vários indivíduos desconectados.

Dessa forma, afirma que toda e qualquer unidade do conceito de povo apenas pode ser conferida por meio da perspectiva normativa. Destaca que o povo é apenas uno “do ponto de vista jurídico; a sua unidade, que é normativa, na realidade é resultante de um dado jurídico: a submissão de todos os seus membros a uma mesma ordem jurídica estatal constituída.” (2000, p. 36).

A própria noção de poder utilizada por Kelsen possui como elemento basilar a esfera conceitual jurídica. Pensa o Estado como um grupo de indivíduos (povo), que habita um espaço territorial e que está sujeito a um poder, definido este por meio da soberania.<sup>5</sup> Entretanto, este poder do Estado que vincula o povo “nada mais é que a validade e a eficácia da ordem jurídica nacional, caso a soberania deva ser considerada uma qualidade desse poder. Porque a soberania só pode ser a qualidade de uma ordem normativa na condição de autoridade que é a fonte de obrigações e direitos.” (1999, p.364-365)

Com esta vinculação entre as características definidoras do Estado e as dimensões jurídicas destas, podem ser instituídos os chamados contornos dos Estados soberanos contemporâneos. Importa destacar que esta definição acaba por assumir a importância das relações internacionais entre os Estados. O significado de Estado soberano, então, segundo Vattel (2004, p. 16) é:

Toda Nação que se governa por si mesma, sob qualquer forma que seja, sem dependência de nenhum estrangeiro, é um *Estado soberano*. Os seus direitos são naturalmente os mesmos dos demais Estados. Tais são as pessoas jurídicas que vivem em conjunto em uma sociedade natural submetida às normas do direito das gentes. Para que uma Nação tenha o

---

<sup>5</sup> Kelsen afirma que embora se sustente que da mesma forma que a unidade do território e do povo são essenciais para o Estado, também o é a unidade do poder, faz-se possível distinguir três diferentes poderes componentes do Estado: poder legislativo, poder executivo e poder judiciário, compreendidos estes como funções do Estado.

direito de participar imediatamente nessa grande sociedade, é suficiente que ela seja verdadeiramente soberana e independente, ou seja, que se governe por si mesma, pela sua própria autoridade e por suas leis.

Corresponde, assim, a afirmar que os Estados soberanos possuem atributos essenciais, como o seu autogoverno, sua independência com relação a outros Estados e a relação destes com outros Estados por meio do direito internacional. Em última análise, o Estado, na esfera de seu território, é o único legítimo para tomada de decisões, o que significa a não interferência de outros Estados na sua esfera interna, bem como sua capacidade de decisão acerca das querelas havidas no seu território, por meio de esferas decisivas administrativas e judiciais.

A questão que se coloca para é justamente a alteração deste modelo de decisão soberana e absoluta dos Estados em razão de várias estruturas contemporâneas que não seguem o modelo territorial de análise. Essa manifestação cada vez mais crescente de espaços transnacionais, que se afirmam de modo independente da atuação do Estado e os processos de globalização, exigem um repensar das esferas territoriais do poder estatal. A estrutura soberana não mais se define exclusivamente pela possibilidade de definição das questões internas do Estado e pela condição de igualdade com relação a outros Estados, mas necessita uma análise de questões que extrapolam esta dinâmica geográfica do poder. Pode-se citar, como exemplo, as questões referentes a *lex mercatoria*<sup>6</sup>, *lex sportiva*<sup>7</sup>, *lex digitalis*<sup>8</sup>, dentre outras, esferas estas que escapam das regulamentações estatais.

## 2. O caráter universal dos direitos humanos e o problema da territorialidade

Além disso, a questão da defesa dos direitos humanos coloca em questão o fato de que as relações jurídicas não mais podem ser contidas tão somente nos limites dos Estados.

---

<sup>6</sup> Segundo Santos (2002, p. 206), a *lex mercatoria* é o “espaço jurídico internacional em que operam diferentes tipos de agentes econômicos cujo comportamento é regulado por novas regras internacionais e relações contratuais estabelecidas pelas empresas multinacionais, pelos bancos internacionais ou por associações internacionais dominados por umas ou por outros.” Sua importância está no fato de que ela “representa um caso paradigmático dessas novas áreas do direito mundial independentes do Estado.” (TEUBNER, 2003, P. 15)

<sup>7</sup> A *lex sportiva* corresponde a um conjunto de regras estabelecidas pelas instituições esportivas, inclusive as transnacionais.

<sup>8</sup> Por *lex digitalis* se compreende um regime semelhante ao da *lex mercatoria* que institui normas referentes à internet.

Essa afirmação se corrobora também pela verificação de que cada vez mais surgem instâncias decisórias que ultrapassam as perspectivas do Estado soberano e acabam, muitas vezes, por interferir nas decisões dos tribunais internos. Com isso, pode-se dizer que há uma forma diferenciada de se analisar as funções e possibilidades do uso do direito comparado no direito.

Os direitos humanos adquiriam grande destaque nas constituições contemporâneas. Ao assumirem a forma de princípios, acabam por apresentar uma perspectiva aberta para a interpretação, seja no sentido de argumentos jurídicos, sejam argumentos políticos e morais. Por serem as declarações de direitos “um dos traços mais característicos do constitucionalismo” (FERREIRA FILHO, 2006, p.286), o Estado de direito não pode ser analisado sem que seja destacado o papel destes direitos nas constituições e na própria legitimação estatal. Tal necessidade se deve pelo fato de que “a idéia de direitos humanos e a da soberania do povo determinam até hoje a autocompreensão normativa de Estados de direito democráticos.” (HABERMAS, 2003, p. 128).

A questão que se coloca, então, é um problema conceitual não somente de ordem filosófica e política, mas também jurídica. A resposta à pergunta acerca da possibilidade de existência de direitos humanos “fora” da estrutura normativa do Estado, o que, em última análise, corresponde à possibilidade de se exigir de um Estado o cumprimento de direitos que sua ordem jurídica não estabelece traz à tona a questão sobre a estrutura de internacional dos Estados. Ainda, leva ao debate sobre a legitimidade de decisões jurídicas sobre direitos humanos, como por exemplo, as decisões distintas do Supremo Tribunal Federal do Brasil e da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca da lei de anistia (Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979).

A resposta do positivismo jurídico é bastante clara: não existem direitos não reconhecidos como tal pelo Estado. Nesse sentido é a afirmação de Kelsen de que as condutas humanas regulamentadas por normas jurídicas consistem em dois elementos: o material e o pessoal. Enquanto o primeiro se refere àquilo que precisa ser feito ou evitado, o segundo trata da pessoa por quem isso deve ser realizado ou não. As normas jurídicas precisam definir ambas as questões. “As normas do Direito internacional costumam determinar apenas o elemento material e são, nesse sentido, incompletas. Elas aguardam suplementação pelas normas do Direito nacional.” (1998, p. 488)

Corresponde, então, a afirmar que ainda que os Estados possam ser signatários de tratados internacionais que venham a estabelecer direitos, haveria uma exigência de que estes sejam ratificados internamente, a fim de que possam ser consideradas normas jurídicas internas de modo pleno. Nesse sentido é a consideração de Pinzani acerca da relação entre direitos humanos e o positivismo jurídico (2010, p. 41):

“Direitos” humanos não positivos não seriam direitos verdadeiros, mas no máximo exigências morais ou simples apelos. Só direitos positivos, é dizer, direitos garantidos no âmbito de uma certa comunidade jurídica a certos indivíduos, podem ser chamados corretamente de direitos. Já que não há uma comunidade jurídica global que compreenda todos os seres humanos e já que, portanto, não há direitos positivos que possam ser atribuídos a todos os seres humanos em qualquer lugar do mundo, não há direitos humanos no sentido mais próprio do termo.

Outra posição, defendida pelos adeptos da existência de um caráter universal dos direitos humanos, é que eles possuem uma validade ampla, superior a qualquer ordem jurídica. Dessa forma, seria possível falar em direitos humanos não positivos, o que permitira que eles fossem impostos aos Estados, independente de sua existência ou aceitação pela ordem jurídica interna.

Uma resposta possível para esta dicotomia acerca da validade dos direitos humanos está em uma posição defendida por Habermas no texto “A constelação pós-nacional”. Faz alusão à figura mitológica de Janus, deus romano dotado de duas faces.<sup>9</sup> Os direitos humanos estariam voltados, ao mesmo tempo, para a moral e para o direito.

Independentemente do seu conteúdo moral, eles possuem a forma de direitos jurídicos. Relacionam-se *como* normas morais com tudo “que porta o rosto humano”, mas *como* normas jurídicas protegem as pessoas individualmente apenas à medida que elas pertencem a uma comunidade jurídica – via de regra, são cidadãos de um Estado nacional. (HABERMAS, 2001, p. 149-150)

A tese habermasiana aponta para a tensão existente entre o caráter universal dos direitos humanos e a sua positivação. Não nega que estes direitos devam valer para todos os indivíduos, mas questiona como isso pode ser realizado. Sua resposta está na relação entre direitos humanos e soberania popular, definindo que “os direitos humanos

---

<sup>9</sup> O deus Saturno, quando expulso do céu, refugiou-se no Lácio, sendo recebido pelo deus Janus. Em reconhecimento, Saturno lhe concedeu a possibilidade de observar o passado e o futuro. Em razão disso sua representação assume a forma de duas faces voltadas para lados distintos. Sobre mitologia, ver COMMELIN (2008).

institucionalizam as condições de comunicação para a formação da vontade política racional.”<sup>10</sup> (2001, p. 150)

O importante desta perspectiva é justamente a consequência imediata para os Estados democráticos. Estes passam a ter por tarefa, dentre outras, a defesa e garantia dos direitos humanos. A dificuldade está, pois, na definição de quais são estes direitos e seu conteúdo, sua extensão. As constituições, manifestações supremas do poder soberano popular, assumiram estes direitos sobre a forma de direitos fundamentais, dispostos como princípios normativos. Assim, nas palavras de Pinzani (2010, p. 44-45), “cabe a cada comunidade jurídica, que é ao mesmo tempo comunidade política, decidir quais desses direitos ela considera direitos humanos em sentido próprio, quais ela considera direitos exclusivos dos cidadãos e quais exclui do número dos direitos fundamentais por ela garantidos.”

A questão que se coloca, portanto, é que se o poder de decisão absoluto do Estado pode ser questionado pela existência de novas esferas e organismos decisórios, também a ideia de que o Estado decide unicamente sobre direitos humanos precisa ser revisitada. Se estes direitos possuem um caráter universal, ainda que necessitem de uma positivação, pode-se discutir a legitimidade da imposição de decisões de tribunais internacionais acerca de direitos humanos para os Estados soberanos.

### 3. O “compartilhamento” de decisões sobre direitos humanos: direito comparado e comunicação transjudicial

Um dos aspectos a ser discutido nessa perspectiva dos direitos humanos e o caráter de legitimação do Estado pode ser vislumbrado no discurso constitucional contemporâneo. Esse congrega os debates sobre os direitos surgidos quando a elaboração de constituições principiológicas e de tratados internacionais sobre os direitos humanos. Isso faz com que muitas das questões que antes eram debatidas no âmbito interno de um Estado passassem a ter uma esfera de decisão e questionamento internacional. Isso

---

<sup>10</sup> Essa tese de Habermas, desenvolvida nos textos “A constelação pós-nacional” e “Direito e democracia: entre facticidade e validade” não será aqui exposta. Para este trabalho, importa a perspectiva assumida pelo autor acerca da relação entre aspectos morais e jurídicos dos direitos fundamentais.

significa que “o fenômeno da internacionalização intensa nas relações multilaterais acaba por ter um efeito irradiador sobre todo o sistema constitucional.” (MENDES, 2005, p. 57).

Esse efeito acaba por provocar duas questões apontadas por Galindo (2002, p. 73-136): a internacionalização do direito constitucional e a constitucionalização do direito internacional. No que se refere ao primeiro elemento, trata-se de uma tendência cada vez mais crescente do direito constitucional de abarcar questões que tenham uma repercussão internacional significativa. Como exemplo, pode-se mencionar o art. 5º, §4º da Constituição Federal, que define a submissão do Brasil à jurisdição de Tribunal Penal Internacional que tenha aderido em sua criação. Já o outro elemento se refere a uma justificação do direito internacional por meio do discurso constitucionalista. Pode-se mencionar, em termos exemplificativos, a ideia de que os tratados de direitos humanos seriam conjuntos normativos sobre direitos fundamentais na esfera internacional.

Importante aqui observar o papel desempenhado pelo direito comparado na percepção de decisões sobre direitos humanos. A doutrina jurídica, tradicionalmente, define o direito comparado como um estudo de semelhanças e diferenças existentes entre ordenamentos jurídicos de distintos Estados. Pode ser utilizado no sentido de verificação de como outras nações regram certos comportamentos, servindo, assim, como fonte do direito, ou como justificativa argumentativa em decisões judiciais.

A teoria do ordenamento jurídico expressa a forma como é utilizado normalmente o direito comparado. Ao tratar da completude do ordenamento, mais especificamente a questão das lacunas, Bobbio (1999), expõe um destes usos “tradicionais” do direito comparado. Após discorrer acerca das teorias sobre a existência ou não de lacunas no ordenamento jurídico, coloca duas formas possíveis destas serem solucionadas: a autointegração e a heterointegração. Quanto à primeira, trata-se de solucionar a possível lacuna com o uso de regras do mesmo ordenamento. Já a heterointegração consiste em fazer uso de fontes diversas daquela tida como dominante, ou seja, utilizar outros ordenamentos jurídicos. “Não está excluído que um dado ordenamento recorra, para operar a própria integração, a outros ordenamentos positivos. [...] o reenvio a ordenamentos vigentes contemporâneos, como no caso em que um ordenamento estatal cita normas de um outro ordenamento estatal ou do Direito canônico”. (p. 148)

A prática, portanto, é que sua utilização tenha por escopo uma justificação de tomadas de decisões, demonstrando decisões de outros Estados sobre um mesmo tema, e

também busca explicar a criação de certo comando ou instituto normativo. O fundamento das decisões, dessa forma, continua a ser a doutrina e legislação nacional. Tratando da completude do ordenamento jurídico, Bobbio (1999, p. 118), menciona duas regras essenciais para os ordenamentos jurídicos: “1) o juiz é obrigado a julgar todas as controvérsias que se apresentarem a seu exame; 2) deve julgá-las com base em uma norma pertencente ao sistema.”

Esta postura quanto ao uso do direito comparado tem sido alterada nos últimos anos, essencialmente com os debates acerca da existência e efetividade dos direitos humanos. Essa mudança pode ser vista essencialmente na ideia de que as cortes dos Estados podem promover uma espécie de diálogo entre elas por meio de suas decisões, fazendo isso não apenas em termos retóricos, mas como argumentos significativos para a tomada de suas decisões.

Segundo Anne-Marie Slaughter (2004, p. 65), o processo de globalização contemporâneo acabou por promover uma espécie de comunicação transjudicial, onde juízes podem dialogar por meio de suas decisões, o que vem a promover, assim mútuas influências.

A globalização é geralmente considerada mais em termos de empresas do que cortes, mais dos mercados globais do que de justiça global. No entanto, os juízes de todo o mundo estão falando um com o outro: a troca de opiniões, encontros cara a cara em seminários e organizações judiciais, e até mesmo em negociações com outros sobre o resultado de casos específicos.<sup>11</sup>

A importância dessa nova perspectiva do uso do direito comparado está justamente no fato de que os juízes supostamente não teriam motivos para rechaçar a possibilidade de diálogos entre si, não apenas no sentido retórico proposto inicialmente, mas essencialmente no uso de argumentos “fortes” acerca da defesa de direitos, essencialmente os direitos humanos.

Nesse sentido é o argumento de Slaughter (2004, p. 78-79):

Aumentar a fertilização cruzada de idéias e precedentes entre os juízes constitucionais de todo o mundo está gradualmente dando origem a cada vez mais um visível consenso internacional sobre várias questões - um consenso que, por sua vez, carrega seu próprio peso. [...] Neste sentido, o

---

<sup>11</sup> Globalization is generally thought of in terms of corporations more than courts, global markets more than global justice. Yet judges around the world are talking to one another: exchanging opinions, meeting face to face in seminars and judicial organizations, and even negotiating with another over the outcome of specific cases.

surgimento de uma jurisprudência global refere-se mais à existência de um diálogo ativo entre os juízes de todo o mundo com base em um número limitado de precedentes sobre qualquer assunto particular.<sup>12</sup>

A ideia, portanto, é que a formação dessa perspectiva transjudicial possa auxiliar na esfera decisória dos magistrados, essencialmente no tema dos direitos humanos. Estes, dispostos nas constituições sob a forma principiológica, exigem uma função interpretativa judicial. Nesse sentido, o uso do direito comparado não apenas de modo retórico, mas como fonte de discussão, pode ser um bom mecanismo para a consolidação da defesa e garantia destes direitos humanos.

Um exemplo do uso não retórico de decisões de outras cortes é o dado por algumas decisões da Suprema Corte Americana. Dá-se destaque ao caso *Lawrence v. Texas* [539 U.S. 558 (2003)], que trata da discussão da constitucionalidade do crime de sodomia, imposto não somente aos cidadãos homossexuais, mas também aos heterossexuais. A Suprema Corte julgou pela inconstitucionalidade da lei texana que impunha a sodomia como tipo penal, rejeitando precedente anterior do caso *Bowers v. Hardwick* [478 U.S. 186 (1986)]<sup>13</sup>. Neste caso, além dos argumentos de liberdade de escolha de opção sexual, foi acolhido o argumento de direito comparado utilizado pelo Justice Kennedy, que invocou decisão similar da Corte Européia de Direitos Humanos.

O Brasil ainda está em processo de desenvolvimento desta nova perspectiva do direito comparado na esfera de direitos fundamentais. Exemplo disso é o debate recente acerca da lei de anistia (Lei n. 6.683/79) e a discutida inconstitucionalidade de seu art. 1º, §1º, que concede anistia aos crimes comuns cometidos pelos agentes da repressão contra opositores políticos durante o regime militar no Brasil.

A questão discutida na ADPF 153/DF versa sobre a controvérsia constitucional sobre lei federal anterior à Constituição. O art.1º da lei n. 6.683/79 estabelece a concessão de anistia para aqueles que cometeram crimes políticos ou a eles conexos no período da ditadura militar brasileira. E o seu §1º, ao expor o conceito de conexão para efeitos desta

---

<sup>12</sup> No original: “Increasing cross-fertilization of ideas and precedents among constitutional judges around the world is gradually giving rise to increasingly visible international consensus on various issues – a consensus that, in turn, carries its own compelling weight. [...] In this sense, the emergence of a global jurisprudence refers more to the existence of active dialogue among the world’s judges based on a limited number of precedents on any particular issue.”

<sup>13</sup> O caso *Bowers v. Hardwick* trata da criminalização da sodomia no Estado da Georgia. A Suprema Corte negou o argumento do direito de privacidade, mantendo a condenação pelo crime de sodomia.

legislação, define como tais quaisquer delitos que sejam relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação pública.<sup>14</sup>

O Supremo Tribunal Federal, em decisão por maioria, julgou improcedente a arguição, com argumentos, sinteticamente, de que o papel do intérprete de adaptar os textos legais à realidade deve ser aplicado somente nos casos de leis gerais e abstratas, caso contrário à lei em tela, dado esta ter disciplinado diretamente o sentido de crimes conexos. Ademais, essa lei representaria um momento de transição para a democracia, sendo o significado de crimes conexos definidos conforme à época.

Além disso, essa lei precede a Convenção das Nações Unidas contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, a Lei n. 9.455/97, que define o crime de tortura e a Constituição Federal, que no seu art. 5º, XLIII impede a concessão de graça e anistia às práticas de tortura. Significa que estas legislações não alcançam “por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumadas. A Constituição não afeta leis-medidas que a tenham precedido.”<sup>15</sup> Por fim, define que o Estado democrático de direito não autoriza a alteração de um texto normativo, cabendo esta tarefa apenas ao poder legislativo.

A manifestação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, em sentença proferida em 24 de novembro de 2010 no caso Gomes Lund e outros v. Brasil, foi em viés contrário àquela do Supremo Tribunal Federal. A Corte ressalta que a existência de um dever estatal de investigar e punir violações de direitos humanos como uma obrigação dos Estados adeptos da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>16</sup>, assim como a incompatibilidade de leis de anistia em casos referentes aos direitos humanos, *in verbis*: “no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, do qual Brasil faz parte por decisão soberana, são reiterados os pronunciamentos sobre a incompatibilidade das leis de

---

<sup>14</sup> Art. 1º. É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativos e Judiciários, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

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

<sup>15</sup> Ementa da decisão da ADPF 153/DF.

<sup>16</sup> A Convenção Americana de Direitos Humanos foi adotada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em São José de Costa Rica, em 22/11/1969. O Brasil depositou carta de adesão em 25/09/1992, sendo em 06/11/1992 publicado o Decreto n. 679/92, que promulga a Convenção no âmbito nacional.

anistia com as obrigações convencionais dos Estados, quando se trata de graves violações dos direitos humanos.” (p.55)<sup>17</sup>

Nesse sentido, cita-se o parágrafo 180 (p. 67) da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

[...] a Corte Interamericana conclui que, devido à interpretação e à aplicação conferidas à Lei de Anistia, a qual carece de efeitos jurídicos a respeito de graves violações de direitos humanos, nos termos antes indicados (particularmente, *supra* par. 171 a 175), o Brasil descumpriu sua obrigação de adequar seu direito interno à Convenção, contida em seu artigo 2, em relação aos artigos 8.1, 25 e 1.1 do mesmo tratado.

Para além dos debates acerca da inconstitucionalidade da lei de anistia, esse debate entre o Brasil e a Corte Interamericana de Direitos Humanos coloca em questão dois pontos discutidos neste artigo: o conceito de soberania territorial e o uso de argumentos de direito comparado na temática dos direitos humanos.

A ideia clássica da soberania definida a partir de uma noção de território implica o argumento de que o Estado não reconhece nenhum poder a ele superior, o que significa que, inclusive no âmbito de seu poder judiciário, ele tem o poder de decisão de modo absolutamente independente de qualquer influência de outro Estado ou instituição. Assim, no caso citado, a decisão do Supremo Tribunal Federal seria legítima, autônoma com relação a qualquer influência ou discussão de ordem interna ou internacional.

Entretanto, essa perspectiva soberana se modificou. Os limites territoriais continuam a definir o poder soberano. Porém, ele sofre limitações da própria esfera legislativa do Estado, no sentido de defesa de direitos fundamentais estabelecidos pela constituição (o conceito de Estado democrático de direito). Ademais, a perspectiva global e, essencialmente, os debates internacionais sobre direitos humanos, colocam em questão o uso tradicional do direito comparado. A decisão do STF é um exemplo de que não há uma obrigatoriedade de seguimento de decisões de tribunais externos acerca de direitos humanos. Porém, não se pode questionar o fato de que os direitos humanos ganham cada vez mais destaque no cenário mundial, seja em termos políticos quanto jurídicos. Disso deriva que os Estados e cortes internacionais estão em constantes debates sobre o cumprimento e violações a estes direitos. Tem-se, assim, cada vez mais proeminente a

---

<sup>17</sup> Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) v. Brasil, de 24 de novembro de 2010.

necessidade de um diálogo entre os tribunais de esferas estatais distintas, essencialmente no que se refere ao tema dos direitos humanos.

## Referências

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BODIN, Jean. **De la république, ou Traité du gouvernement**. Chestnut Hill: Elibron Classics, 2005 [fac-símile da edição de Londres 1756, baseada na edição latina de Frankfurt, 1591].

COMMELIN, P. **Mitologia grega e romana**. Trad. Eduardo Brandão. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v.I.

\_\_\_\_\_. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Trad. Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. **A democracia**. Trad. Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. A justiça constitucional nos contextos supranacionais. **Direito público**. Brasília, v. 2, n.8, p. 54-91.

PINZANI, Alessandro. A cara de Janus dos direitos humanos. *In* LUNARDI, Gionvai e SECCO, Mário. **Fundamentação filosófica dos direitos humanos**. Florianópolis: Editora da UFSC, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 4 ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. Trad. Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SLAUGHTER, Anne-Marie. **A new world order**. Princeton: Princeton University Press, 2004.

TEUBNER, Günther. A Bukowina Global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. **Impulso**. Piracicaba, v.14, n.33, p. 9-31.

VATTEL, Emer de. **O direito das gentes**. Trad. Vicente Marotta Rangel. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.