

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**PLURALISMO CONSTITUCIONAL INTERAMERICANO: A LEITURA
PLURAL DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O DIÁLOGO ENTRE O
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CORTE INTERAMERICANA DE
DIREITOS HUMANOS**

**BELÉM
2015**

BRENO BAÍA MAGALHÃES

**PLURALISMO CONSTITUCIONAL INTERAMERICANO: A LEITURA
PLURAL DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O DIÁLOGO ENTRE O
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CORTE INTERAMERICANA DE
DIREITOS HUMANOS**

Tese de doutoramento apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará, como requisito para a obtenção do grau de Doutor em Direito na linha de pesquisa Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos, área de concentração A Interpretação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela Jurisdição Constitucional.

Orientador: Professor Doutor Antonio Gomes Moreira Maués.

BELÉM

2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca do Instituto de Ciências Jurídicas da UFPA

Magalhães, Breno Baía, 1985-

Pluralismo constitucional interamericano: a leitura plural da constituição de 1988 e o diálogo entre o supremo tribunal federal e a corte interamericana de direitos humanos / Breno Baía Magalhães. - 2015.

Orientador: Antonio Gomes Moreira Maués.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belém, 2015.

1. Direito constitucional. 2. Brasil.Constituição (1988). 3. Pluralismo. 4. Supremo Tribunal Federal. 5. Corte Interamericana de Direitos Humanos. I. Título.

CDD CDDir: 4.ed.. ed. 341.2

BRENO BAÍA MAGALHÃES

Tese de doutoramento apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará, como requisito para a obtenção do grau de Doutor em Direito.

Área de concentração: A Interpretação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela Jurisdição Constitucional.

Data de aprovação: _____

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Antonio Gomes Moreira Maués
Universidade Federal do Pará

A minha mãe, pai e irmão. Devo tudo a vocês.

AGRADECIMENTOS

Ao professor Doutor Antonio Gomes Moreira Maués, meu eterno mestre, cuja orientação ao longo de quase dez anos foi determinante para minha formação acadêmica e pessoal. Sua competência, inteligência e humildade são referências constantes para mim.

A CAPES pelo financiamento da pesquisa e de meu período no exterior. Sem financiamento governamental e da instituição a pesquisa seria impossível

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPA, seus servidores e aos seus Professores pelo apoio e aprendizagem. Especialmente aos professores José Cláudio Britto Filho, Paulo Weyl, Jane Beltrão e Cristina Terezo.

A Washington College of Law, American University, pela acolhida, pelo suporte acadêmico e aprendizado. Agradeço à Fernanda Ellenberg, por estar sempre disposta a me ajudar.

A Diego Rodriguez-Pinzon pela orientação e disponibilidade por me orientar nos Estados Unidos.

Aos amigos que, de alguma forma, tiveram influência na tese: Sandoval Alves, Ricardo Dib Taxi, Manuela Bitar, Rafaela Neves, Valena Jacob, Mariana Lucena, Lígia Mendes, Gabriela de Cássia, Bruna Uchôa, Rafael Bemerguy, Eliana Franco e Cássius Chai.

Aos meus poucos, mas melhores amigos: Flávio Lauande, Leonardo Leite, Roberto Pinto, Rodrigo Sarges, Vinicius Renan Borges, Diego Farias, Bruno Soares e Diogo Marinho.

Ao grande amor da minha vida, Joyce Alves Rodrigues, cujo amor não consigo expressar nestas poucas linhas, mas que tento demonstrar diariamente. Te amo mais todo dia.

Aos responsáveis por tudo que sou, meus pais, que sempre me apoiaram incondicionalmente em todas as etapas da minha vida, provendo todo o amor e carinho que precisei para que pudesse caminhar com minhas próprias pernas. Ao meu irmão, meu melhor amigo, que apesar de ser o mais velho, sempre aprendo contigo. À minha prima, que hoje é minha irma, Lorena.

RESUMO

A tese defende o Pluralismo Constitucional como teoria capaz de melhor descrever e explicar as interações entre a Constituição Federal de 1988 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. As interações ocorrem através de processos dialógicos deliberativos, especialmente, entre os precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A tese expõe a fragilidade teórica e o descompasso contextual das abordagens calcadas na dicotomia monismo/dualismo. O Pluralismo Constitucional, por sua vez, sugere a interação heterárquica entre ordenamentos constitucionais através de influências mútuas. A supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e a deferência às interpretações constitucionais regionais possibilitam à Constituição de 1988 e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, respectivamente, influenciar o conteúdo substancial dos direitos fundamentais e humanos por meio do diálogo deliberativo entre precedentes e tendo a construção do princípio *pro homine* por ideal interpretativo guia compartilhado por ambas. Não obstante seja considerada a teoria que justifica a leitura plural das normas constitucionais brasileiras, o Supremo Tribunal Federal, apesar de utilizar precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com eles não dialoga.

Palavras-chave: Pluralismo Constitucional. Diálogo Judicial. Direitos Humanos. Supremo Tribunal Federal. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

ABSTRACT

The thesis argues for the Constitutional Pluralism as a theory better suited to describe and explain the interactions between the 1988 Federal Constitution and the American Convention on Human Rights. Said interactions present themselves through the precedents of both the Supreme Court and the Inter-American Court of Human Rights. The thesis posits the theoretical fragility and the contextual mismatch of approaches based upon the monism/dualism dichotomy. Constitutional Pluralism, in turn, suggests the heterarchical interaction between constitutional orders through reciprocal influences. The supralegality of international human rights treaties and the deference to regional constitutional interpretations enables the 1988 Constitution and the American Convention on Human Rights, respectively, to influence the substantive content of the fundamental and human rights through the deliberative dialogue between precedents and by having the construction of the *pro homine* principle as an ideal interpretive guide shared by both. Although Constitutional Pluralism is to be considered the theory that justifies the plural reading of the Brazilian constitutional provisions, the Supreme Court, despite the citations of the Inter-American Court of Human Rights precedents, does not dialogue with them.

Keywords: Constitutional Pluralism. Judicial Dialogue. Human Rights. Supremo Tribunal Federal. Inter-American Court of Human Rights

RESUMÉ

La thèse soutient pour le pluralisme constitutionnel comme une théorie mieux adapté pour décrire et expliquer les interactions entre la Constitution fédérale de 1988 et la Convention Américaine sur les Droits de l'Homme. Ces interactions se présentent à travers des processus délibératifs dialogiques, en particulier parmi les précédents de la Cour suprême et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. La thèse pose la fragilité théorique et l'inadéquation contextuelle des approches fondées sur la dichotomie monisme / dualisme. Le pluralisme constitutionnel, à son tour, suggère l'interaction hétérarchique entre ordres constitutionnels par des influences réciproques. Le supralégalité des traités internationaux des droits de l'homme et la déférence à des interprétations constitutionnelles régionales permettent la Constitution de 1988 et la Convention américaine sur les droits de l'homme, respectivement, influencent la teneur des droits fondamentaux et humains à travers le dialogue délibératif entre précédente et ayant la construction le principe *pro homine* partagé par les deux. Bien que le pluralisme constitutionnel doit être considérée comme la théorie qui justifie la lecture plurielle des dispositions constitutionnelles brésiliennes, la Cour suprême, malgré les citations de la Cour interaméricaine des droits de l'homme des précédents, ne pas le dialogue avec eux.

Mots-clés: pluralisme constitutionnel. Dialogue judiciaire. Droits De L'Homme. Supremo Tribunal Federal. Cour interaméricaine des droits de l'homme

Lista de Abreviaturas e Siglas.

ACO – Ação cível originária
ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI – Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgR – Agravo Regimental
AGU – Advogado Geral da União
AP – Ação penal
AI – Agravo de Instrumento
CADH – Convenção Americana sobre Direitos Humanos
CC – Código Civil
CDH – Comitê de Direitos Humanos
CEDH – Convenção Europeia de Direitos Humanos
CEMDP – Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos
CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CIJ – Corte Internacional de Justiça
CJE – Corte de Justiça Europeia
CNV – Comissão Nacional da Verdade
CPC – Código de Processo Civil
CPP – Código de Processo Penal
CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil
CtEDH – Corte Europeia de Direitos Humanos
CtIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos
CTN – Código Tributário Nacional
CVDT – Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados
DADH – Declaração Americana de Direitos Humanos
DJ – Diário de Justiça
DJe – Diário de Justiça Eletrônico
DL – Decreto-Lei
DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos
EC – Emenda Constitucional
ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente
ED – Embargo de Declaração
EUA – Estados Unidos da América
FUNAI – Fundação Nacional do Índio
HC – *Habeas Corpus*
ICM – Instituto Chico Mendes
IN – Instrução Normativa
MC – Medida Cautelar
MI – Mandado de Injunção
MS – Mandado de Segurança
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
OC – Opinião Consultiva
OEA – Organização dos Estados Americanos
OG – Observação Geral
OIT – Organização Internacional do Trabalho

OMC – Organização Mundial de Comércio
ONG – Organizações não governamentais
ONU – Organização das Nações Unidas
OTAN – Organização do Tratado do Atlântico Norte
PEC – Projeto de Emenda Constitucional
PGR – Procurador-Geral da República
PIDCP – Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos
PIDESC – Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
PNGATI – Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas
QO – Questão de Ordem
Rcl – Reclamação Constitucional
RE – Recurso Extraordinário
Rel – Relator
RG – Repercussão Geral
RPU – Revisão Periódica Universal
SEDH – Sistema Europeu de Direitos Humanos
SIDH – Sistema Interamericano de Direitos Humanos
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TCF – Tribunal Constitucional Federal da Alemanha
TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo
TST – Tribunal Superior do Trabalho
UC – Unidades de Conservação Ambiental
UE – União Europeia

SUMÁRIO

| | |
|--|-----|
| INTRODUÇÃO | 15 |
| 1 PARA ALÉM DA DICOTOMIA DUALISMO E MONISMO | 23 |
| 1.1. A LIMITAÇÃO DA DICOTOMIA DUALISMO/MONISMO: crítica de sua aplicação teórica e prática no direito internacional..... | 24 |
| 1.2 MONISMO E DUALISMO COMO TEORIAS CONSTITUCIONAIS: <i>trying to fit square pegs into round holes</i> | 46 |
| 1.2.1 Inexigibilidade de transformação do tratado em lei nacional, sendo requerido Decreto Executivo para sua aplicabilidade no país (ordem de execução) | 52 |
| 1.2.2 Os tratados internacionais estão sujeitos ao controle de constitucionalidade | 54 |
| 1.2.3 Os conflitos entre lei interna e tratados internacionais são solucionados pela prevalência da norma mais recente ou pelo critério da especificidade (com exceção dos tratados internacionais de direitos humanos) | 55 |
| 1.3 O INÍCIO DA CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA TEORIA CONSTITUCIONAL: superando paradigmas..... | 58 |
| | |
| 2 PLURALISMO CONSTITUCIONAL: descrição das influências mútuas entre a Constituição de 1988 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos..... | 65 |
| 2.1 AS CARACTERÍSTICAS DO PLURALISMO CONSTITUCIONAL: da Europa para o mundo..... | 66 |
| 2.2 A IDENTIFICAÇÃO DO PLURALISMO CONSTITUCIONAL: o discurso constitucional da CADH, a supralegalidade e a deferência interpretativa. | 76 |
| 2.2.1 A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a construção de uma reivindicação constitucional | 78 |
| 2.2.2 A prática do pluralismo constitucional brasileiro: proteção multinível e a supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos | 95 |
| 2.2.2.1 A visão a partir da Constituição de 1988 | 101 |
| 2.2.2.2 Pluralismo jurídico e a Constituição de 1988: a visão dos autores nacionais | 102 |
| 2.2.2.3 Relações do direito constitucional brasileiro e o direito internacional dos direitos humanos..... | 104 |
| 2.2.2.4 A proteção multinível de direitos humanos e a Constituição de 1988..... | 107 |
| 2.2.3 Interações normativas entre os diferentes níveis de proteção de direitos humanos: influências mútuas entre os níveis nacionais e regionais | 112 |

| | | |
|--------------|--|------------|
| 2.2.3.1 | Interação Nível Global <->Nível Regional..... | 114 |
| 2.2.3.2 | Interações Nível Nacional <-> Nível Global..... | 119 |
| 2.2.3.3 | Interação Nível Nacional -> Nível Regional..... | 120 |
| 2.2.3.4 | Interações Nível Regional -> Níveis Nacionais | 142 |
| 2.2.4 | Deferência: a interpretação da margem de apreciação substancial pela CtIDH... | 170 |
| 2.3 | SUMÁRIO DAS INTERAÇÕES DOS NÍVEIS NACIONAIS E REGIONAIS NA PROTEÇÃO MULTÍNIVEL BRASILEIRA: suprallegalidade e deferência | 172 |
| 3 | A LEITURA PLURAL DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: o pluralismo constitucional na Constituição de 1988..... | 174 |
| 3.1 | PLURALISMO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: por uma leitura plural das normas constitucionais referente aos Direitos Humanos..... | 176 |
| 3.1.1 | Estado Democrático de direito, pluralismo constitucional e direitos humanos..... | 176 |
| 3.1.2 | Direitos humanos e direitos fundamentais: semelhanças funcionais e diferenças interpretativas..... | 185 |
| 3.1.3 | Direitos humanos, pluralismo político e democracia..... | 194 |
| 3.2. | DIÁLOGO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS CONVENCIONAIS: construindo o princípio <i>pro homine</i> pela deliberação de precedentes. | 201 |
| 3.2.1 | O princípio pro homine como guia das influências constitucionais mútuas..... | 201 |
| 3.2.2 | Qual diálogo? Quais vozes? Diálogo e deliberação entre precedentes..... | 211 |
| 3.2.2.1 | O Diálogo como deliberação entre precedentes dos ordenamentos constitucionais..... | 215 |
| 3.3 | O DIÁLOGO ENTRE PRECEDENTES NA CtIDH: o consenso regional e a interpretação evolutiva..... | 219 |
| 3.3.1 | Os diferentes consensos (unânime, numérico e das muitas mentes) e a interpretação evolutiva como deferência..... | 220 |
| 3.3.2 | Normas convencionais <i>Jus cogens</i> e o diálogo entre precedentes: uma relação possível? | 231 |
| 3.3.3 | O Controle de convencionalidade: os perigos de precedentes convencionais vinculantes..... | 236 |

| | |
|--|-----|
| 4 DIÁLOGO ENTRE PRECEDENTES NO STF | 241 |
| 4.1 A DELIBERAÇÃO SOBRE PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS NAS DECISÕES DO STF: A supralegalidade como fator da interpretação constitucional..... | 241 |
| 4.2 ANÁLISE DO DIÁLOGO DOS PRECEDENTES DA CúDH NA JURISPRUDÊNCIA DO STF: diálogo entre cortes e o princípio <i>pro homine</i> | 250 |
| 4.2.1 Liberdade de Expressão e de imprensa : ADPF/130..... | 251 |
| 4.2.2 A exigência de diploma de nível superior para jornalistas e liberdade de expressão : RE 511.961/SP..... | 262 |
| 4.2.3 O direito à assistência consular como direito humano : Ext 1.126/República da Alemanha..... | 266 |
| 4.2.4 Os direitos às terras tradicionalmente ocupadas das comunidades indígenas : Pet 3.388/RR..... | 270 |
| 4.2.5 A constitucionalidade da lei de anistia brasileira : ADPF 153..... | 290 |
| 4.2.6 O vínculo familiar das uniões homoafetivas : ADPF 132 e ADI 4277..... | 311 |
| 4.2.7 O direito ao duplo grau de jurisdição na Constituição de 1988 : AP 470/MG..... | 316 |
| 4.2.8 O direito à presunção de inocência e fixação da pena base : RE 591.054/SC..... | 337 |
| CONCLUSÃO | 340 |
| REFERÊNCIAS | 343 |
| TABELA DE CASOS E DECISÕES | 374 |

INTRODUÇÃO

A tese tem como propósito desenvolver o pluralismo constitucional como teoria constitucional brasileira capaz de explicar as relações entre a Constituição de 1988 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Os ordenamentos, considerados como constitucionais, influenciam-se mutuamente através de institutos (supralegalidade e deferência) que permitem ao princípio *pro homine*, compartilhado por ambos, alcançar a melhor interpretação dos direitos humanos e fundamentais.

Vivemos em uma época na qual a existência de uma miríade de ordenamentos jurídicos se entrelaça. Com frequência, normativas e decisões internacionais e supranacionais são citadas e utilizadas na interpretação das normas constitucionais de um determinado Estado, afetando seu significado. A recíproca é também verdadeira – interpretações constitucionais estatais são utilizadas como padrões para reforçar e compor obrigações internacionais.

As complexas relações entre ordenamentos constitucionais estatais e internacionais do século XXI são analisadas em nosso país, pela grande maioria dos autores nacionais¹, através do viés hierárquico de teorias germânicas gestadas no decorrer dos dois séculos passados, nomeadamente, o monismo e o dualismo. As duas teorias são utilizadas, inclusive, para analisar as relações entre os direitos fundamentais e os direitos humanos previstos em tratados internacionais.

Em síntese, as perspectivas dualistas e monistas brasileiras extraem da consequência da forma com que uma Constituição elege internalizar uma normativa internacional (respectivamente, exigência, ou não, de lei formal transformadora) a conclusão mais abstrata acerca da existência de um único ou de ordenamentos distintos, bem como as relações hierarquizadas produzidas pela última conclusão. O monismo extrai da dispensabilidade de lei nacional transformadora (aplicabilidade direta do tratado) a superioridade do direito internacional e, por sua vez, a lei transformadora exigida pelo dualismo demonstra a superioridade do direito constitucional estatal.

No plano da interpretação constitucional, isso significaria que, em um possível conflito entre um direito fundamental constitucional e direitos humanos previstos em tratados internacionais, a solução estaria na alternativa excludente oferecida pela teoria constitucional

¹ Estêvão Couto (2003, p. 05), no mesmo sentido, identifica que os autores brasileiros atuais ainda limitam-se à análise das duas teorias clássicas. A lista de autores que estudou o tema é extensa. Para fins da tese, serão utilizados apenas os autores que interpretaram o tema com base na Constituição de 1988 e suas inovações relacionadas à temática dos Direitos Humanos. Para os autores referidos, cf. nota 58 *infra*.

de eleição (monismo ou dualismo): ou a norma constitucional ou a norma internacional seria aplicada².

A construção de uma teoria constitucional brasileira que lida com a aplicação, especialmente, de direitos fundamentais e humanos como perspectivas hierárquicas parece ignorar as complexas formas de interação entre o ordenamento constitucional brasileiro e o direito internacional dos direitos humanos.

No julgamento da ADC nº 19/DF, o relator, Ministro Marco Aurélio, declarou a constitucionalidade da Lei Federal 11.340/06 (Lei Maria da Penha), sustentando, entre outros argumentos, que o Estado brasileiro firmara compromisso internacional de dar concretização à determinação do art. 07, *c*, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, incorporada no ordenamento brasileiro por meio do Decreto Presidencial nº 1.973, 01/08/96³.

A Ministra Carmen Lúcia, no julgamento da ADPF nº 101/DF, oportunidade em que declarou inconstitucionais decisões judiciais que permitiram a importação de pneus usados não oriundos do MERCOSUL para o Brasil, interpretou o histórico da legislação ambiental nacional acerca da proibição de importação de bens de consumo usados como fruto e reflexo direto das normas internacionais sobre a matéria, especialmente, a Convenção da Basiléia, de 1989. Como reforço à interpretação do direito fundamental à proteção ao meio ambiente, a relatora citou a decisão da Organização Mundial de Comércio que, ao negar recurso da União Europeia, que intencionava quebrar o privilégio das importações de pneus remoldados detido pelos países do MERCOSUL, concluiu que o Brasil demonstrou que a proibição de importação de pneus reformados foi considerada ‘necessária’ nos termos do Art. XX(b)⁴, do GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*), para a proteção do direito fundamental ao meio ambiente.

² Os autores nacionais lidam com o tema partindo de uma perspectiva conflitiva de consequências excludentes. Ou aplicamos o direito nacional (dualismo), ou aplicamos o direito internacional (monismo). Para utilizar a terminologia de Bastos Jr. (2011, p. 277), a lógica das teorias é do tudo ou nada. O principal indício argumentativo é a formulação do seguinte questionamento como o objeto central dos trabalhos sobre o tema: “qual norma (nacional ou internacional) deve prevalecer em um possível conflito?” (MELLO, 2004, p. 121; ARIOSI, 2000, p. 61).

³ O Relatório 54/01, da Comissão Interamericana de Humanos, reforça a constitucionalidade da Lei Maria da Penha e sua origem como uma determinação internacional direcionada ao Brasil: “*b) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo; c) O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera*”.

⁴ Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures: (...) (b) *necessary* to protect human, animal or plant life or health. (grifo nosso).

Por fim, a Ministra julgou que as normas que adequaram a legislação nacional à decisão proferida pelo Tribunal Arbitral do Mercosul, que possibilitou a importação de pneus recauchutados e usados remoldados originários de países integrantes do Mercosul, eram constitucionais, não obstante ter decidido que todos os pneus usados, inclusive os remoldados e recauchutados, não poderiam ser importados, tendo em vista a proteção dos direitos fundamentais ao meio ambiente equilibrado e à incolumidade da saúde.

No caso da ADPF 153, a questão residia em saber se os agentes públicos que cometeram violações de direitos humanos na época da ditadura militar estariam anistiados pela lei de anistia brasileira (Lei 6.683/79). Os ministros do STF que compuseram a maioria (favoráveis à anistia ampla e irrestrita) não negaram que o direito internacional fosse importante para a interpretação constitucional, no entanto, omitiram importantes normas internacionais e interpretaram equivocadamente precedentes de tribunais internacionais que lidavam com o tema. A correta utilização de tratados e precedentes internacionais, com certeza, influenciaria no resultado da interpretação constitucional.

As interações entre direitos humanos e fundamentais brevemente expostas não se encaixam confortavelmente com as lentes fornecidas pelas teorias elaboradas em um contexto político e jurídico específico do entre guerras. Como exemplo do descompasso entre as interpretações constitucionais do STF e as premissas monistas e dualistas, podemos destacar que: 1) a propositura da ADC nº 19/DF pelo Presidente da República pode demonstrar que o pedido pela constitucionalidade da medida tenha como fundamento impedir que órgãos do Estado brasileiro (representados pelo Judiciário) declarassem inconstitucional legislação requerida por instância supranacional que, caso fosse retirada do ordenamento brasileiro, poderia acarretar em sanções internacionais, independentemente das discussões a respeito da forma de internalização ou do peso político da produção normativa do Sistema Interamericano de Direitos Humanos; 2) no caso da ADPF nº 101/DF, a não inclusão das portarias que excepcionaram a importação de pneus usados dos países do Mercosul, bem como a declaração de sua constitucionalidade, demonstram que o país aquiesceu na diminuição de seu poder normativo na proteção do direito fundamental ao meio ambiente, além de reconhecer que a manutenção das decisões judiciais contrárias aos referidos atos normativos poderia acarretar condenações na OMC, ocasião em que as relações entre os ordenamentos constitucionais, regionais (Europeus e Sul-americanos) e do comércio se entrelaçaram com base em uma lógica diferente da hierarquia e 3) a citação seletiva e equivocada de precedentes e tratados internacionais na ADPF 153 demonstra posturas de resistência ao direito internacional devidamente incorporado e reconhecido pelo Estado brasileiro, o que significa que o

argumento da superioridade hierárquica parece não ter sido o único fator influenciador da interpretação constitucional.

Por outro lado, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), ordenamento normativo internacional internalizado pelo Brasil com natureza supralegal, é interpretada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH) como um tratado de natureza especial, ao qual deve ser garantido efeito útil para a concretização de suas funções de proteger direitos humanos e restringir o poder público interno. A força da convenção, segundo a Corte Interamericana: a) exige de todos os poderes e órgãos constitucionais estatais a adequação dos padrões internos com as prescrições do tratado e com a jurisprudência da corte interamericana (controle de convencionalidade); b) transforma importantes direitos humanos em normas internacionais cogentes e inderrogáveis (*jus cogens*), cuja aceitação independe de consenso e não podem ser excepcionadas pelos países signatários e c) é capaz de invalidar a produção política de um país, ao determinar a nulidade de leis internas.

As reivindicações dos discursos da CtIDH em sua interpretação da CADH, que se afastam de uma visão tradicional do direito internacional, e a forma como a Constituição de 1988 lida com o direito internacional de direitos humanos parecem contrastar com as simplistas abordagens desenvolvidas pela dicotomia monismo/dualismo.

Ademais, teorias que explicam a relação entre a Constituição de 1988 e a CADH baseadas em proposições monistas e dualistas podem acarretar problemas interpretativos capazes de afetar a proteção dos direitos fundamentais e humanos em nosso país pelas seguintes razões: 1) uma posição monista nacionalista ou dualista pode acarretar na diminuição dos padrões de proteção de direitos humanos, ao negligenciar as interpretações e decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH); 2) por outro lado, um monismo internacionalista no campo dos direitos humanos reforça interpretações naturalistas distanciadas das realidades políticas e sociais de um país e, geralmente, recepcionadas com desconfiança pelos órgãos nacionais; 3) sob qualquer uma das teorias, a maior possibilidade de descumprimento de direitos humanos, por conta de posturas hierárquicas (tudo ou nada), facilita a responsabilização internacional do país; e 4) a extrema separação (dualismo) e a total unidade (monismo) ofuscam as complexas formas com que as interações entre direitos humanos e fundamentais podem produzir melhores interpretações, que vão além da simples escolha de um ordenamento normativo, em detrimento de outro.

As complexas interações entre ordenamentos jurídicos (constitucional e de organizações internacionais) foram estudadas com maior profundidade na Europa, por conta dos constantes desenvolvimentos da União Europeia e de seus impactos nos ordenamentos

constitucionais europeus. Dentre as diversas teorias gestadas alhures, o Pluralismo Constitucional destaca-se por apresentar as disputas interpretativas acerca de documentos jurídicos compartilhados (como, por exemplo, tratados internacionais de direitos humanos) de forma distinta de perspectivas hierárquicas, na medida em que reconhece a paridade entre os argumentos desenvolvidos por ambos pontos de análise (Constituição e Convenções Internacionais), que, ainda que arroguem para si o monopólio interpretativo definitivo acerca das normas jurídicas compartilhadas e discursos constitucionais, estabelecem relações de reciprocidade.

O pluralismo constitucional tem a vantagem de não eleger um dos ordenamentos como o mais importante e, a partir dele e de sua estrutura, criticar, utilizando de injustas analogias, os discursos constitucionais do outro. Dessa forma, o discurso de caráter constitucional da CtIDH esboçado acima é inserido e debatido como tal, e suas consequências são analisadas de acordo com o impacto de suas decisões no constitucionalismo brasileiro. As relações entre os ordenamentos, por sua vez, são compreendidas como complexas interações que se distanciam dos debates acerca de qual norma deve ser aplicada, ou de que maneira a norma supranacional deve ser incorporada. Portanto, trata-se de abordagem teórica que pode apresentar melhores interpretações para o mosaico de interpretações constitucionais descritas mais acima.

A tese objetiva demonstrar, por conseguinte, a inaptidão das teorias clássicas desenvolvidas no plano doutrinário brasileiro para explicar as relações entre direitos humanos e fundamentais apresentadas pela CADH e pela CF/88, respectivamente. O que exigirá a reconstrução das teorias clássicas e sua crítica. De mais a mais, pretende-se demonstrar que o Pluralismo Constitucional, abordagem teórica que abandona perspectivas hierárquicas, acolhe os discursos constitucionais dos ordenamentos que interagem por meio de institutos desenvolvidos pelos próprios para acomodar as influências mútuas que exercem entre si. Para tanto, a defesa do caráter constitucional da CADH será necessário, bem como a demonstração de que os ordenamentos interagem por meio de institutos que, ao mesmo tempo em que não negam o caráter constitucional de suas reivindicações mútuas, sugerem influências mútuas.

O trabalho recorreu, de forma preponderante, como material analisado, à construção teórica sobre as teorias do direito internacional, Pluralismo Constitucional, diálogo entre juízes, bem como à jurisprudência e aos textos legais nacionais e estrangeiros (majoritariamente, de língua espanhola, inglesa, francesa e italiana). A bibliografia foi selecionada de acordo com premissas diferentes de acordo com o tema abordado. No caso do pluralismo constitucional, pesquisamos trabalhos acadêmicos europeus (livros e periódicos) que desenvolveram ou criticaram a construção de Neil Maccormick (1999) acerca do

pluralismo constitucional. A literatura norte-americana foi, preponderantemente, utilizada nas seções referentes à interpretação do direito internacional pelas cortes constitucionais, tendo em vista o desenvolvimento, naquele país, dos debates acerca dos métodos que a Suprema Corte deveria utilizar para citar direito estrangeiro e internacional, principalmente, após o caso *Roper v. Simmons* (2005). No caso das leituras acerca do SIDH, a bibliografia utilizada focou-se nos trabalhos de autores latino-americanos e norte-americanos sobre o tema, incluindo daqueles que estão ou estiveram envolvidos politicamente com o sistema. Para sustentar as hipóteses levantadas, analisamos as decisões mais recentes do STF e da CtIDH relacionadas aos temas abordados pela tese.

As jurisprudências coletadas no trabalho, retiradas do sítio oficial do Supremo Tribunal Federal (www.stf.jus.br) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (<http://www.corteidh.or.cr>), compreenderão, preponderantemente, o período após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o período em que o Brasil reconheceu a competência contenciosa da CIDH (1998). Especialmente no caso do diálogo entre precedentes focado na jurisprudência do STF, serão utilizadas as sentenças da CtIDH que poderiam ter sido utilizadas pelo tribunal supremo no momento de sua decisão, a indicar a possibilidade de deliberação com uma decisão precedente da Corte Interamericana.

No capítulo inicial serão abordadas as limitações teóricas das teses monistas e dualistas, reforçando a inadequação de ambas como teorias constitucionais capazes de explicarem a Constituição Federal de 1988. Ao confundirem os aspectos teóricos (tese do ordenamento único) e práticos (modalidades de incorporação) da dicotomia monismo e dualismo, os autores nacionais desenvolvem uma teoria constitucional incapaz de descrever a Constituição de 1988 em suas complexas relações com as normas internacionais, assim como não apresentam prescrições suficientes para a solução de controvérsias que possam surgir entre o direito constitucional nacional e o direito internacional dos direitos humanos.

No segundo capítulo, começaremos a desenvolver a teoria que melhor descreve e explica a Constituição de 1988. Nessa esteira, o pluralismo constitucional, desenvolvido inicialmente no contexto da União Europeia, é analisado como a proposta teórica que visa acomodar os discursos de última palavra de ambos os ordenamentos, assim como representa que as relações heterárquicas são identificadas por traços inerentes a ambos os ordenamentos. No caso da Constituição brasileira, constata-se o aspecto descritivo do pluralismo constitucional na decisão do STF de outorgar aos tratados internacionais de direitos humanos o status supralegal, capaz de paralisar o efeito das normas infraconstitucionais e influenciar na interpretação constitucional. Do ponto de vista da Convenção Americana sobre Direitos

Humanos, a subsidiariedade dos sistemas interamericano possibilita que a CtIDH defira, não como um fator determinante, às interpretações constitucionais regionais para construir o conteúdo dos direitos convencionais.

No terceiro capítulo, após a demonstração da natureza plural das relações entre ordenamentos, o pluralismo constitucional será contextualizado como a teoria que melhor interpreta as normas constitucionais brasileiras. A análise será feita a partir da identificação de institutos constitucionais brasileiros que podem ser lidos de maneira plural: o Estado Democrático de Direito (que incorpora uma versão substantiva da legalidade, que submete a produção normativa do país aos padrões de direitos humanos internacionais), a diferença entre direitos fundamentais e humanos (a existência de uma proteção multinível de base constitucional pressupõe o desenvolvimento de conteúdos diversos de direitos semelhantes) e do pluralismo político (que exige do plano constitucional brasileiro o desenvolvimento do conteúdo dos direitos fundamentais e humanos a partir da complexidade das decisões democráticas).

As relações entre ordenamentos constitucionais não ocorre, necessariamente, em um vácuo jurídico, mas são mediadas pelo ideal regulativo do princípio *pro homine*. Trata-se de ideal jurídico compartilhado por ambos os ordenamentos, o que caracteriza o pluralismo constitucional como interpretativo e não, simplesmente, pragmático (interações políticas). Por sua vez, as interações podem ser identificadas pela construção dos direitos humanos através da deliberação dos fundamentos presentes nos precedentes de ambas as cortes.

A interação dialógica na jurisprudência da CtIDH e a influência mútua são corolários da deferência e são observadas, dentre outras hipóteses, quando a corte interamericana constrói os direitos humanos convencionais com base na interpretação evolutiva da CADH, postura hermenêutica que exige da corte o desenvolvimento do princípio *pro homine* tendo como um dos fatores a interpretação constitucional da região. Consequentemente, os direitos convencionais não se limitam à busca de um consenso, nem poderão ser construídos unilateralmente pela CtIDH com base no alargamento do conceito de normas cogentes ou na imposição da uniformização de sua jurisprudência realizada através da vinculação de seus precedentes em sede de controle de convencionalidade.

No quarto e último capítulo serão analisadas as ocasiões em que o STF citou precedentes da CtIDH, a fim de perquirir se houve diálogo deliberativo entre os precedentes e como a corte poderia proceder à construção do princípio *pro homine*. Em função da característica puramente agregativa das decisões do STF (os ministros juntam votos sem interagir entre si), apenas haverá diálogo nas hipóteses em que os tratados internacionais (e

sua correspondente jurisprudência) forem considerados como um fator da interpretação constitucional, além de desenvolvidos e deliberados pelo tribunal (e não por um ou alguns ministros). Após análise dos casos em que o STF citou precedentes da CtIDH (ADPF 130, RE 511.961/SP, EXT 1.126, Pet. 3.388/RR, ADPF 153, ADPF 132 e ADI 4277, AP 470, RE 591.054/SC), pudemos concluir que não houve diálogo entre cortes, uma vez que as citações aos precedentes foram feitas, via de regra, por apenas poucos ministros e sem que houvesse deliberação das fundamentações desenvolvidas pela CtIDH.

Capítulo 01 – PARA ALÉM DA DICOTOMIA DUALISMO E MONISMO.

O principal objetivo deste capítulo é demonstrar que a dicotomia dualismo/monismo adotada pela maioria expressiva dos autores brasileiros é incapaz de responder às complexas

relações estabelecidas entre o direito constitucional e os tratados internacionais de direitos humanos.

No início do capítulo postularemos que, antes da criação do monismo e do dualismo no século XIX, o direito internacional era explicado por meio de teorias do direito que estavam às voltas com problemas relacionados à configuração de obrigações jurídicas vinculantes para entes considerados como soberanos (ou seja, as teorias focavam-se na resposta ao problema da vinculação do ente soberano que produzia o direito). Lançando mão de analogias colhidas do direito contratual, os teóricos do direito internacional consideravam que o consentimento seria a fonte da obrigação jurídica.

Explicaremos que autores germânicos do monismo (Hans Kelsen) e dualismo (Heinrich Triepel) intencionaram, especificamente, responder aos questionamentos do possível paradoxo entre a manutenção de uma vontade soberana e a vinculação jurídica de obrigações internacionais no contexto da Constituição de Weimar. Dessa forma, sustentaremos que a apreensão da dicotomia feita pelos autores nacionais está baseada na leitura equivocada e superficial do seu conteúdo e na confusão entre uma abordagem teórica, de origem germânica, da dicotomia (teses do ordenamento único) e uma versão prática ou descritiva da dicotomia (formas de internalização das normas internacionais).

Após a exposição das teorias, defenderemos que a atual complexidade do direito internacional (Direito Comunitário, Direito do Comércio Internacional e Direito Internacional dos Direitos Humanos) torna inviável a utilização das clássicas teorias germânicas, em função da sua debilidade descritiva e das insuficientes prescrições para a solução dos atuais conflitos normativos, caracterizados pelo distanciamento de soluções hierárquicas.

Ao final do capítulo, iremos sugerir que, mesmo a tradução das abordagens dicotômicas como teorias constitucionais brasileiras, os autores nacionais construíram arquétipos que misturam as conclusões práticas do aspecto descritivo da dicotomia (forma de inserção do ato internacional) com a principal conclusão da dicotomia teórica (unidade do ordenamento), ignorando importantes aspectos observados na prática constitucional brasileira. Portanto, o monismo e o dualismo brasileiros (adjetivados de moderados ou temperados) falham em apresentar justificativas suficientes para se caracterizarem como teorias constitucionais bem-sucedidas.

1.1. A LIMITAÇÃO DA DICOTOMIA DUALISMO/MONISMO: crítica de sua aplicação teórica e prática no direito internacional.

As teorias clássicas referenciadas acerca das relações entre direito interno e internacional surgiram em um contexto histórico, político e científico específico que remonta ao final do século XIX. O Monismo e o Dualismo são frutos de uma época em que o direito buscava se firmar como uma ciência autônoma, seguindo o desenvolvimento das demais ciências iniciado no início do século XIX, ou seja, são reflexos do positivismo científico e da necessidade de firmar o direito como uma categoria apreensível pela metodologia científica das ciências naturais⁵. Dessa forma, o contexto filosófico, político e científico ajuda a explicar o conceito de direito subjacente às teorias citadas e a posição de ambas para a compreensão do direito internacional hodierno.

Antes de avançarmos na crítica à dicotomia clássica, precisamos salientar que ambas as teorias não iniciaram e, muito menos, encerraram as discussões teóricas acerca das relações entre ordenamentos jurídicos. Ponto que, no entanto, parece ser ignorado pelos teóricos brasileiros, que se limitam, sem justificativas aparentes, apenas às duas teorias desenvolvidas para compreender a questão na Alemanha Weimariana, no contexto entre guerras e com base em teorias do direito amplamente contestadas atualmente⁶.

Malcolm Shaw (2003, p. 03) correlaciona o desenvolvimento das teorias sobre o direito internacional com as teorias do direito desenvolvidas no plano interno⁷. Inicialmente, os teóricos desenvolvem argumentos baseados na estruturação do direito interno e, em seguida, aplicam-na no plano internacional. As teorias do direito internacional são, naturalmente, formuladas como espelho das teorias do direito interno.

Dessa forma, a construção da teoria do direito internacional não se inicia e nem termina no monismo e no dualismo. Antes de Kelsen e Triepel no âmbito alemão entre guerras, teorias baseadas no direito natural⁸ eram comuns para justificar as relações

⁵ Martti Koskeniemi (2005) postula que as teorias do direito internacional posteriores ao século XVIII (o que inclui o monismo e o dualismo) são respostas liberais aos principais pilares teóricos dos autores naturalistas. Os últimos defendiam a existência de um conjunto de normas jurídicas vinculantes universais, produzidas naturalmente e cognoscíveis pela razão. O paradigma liberal questiona a existência de uma ordem jurídica natural (não consentida pelo homem) e a parcialidade ideológica de normas jurídicas “naturais” alcançadas apenas pelo recurso à razão. Em contrapartida, oferece um modelo em que o direito internacional serve de moldura normativa consensual para as relações entre Estados, a fim de que desenvolvam suas relações políticas. Do ponto de vista da ciência jurídica, o parâmetro liberal exige a limitação do fenômeno jurídico apenas àquelas normas oficialmente editadas que poderiam ser caracterizadas como fruto de um acordo de vontades soberanas (a representação jurídica é feita por meio de critérios que diferenciam os sistemas normativos morais e jurídicos).

⁶ Como por exemplo, Jeveaux (2006) que analisa as inovações da Emenda Constitucional (EC) 45/04 em nosso direito constitucional internacional dos direitos humanos à luz das referidas teorias.

⁷ Os apontamentos acerca do desenvolvimento da teoria do direito internacional são, intencionalmente, esboçados de maneira esparsa e sem maiores preocupações temporais e metodológicas. Nossa intenção principal é situar o leitor no contexto teórico e político específico da gestação do dualismo e do monismo. Portanto, o recurso à história justifica-se para situar as teorias dentro de um contexto específico, para, em seguida, demonstrar sua inadequação para analisar e explicar os atuais desafios do direito internacional.

⁸ Grotius, Pufendorf e Vattel, por exemplo.

internacionais europeias, especialmente, para explicar o que ficou conhecido como *jus gentium* (direito dos povos) na época medieval. A ideia de um conjunto específico de direitos naturais, universais e especializados em abarcar todos os conhecimentos e práticas do mundo ocidental (*jus gentium*) não se confundia, porém, com a ideia atual de Direito Internacional, que ganhou força apenas após o século XVIII (SHERMAN, 1918, p. 56 e CRAWFORD, 2012, p. 07).

A noção de *jus gentium*, portanto, não se limitava às relações entre Estados soberanos (noção moderna de direito internacional), mas possuía um sentido mais amplo, alcançando normas de direito contratual, econômico e criminal (WALDRON, 2005, p. 132), bem como as relações entre indivíduos (JANIS, 2008, p. 251). Longe de ser uma codificação jurídica única e coerente de regras internacionais, o *jus gentium* medieval caracterizava-se por ser a reunião de leis de várias localidades que estipulavam regras de condutas que poderiam ser aplicadas como partes integrantes do direito natural. Ou seja, não se tratava, necessariamente, de um conjunto estruturado e específico de regras internacionais acerca do relacionamento entre Estados (ainda não estruturados pelos pensadores da Europa medieval), mas uma parte do direito natural que lidava com questões que, coincidentemente, tangenciavam questões internacionais compartilhadas pelos povos europeus⁹.

A relação entre *jus gentium* e direito natural começa a alterar-se, todavia, com o surgimento dos Estados nacionais e com a inserção da soberania como principal postulado político da regência da autoridade estatal. Hugo Grotius foi responsável, no século XVII, por secularizar o direito natural medieval ao alterar a fonte do direito natural teológico para a razão. A alteração permitiu ao autor estruturar o *jus gentium* não apenas como um subconjunto do direito natural geral (fruto da reta razão), mas como um produto consciente da prática dos Estados, um direito voluntário amparado pela fundação normativa subjacente do direito natural imutável¹⁰. A fundação normativa deste direito voluntário seria o direito natural

⁹ Stephen Neff (2003, p. 35) exemplifica o afirmado ao citar o caso da construção da noção de guerras justas no plano internacional. A defesa de uma guerra justa originou-se do debate sobre a participação de cristãos no serviço militar, cuja ação poderia incluir atos de violência contrários às escrituras sagradas. Argumentava-se que o serviço militar de cristãos seria justificado, desde que os atos por eles praticados fossem guiados por motivos nobres e altruístas. A transposição para o plano internacional justificava a declaração de guerra quando um Estado, tal como o indivíduo cristão, agisse para defender interesses legítimos.

¹⁰ Para Grotius, o fenômeno jurídico possuía uma estruturação complexa. De acordo com o holandês, *Jus* (direito) possuía três significados: tudo aquilo que é justo, o direito de possuir algo e regra de conduta que obriga ao correto, e cujo desrespeito gera sanção. A última caracterização de *Jus*, por sua vez, subdivide-se em duas: direito natural e volitivo. O primeiro, direito natural, é observado de acordo com a essência da natureza humana, e pode existir com ou sem uma divindade. O último, direito volitivo, divide-se em direito divino e humano. O direito volitivo humano poderia ser independente do poder civil (relações familiares patriarcais), dependente do poder civil regulador das relações entre os homens de uma sociedade política particular (*jus civile*) e o direito das nações (*jus gentium*), que extrai sua força obrigatória da vontade das nações. O *jus gentim* pode compartilhar das

que previa um princípio geral de justa conduta entre os Estados, condição para a construção das demais regras entre os Estados – o princípio dos pactos e do seu devido cumprimento (COVELL, 2009, p. 51-54).

O direito natural grotiano era diverso do pré-moderno, porque a origem da autoridade do Estado não estava apenas nas leis da natureza, mas em uma ordem normativa construída por princípios originados da vontade e acordados pelos Estados nacionais, então emergentes atores das relações internacionais na Europa. Dessa forma, a diferenciação entre *jus gentium* e direito natural e a estipulação do primeiro como algo voluntário foram determinantes para o desenvolvimento da teoria do direito internacional no século XVIII, pois serviram de embrião para a delimitação do âmbito de atuação das regras internacionais: regras voluntárias, restritas aos Estados, em detrimento dos assuntos entre indivíduos e de outras regras não acordadas expressamente pelos Estados.

A fundamentação de Grotius das relações entre Estados com base em uma racionalidade não teológica e universal, que possibilitava a criação de regras comuns para os Estados por meio do acúmulo de experiências passadas (direito dos povos), perde, contudo, significativa parte de sua atratividade com o desenvolvimento de teorias sobre a soberania dos Estados nacionais e da sua apropriação pela teoria do direito, cujo conceito passa a agregar as noções de vontade e de sanções como aspectos necessários e definidores do fenômeno jurídico.

O reforço da soberania dos Estados nacionais colocou o naturalismo, mesmo em sua versão voluntarista grotiana, em posição desconfortável para explicar a delicada força normativa vinculante dos tratados internacionais, pois ainda ressaltava que a fonte de sua força normativa estaria situada em algum ponto que precede ou que é externo ao soberano. Ou seja, o soberano (que seria absoluto) estaria submetido a algo externo a ele (religião, razão, valores morais ou tradições em que os Estados se encontram). Para os autores do século XVIII, o aspecto volitivo e o consentimento dos Estados (iguais entre si e soberanos) explicariam a força vinculante do direito dos tratados, em uma analogia com o direito privado contratual, afastando as justificativas naturalistas (KENNEDY, 1997, p. 113).

A racionalidade liberal clássica, desconfiada da parcialidade e finalidade do direito natural, apenas poderia fundamentar o direito internacional com base em normas jurídicas que fossem pré-acordadas pelo único produtor do direito oficial – o Estado soberano. A

mesmas matérias do direito natural, mas dele distingue-se em dois sentidos: a) pelo fato de ser manipulável, enquanto o direito natural é imutável e b) sua fonte é a vontade das nações e não o seguimento estrito dos ditames da reta razão humana (COX, 1987, p. 387-390).

caracterização do tratado como um contrato ressalta o papel da vontade como única fonte de obrigações.

O termo direito internacional aparece em língua inglesa, pela primeira vez, em 1789 com Jeremy Bentham. Ao cunhar o termo, Bentham intencionou substituir um termo (*jus gentium*), por outro (Direito Internacional), que acreditava melhor caracterizar o ramo do direito em questão. Contudo, como alerta Mark Janis (2008), apesar de acreditar que estava realizando apenas isto, em verdade, o filósofo inglês foi além, pois estabeleceu duas pressuposições sobre o direito internacional que estavam, como observado, na contramão da produção teórica do século XVII: 1) ramo do direito que versava exclusivamente sobre os direitos e obrigações dos Estados soberanos, de acordo com suas vontades, entre si e nunca sobre direitos e obrigações dos indivíduos e 2) as cortes nacionais deveriam julgar os casos que envolvessem transações exteriores por meio das regras nacionais, e não internacionais (JANIS, 2008, p. 250)¹¹. Ainda que inadvertidamente, Bentham alterou as fronteiras e os campos de ação dos escritos acerca de normas internacionais ao inserir no emergente direito internacional anglo-saxão seu conceito positivista de direito (em contraposição às teorias do direito natural)¹² para justificar as relações internacionais.

A noção benthiana de direito e de direito internacional surtiram efeitos nos autores positivistas anglo-saxões dos séculos XIX e XX. A atribuição ao Estado de uma vontade independente daquela dos seus cidadãos considerados individualmente (o Estado figura como uma pessoa natural na relação com outros Estados, e, como tal, encontra-se no estado de natureza), teorias que impunham a soberania de tal vontade estatal perante os cidadãos, a existência de regras obrigatórias editadas pelo soberano identificadas como jurídicas, cuja obrigatoriedade estaria garantida por sanções, de acordo com as formulações de Hobbes e Bentham, foram, por exemplo, teses incorporadas por John Austin (1954). Contudo, ao discorrer sobre o direito internacional, Austin expôs a fragilidade benthiana de justificar a força do direito internacional na vontade de soberanos.

¹¹ XXV - *Now as to any transactions which may take place between individuals who are subjects of different states, these are regulated by the internal laws, and decided upon by the internal tribunals, of the one or the other of those states: the case is the same where the sovereign of the one has any immediate transactions with a private member of the other: the sovereign reducing himself, pro re natâ, to the condition of a private person, as often as he submits his cause to either tribunal; whether by claiming a benefit, or defending himself against a burthen. There remain then the mutual transactions between sovereigns, as such, for the subject of that branch of jurisprudence which may be properly and exclusively termed international* (BENTHAM, 1962, p. 149).

¹² O direito caracterizado por Bentham como expositivo (o que o direito é) pode ser dotado de força quando as autoridades dotadas de poder (Poder Legislativo oficialmente institucionalizado pelo Estado) editam leis, por meio de atos voluntários, que pretendem alcançar a maior felicidade de todos (BENTHAM, 1962, p. 148 e SICKER, 1978, p. 279).

De acordo com John Austin (1954, p. 01-11), o direito se caracterizaria pela proeminência da vontade (dos comandos) de um soberano em editar leis positivas (foco analítico da teoria do direito), cuja obrigatoriedade seria garantida pela sanção. A garantia dos comandos por meio da sanção determina sua obrigatoriedade, e à outra parte cabe o dever de obedecê-los. Tais elementos são observados empiricamente por meio do direito positivo¹³. Portanto, para Austin (1954, p. 127 e 141-142) o “direito” internacional não seria digno de tal terminologia, porquanto não apresentaria o estabelecimento de um poder soberano que edita comandos obrigatórios, reforçados por sanções no plano internacional¹⁴. Tal ramo de estudos deveria ser considerado como uma moralidade positiva¹⁵.

Uma das principais consequências da nova abordagem positivista instaurada por Bentham foi a transformação do *jus gentium* dos séculos XVI e XVII, antes considerado como um direito comum para indivíduos e Estados soberanos, em duas disciplinas que poderiam ser consideradas jurídicas pela análise de suas regras positivas – o direito internacional público e o direito internacional privado (*conflict of laws*)¹⁶. O primeiro era considerado internacional, pela natureza de suas normas (regras jurídicas voluntárias que regem as relações entre Estados soberanos, de acordo com a noção benthaniana), mas sua caracterização como direito foi posta em dúvida (especialmente por Austin); o último era considerado como direito, mas não internacional, em função da internalização das regras de solução de conflitos (conflitos entre indivíduos com base em normas internacionais) (JANIS, 2008, p. 254).

¹³ A descrição sucinta não faz justiça ao denso e complexo corpo teórico de Austin. Sua análise do direito não se limita ao conceitualismo que parece transparecer no parágrafo em questão, uma vez que sua construção do direito possui uma justificativa política: possibilitar que os soberanos (as elites que compõem o parlamento, composto por meio de eleições e ocupado por indivíduos suficientemente instruídos sobre as condições humanas e do interesse de todos) utilizem o direito como instrumento do governo utilitarista. Portanto, a eficácia dos comandos por meio das sanções é importante porque possibilita a igualdade das políticas governamentais para todos (pressuposto utilitarista). Sobre a leitura superficial que juristas fazem da obra de Austin, cf. a crítica de Morrison (2006, p. 264-268).

¹⁴ A posição de Austin expõe o que Crawford (2012, p. 09) denomina de aparente paradoxo do direito internacional – conjunto de normas jurídicas cogentes que regulam as relações entre entidades soberanas. O paradoxo é aparente, pois as teses positivistas subsequentes a Austin incluirão a prioridade do consentimento na formulação da obrigação internacional, a natureza cooperativa das relações internacionais e a construção de que o soberano pode tudo, inclusive, assumir obrigações duradouras.

¹⁵ Herbert Hart (1961, p. 244-245) afasta a premissa de Austin ao argumentar que o direito internacional não poderia ser, simplesmente, moral, pois suas regras não estão baseadas necessariamente em questões de moralidade (mas lida com indiferentes morais – comércio, demarcação de territórios etc.), e são aplicadas com referência a precedentes, tratados e escritos doutrinários reconhecidos como fontes jurídicas. Ainda que seja a versão mais refinada do positivismo do século XX, o afirmado nesta nota apenas pode ser entendido dentro do positivismo desenvolvido por Hart, que será lembrado nas notas abaixo. Hart retira o critério de identificação do direito de fatos sociais (a vontade soberana), e o reposiciona em regras sociais convencionadas e com essa alteração, acaba por redimensionar o papel da moral na teoria do direito.

¹⁶ O Direito Internacional Privado, ou, como é comumente chamado no seu país de origem (EUA), conflito de leis (*conflict of laws*), foi desenvolvido por Joseph Story em virtude da internalização dos assuntos, anteriormente, tratados pelo *jus gentium* no que diz respeito às relações entre indivíduos que litigam com base em normas oriundas de diferentes Estados.

Para contornar as críticas de Austin, o positivismo do século XIX precisou reinterpretar suas prescrições acerca do papel da vontade do soberano na produção de normas internacionais. O conceito básico de direito como edição de regras por meio da vontade de uma autoridade superior, cuja obrigatoriedade seria garantida por meio de sanções foi utilizado, especialmente pelos autores do início do século XIX, para explicar o direito internacional de forma semelhante ao direito nacional. O voluntarismo desta noção de direito estabelece a correlação entre a vontade do Estado soberano e as relações internacionais a eles limitadas e, conseqüentemente, passa a descrever a produção normativa internacional dos sujeitos do direito internacional como categorias análogas às dos contratos civis (KAPLAN; KATZENBACH, 1964, p. 76-78)¹⁷.

O papel do aspecto volitivo para explicar o direito internacional torna-se central na teoria jurídica, apesar de introduzir em seu bojo um elemento paradoxal para a noção de direito (o Estado submete-se ao direito, não por estar obrigado, mas porque assim o deseja). No entanto, a instabilidade do elemento “vontade” como criador das obrigações internacionais de Estados soberanos encontraria sua justificativa na possibilidade de autolimitação da soberania – através da ratificação, o Estado exprime sua vontade soberana de vincular-se ao tratado (MANNONI, 2006, p. 596-598).

Poderíamos resumir, portanto, a discussão entre positivismo e direito natural acerca do direito internacional nos séculos XVII e XVIII, emprestando a expressão de David Kennedy (1997, p. 112), como a tentativa de solucionar uma “charada”: como pode haver direito capaz de vincular a ação de soberanos, quando os soberanos, por definição, não admitem autoridade superior (identificação entre criador e sujeito do direito)? É exatamente este o ponto de partida que nos interessa para compreender o monismo e o dualismo.

Os autores germânicos do final do século XIX e da primeira metade do século XX não apenas intencionaram responder ao desafio posto por John Austin, mas, concomitantemente,

¹⁷ Shaw (2003, p. 09) afirma que a noção contratual das relações internacionais influenciou a teoria do consentimento no direito internacional, porquanto, como agentes livres e iguais, os Estados apenas poderiam firmar tratados por meio de seu livre consentimento. David Kennedy (1997, p. 113) sintetiza o ponto de maneira mais crua: o direito internacional do positivismo do século XIX é simplesmente o trabalho de uma metáfora do direito privado aplicado a uma ordem jurídica pública. García-Salmones (2013, p. 23-46) afirma que o formalismo analítico do positivismo e a analogia realizada com o direito privado facilitaram as trocas comerciais internacionais e as disputas de interesse entre entidades públicas e privadas. A exclusão de argumentos morais, o foco analítico restrito às normas positivadas, extraindo ética e outros assuntos do direito permitiram que as trocas econômicas fossem o âmbito mais importante no direito internacional dos séculos XIX/XX por meio da linguagem do direito privado. Portanto, o direito é considerado como um instrumento, uma normatividade vazia que fornece o pano de fundo para mudanças econômicas e para a canalização de conflitos de interesses, pressupostos caros ao capitalismo moderno.

buscaram apresentar uma construção metodologicamente superior a do inglês para explicar o direito internacional criado por entes soberanos (BERNSTORFF, 2010, p. 17).

O monismo e o dualismo alemães são reflexos do estado da discussão acerca das teorias do direito internacional europeu do final do século XIX. Os autores alemães estavam focados em responder à tensão existente entre soberania, vontade e obrigação jurídica no marco da crise política gerada pela Constituição de Weimar. Em seguida, discorreremos sobre as teorias pormenorizadamente.

Cada uma das duas teorias é identificada pelos principais autores que as formularam: o monismo de Hans Kelsen e o dualismo de Heinrich Triepel. As teorias são, contemporaneamente, utilizadas por autores brasileiros para explicar a relação entre os ordenamentos internacional e constitucional. Como será descrito com vagar mais abaixo, os teóricos brasileiros consideram que as principais distinções, cumulativas, entre monismo e dualismo estão: 1) na forma de incorporação da norma internacional (monismo assume como desnecessário um ato formal; dualismo, torna necessária a intermediação de um ato formal incorporador); 2) nas formas de solução de conflitos (monismo - critério hierárquico prevalece; dualismo - critério da norma mais recente prevalece) e 3) na separação total dos ordenamentos (dualismo) e na unidade de ordenamentos (monismo).

No entanto, tal leitura da diferença entre ambas as teorias parece apressada por dois motivos. Em primeiro lugar, uma acurada incursão nos pressupostos das teorias demonstra que as distinções elencadas acima são simplificações que descaracterizam as formulações originais e estão em descompasso com o contexto atual das relações entre ordenamentos jurídicos. Em segundo lugar, a leitura confunde os aspectos descritivos da divisão monismo/dualismo (teses da incorporação), com as abordagens teóricas da dicotomia (teses acerca da unidade ou não dos ordenamentos). Começaremos pelo primeiro motivo.

A compreensão kelseniana e de Triepel da relação entre as ordens jurídicas estão intimamente e prejudicialmente relacionadas com suas construções acerca do fenômeno jurídico e do contexto alemão em que viviam. Suas teorias gravitavam em torno da problemática da existência, ou não, de um ordenamento jurídico único. Se os parágrafos mais acima descreveram o desenvolvimento do direito internacional no continente europeu, precisamos, por ora, focar nossa atenção para a forma como tais discussões afetaram seu desenvolvimento na Alemanha do século XIX e início do século XX.

O ponto de partida teórico de ambos os publicistas germânicos do século XIX foi a analogia política hegeliana de que os Estados, como pessoas naturais, precisam criar um direito consensual para que saiam do estado de natureza em que se encontram.

O jurista que sintetizou a filosofia hegeliana no período foi Georg Jellinek, fundamentando-se na cientificidade positivista para explicar o direito internacional sem recorrer aos princípios do direito natural inerentes à concepção hegeliana. Jellinek desenvolveu um princípio objetivo para o direito internacional, situando a vontade soberana como a base pela qual a validade do direito internacional deveria ser extraída. Dessa feita, a noção hegeliana da vontade estatal deveria ser reconciliada com a noção liberal de obrigação internacional vinculante oriunda de uma comunidade universal de Estados (BERNSTORFF, 2010, p. 27-28).

Para o positivismo de Jellinek, tendo em vista que o caráter jurídico das provisões normativas apenas poderia ser atestado por um ato verificável empiricamente (a promulgação de uma lei ou tratado), somente o Estado e sua vontade poderiam assumir, no plano internacional, o papel de fontes do direito. Para explicar a vinculação dos Estados a esse direito, o autor cria o conceito de auto-obrigação (*selbstverpflichtung*). De acordo com tal conceito, o que se caracteriza como direito não é a vontade em si do Estado, mas a vontade vinculante do Estado¹⁸. Isto porque a natureza vinculante do direito não estava situada em uma manifestação teórico-normativa exterior (atestada por uma instituição com monopólio da força coercitiva), mas na manifestação psicológica do sentir-se obrigado a algo. O direito internacional compreenderia, portanto, as normas que o Estado edita para limitar-se a si mesmo (BERNSTORFF, 2010, p. 30-31)¹⁹.

Da necessidade dos Estados estabelecerem relações entre si na comunidade internacional dos Estados, o reconhecimento dos tratados como limites objetivos à vontade individual dos Estados formaria a ponte criada por Jellinek para juntar a auto-obrigação da vontade soberana e a objetividade do direito internacional contestada por Austin (BERNSTORFF, 2010, p. 34). Ou seja, os tratados internacionais são caracterizados como normas jurídicas, porque a vontade de vincular-se, a auto-obrigação, decorre da comunidade dos Estados, e não das vontades estatais individuais de cumprirem normas no plano internacional.

As teses de Jellinek surtiram grande impacto no meio jurídico alemão, ao ponto de todas as teorias acerca do direito internacional do período anterior à Grande Guerra e da era

¹⁸ O ato da vontade é, tão somente, a base formal da obrigação; a base psicológica última da obrigação jurídica é a forma como a vontade do Estado compreende a si mesma como vinculante (BERNSTORFF, 2012, p. 669).

¹⁹ Como a teoria do direito de Jellinek estava deslocada da existência de uma autoridade dotada do monopólio do poder coercitivo, mas ligada a um construto humano intelectual, a validade do direito poderia ser focalizada na crença de sua validade entre aqueles que estão sujeitos à norma. Mais importante que a coerção institucionalizada, o principal para o direito seria garantir a observância da norma - a qualidade do direito é a mesma na ausência de aparatos coercitivos, desde que a validade psicológica das normas fosse garantida (JELLINEK, 1958, p. 274-275).

de Weimar dialogarem diretamente com ela. As teses de Kelsen e Triepel podem ser descritas como tentativas de superar ou complementar as de Jellinek.

O debate dicotômico que se aprofunda²⁰ no começo do século XX deve ser compreendido dentro das manifestações político-jurídico, intelectual e cultural da época: a discussão das relações entre Estado e soberania, a posição do indivíduo dentro da organização da comunidade política internacional e do reforço da democracia por meio de normas internacionais. O debate teve como pano de fundo teórico as teses de Jellinek e do ponto de vista político visavam responder aos riscos (ou não) para a democracia de um direito internacional baseado na soberania irrestrita dos Estados.

O monismo rejeitava os conceitos até então correntes (soberania e vontade dos Estados) na tentativa de reconstruir o direito internacional de maneira moderna, preocupado com a posição da liberdade individual no direito internacional e no reforço da democracia. A visão dualista partia de pressupostos conservadores, pois não intencionava um novo mundo, ou um novo direito internacional, na medida em que continuava a fundamentar suas posições teóricas na esteira da tradição hegeliana clássica de resumir o fenômeno jurídico entre as tensões do voluntarismo e da soberania (NIJMAN;NOLLKAEMPER, 2007, p. 06-07). O desenvolvimento e a escolha de uma das duas teorias estavam intimamente relacionados com suas capacidades de responderem aos urgentes problemas políticos alemães.

Após o fim da primeira guerra mundial, as fundações sociais do positivismo jurídico normativo e do formalismo europeu estavam abaladas, especialmente na Alemanha. A neutralidade política inerente à perspectiva positivista já havia permitido a legitimação de uma monarquia constitucional na Alemanha e poderia ser utilizada, agora na figura do monismo, para justificar a vexatória posição alemã no mundo pós Versalhes (CARTY, 1995, p. 1.235)²¹. A perspectiva política alemã influenciou, portanto, a recepção das teorias no seu local de criação, especialmente a do monismo kelseniano, recebida com mais entusiasmo na França e Itália, porquanto os políticos alemães temiam que a teoria do autor de Viena

²⁰ Ainda que o debate não tenha se iniciado em Weimar, nele se aprofunda.

²¹ O tratado de Versalhes estabeleceu, dentre outras consequências, as seguintes obrigações para a Alemanha: exclusão da Liga das Nações, delimitação de suas fronteiras territoriais, desmilitarização e pagamentos de quantias vultosas a outros países como forma de reparação. O artigo 231, popularmente conhecido como a cláusula da culpa pela guerra, fundamentou as obrigações alemãs de reparações. Stolleis (2004, p. 60-62) sustenta que a análise do direito internacional feita pelos autores alemães da época não era politicamente neutra, pois estava guiada pelo instinto patriótico de construir interpretações do direito internacional que fossem mais favoráveis à Alemanha.

dificultasse as discussões do destino da Alemanha no plano internacional com a diminuição do papel da soberania estatal (BERNSTORFF, 2010, p. 08-09)²².

O monismo de Kelsen, apesar da suposta pureza metodológica, não deixa de expor uma faceta política: a busca pelo cosmopolitismo e a defesa das instituições democráticas pela via da proeminência do direito internacional. Jochen von Bernstorff (2010, p. 01-04) sustenta que Kelsen, teórico do direito internacional, desenvolveu sua tese com base em dois objetivos conflitantes: 1) estabelecer um método não político para o campo do direito internacional e 2) promover um projeto político originado no período entre guerras de um mundo legalizado e institucionalizado visando a paz internacional²³. A construção da teoria jurídica foi feita como meio para reforçar sua visão política, ao criticar os construtos teóricos e doutrinários que seguiram na tradição voluntarista de Jellinek, como o dualismo de Triepel.

Após discorrer acerca das premissas políticas e filosóficas que subjazem a ambas, passaremos a adentrar, com um pouco mais de detalhes, nas suas prescrições, tal como formuladas por seus principais proponentes: Hans Kelsen (monismo) e Heinrich Triepel (dualismo)²⁴. Da análise das teorias, observaremos que as conclusões dos autores brasileiros pouco se assemelham às conclusões dos autores clássicos.

Em síntese, Kelsen (2006) considera que o direito se apresenta como um sistema de normas regulador da conduta humana. A unidade do sistema é constituída pelo fato de todas as normas terem o mesmo fundamento de validade (uma norma fundamental). As ordens jurídicas, ademais, são coativas. O ato coativo, enquanto sanção para um ato considerado

²² O alto grau de abstração da teoria foi responsável pela morna recepção das teses de Kelsen pelos teóricos alemães (BERNSTORFF, 2010, p. 73). Alexander Somek (2012, p. 344) concorda com a posição de que o monismo nunca foi uma teoria predominantemente aceita na Alemanha, caracterizada pelo autor como uma teoria divergente (*dissenting*). Não apenas sua abordagem do direito internacional foi vista com receio pelos autores e políticos alemães, mas sua teoria da Constituição e do Estado foi vista como pouco viável para solucionar os problemas da frágil institucionalização da democracia social na Alemanha weimariana, em contraposição às proposições de Carl Schmitt (CALDWELL, 1997, p. 119-175 e STOLLEIS, 2004, p. 158-159).

²³ Nijman e Nollkaemper (2007, p. 09) concordam que o monismo possuía uma faceta política, representada pela tentativa de Kelsen de restringir o poder do Estado e proteger a liberdade humana, por meio da eliminação da soberania estatal e da identificação do Estado com a ordem jurídica. Bobbio (1998, p. 362) é enfático ao afirmar, concordando com Kelsen, que o direito internacional possuía como objetivo garantir a paz e a única teoria capaz de concretizar o referido objetivo seria o monismo com primazia do direito internacional. Mónica García-Salmones (2013), por outro lado, enxerga no projeto positivista do direito internacional uma construção teórica que facilitava o desenvolvimento econômico entre Estados.

²⁴ Kelsen e Triepel debateram sobre o tema da relação entre o direito nacional e internacional por mais de trinta anos. A interação entre os autores iniciou-se em 1899, com a formulação do dualismo por Triepel em *Völkerrecht und Landesrecht* (Direito Internacional e o Direito Nacional). Kelsen responde com um esboço quase definitivo de seu monismo em 1920, na monografia *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (O problema da soberania e a Teoria do Direito Internacional). Triepel apresenta réplica em artigo de 1923, oriundo de seu curso na academia de Haia, *Les rapports entre le droit interne et le droit international* (As relações entre o direito nacional e o direito internacional). Por fim, Kelsen apresenta sua tréplica na primeira edição de *Reine Rechtslehre* (teoria pura do direito). Escolhemos desenvolver, separadamente, a teoria dos autores de acordo com suas formulações completas, e não, necessariamente, seguindo a cronologia do debate.

ilícito, além de critério decisivo para a caracterização do que seria direito, deve ser socialmente organizado e atribuível à comunidade jurídica (monopólio estatal da coerção). As normas são consideradas jurídicas quando às interpretamos como normas objetivamente válidas²⁵. E a validade das normas jurídicas será confirmada quando o direito for considerado como globalmente eficaz²⁶.

Tendo em vista que uma norma vigente prescreve o que «deve ser», sua fundamentação apenas pode ser um ato da ordem do «dever ser», ou seja, outra norma (não se extrai o que «deve ser» do que «é»). Uma norma apenas pode ser editada por quem tem competência para tanto, e a competência apenas pode apoiar-se em outra norma que confira poder para fixar normas e assim por diante²⁷. A corrente de fundamentação normativa finda em uma norma que se pressupõe como a última e mais elevada - é pressuposta, pois não pode ser posta por uma autoridade competente e não pode ser questionada. A norma hipotética fundamental²⁸ determina a validade objetiva e não o conteúdo de toda ordem normativa.

A consequência de tal construção é a estrutura escalonada hierarquizada do ordenamento jurídico positivo (uma norma inferior extrai a fundamentação de sua validade de outra imediatamente superior), que culmina na Constituição. Enquanto pressupusermos que as leis foram estabelecidas de forma válida pela Constituição e a última for considerada como norma que confere eficácia global ao ordenamento jurídico, a norma hipotética fundamental prescreverá algo do tipo: “devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve”.

Para Kelsen (2000), portanto, para que os direitos internacional e interno sejam considerados como um ordenamento jurídico único, o primeiro deve ser, necessariamente, considerado como direito (direito internacional e interno não formariam um único sistema jurídico se o primeiro fosse considerado um ordenamento moral), fundamentar o último e uma

²⁵ O direito para Kelsen não deixa de ser um esquema interpretativo, porquanto representa o ato de atribuição de significado normativo a certos atos ou eventos sociais. Mas tais atos apenas poderão ser considerados como jurídicos se cumprirem requisitos específicos, ou seja, quando puderem ser reconduzidos até uma última norma que é interpretada como atribuidora da validade jurídica aos atos normativos.

²⁶ Como salienta Marmor (2011, p. 19-20), tal perspectiva condiciona a eficácia global a atitudes e avaliações de comportamentos sociais - todos os intérpretes do sistema devem segui-lo em sua conformidade.

²⁷ Por exemplo, em ordem crescente de fundamentação normativa: sentença judicial – ato administrativo – lei – Constituição.

²⁸ Quem pressupõe a norma é todo aquele que pensa os sentidos subjetivos e objetivos, e esta pressuposição é condição do pensamento, não da vontade. Ademais, a norma fundamental não empresta validade a qualquer ato, apenas aquele que tem um sentido subjetivo de que os indivíduos devem conduzir-se de uma determinada maneira (pois é norma).

única norma hipotética deve fundamentar tal ordenamento unificado. Por conseguinte, o primeiro passo do autor é demonstrar que as normas internacionais são jurídicas²⁹.

Como visto acima, a característica principal de um ordenamento jurídico é a determinação de normas dotadas de força coativa organizada. Portanto, as normas internacionais apenas serão direito caso o ato coercitivo de um Estado for permitido como reação a um delito e tal delito, por sua vez, tem de ser interpretado como uma reação da comunidade jurídica internacional organizada. Para tanto, Kelsen caracteriza os institutos da represália e da guerra justa (*bellum justum*) como sanções aptas a atribuírem força coativa às normas internacionais.

Estabelecido tal ponto, Kelsen precisa demonstrar que os ordenamentos estão unificados sob uma única norma hipotética fundamental.

Kelsen sugere que, quando observamos a edição de normas internacionais, seu alcance e validade não podem ser determinados, exclusivamente, por um Estado específico, o que significa que a delimitação da atividade normativa legislativa deve ter origem em uma ordem que compreenda as esferas de validade pessoal e territorial de todas as ordens jurídicas nacionais³⁰. Para Kelsen, a ordem jurídica internacional é significativa apenas como parte de uma ordem jurídica universal, que abrange as ordens nacionais, o que permite a coexistência entre elas. O direito internacional restringe a esfera material da validade das ordens jurídicas nacionais sujeitando-as a certa regulamentação das suas próprias matérias que, do contrário, poderiam ter sido arbitrariamente regulamentadas³¹. Soberania e vontade do Estado não entram na discussão do monismo, pois o Estado é identificado com o direito. Ou seja, o Estado não tem uma vontade própria acima ou além do direito. Seus atos são jurídicos.

O autor afirma que várias normas pertencem à mesma ordem jurídica se todas derivarem sua validade da mesma norma fundamental. Por essa razão, se várias normas recebem toda a sua validade da mesma norma fundamental que as reconhece como subordens jurídicas efetivas, então, por definição, elas fazem parte do mesmo sistema.

²⁹ Rigaux (1998, p. 334) concorda que a forma jurídica das normas internacionais apenas poderia ser reconhecida por Kelsen caso cumprissem com os mesmos critérios preenchidos pelo Estado (que não se distinguiu do direito interno).

³⁰ O direito internacional, portanto, fundamentaria a criação do direito nacional e não o contrário. Para Kelsen (2002), não poderíamos relegar tais formulações apenas às Constituições nacionais, uma vez que existiriam tantos “direitos internacionais”, quanto existisse Constituições. Trata-se de uma crítica ao que Kelsen denomina de pluralismo.

³¹ Por exemplo, se um Estado ratificar um tratado multilateral acerca de assuntos tributários, os Estados envolvidos não poderão editar normas legislativas internas contrárias ao disposto no pacto internacional e nem poderão prescrever normas diferenciadas para cada um dos Estados envolvidos nas discussões internacionais que deram origem ao tratado.

Para Kelsen, se levarmos em consideração o direito internacional na vida do direito constitucional, aquele tem o condão de limitar a esfera material do ordenamento jurídico nacional. As referidas normas do direito internacional possuem fundamento de validade nos tratados. E estes, por sua vez, possuem validade porque são seguidos em função da norma geral que obriga os Estados a se conduzirem de acordo com os tratados, comumente conhecida como *pacta sunt servanda*³² - uma norma que surgiu do costume dos Estados ao longo do tempo e do desenvolvimento das relações internacionais. Portanto, a norma fundamental do direito internacional deve ser uma que aprova o costume como fator criador de normas jurídicas e que poderia ser formulada da seguinte maneira: “os Estados devem conduzir-se nas suas relações mútuas em harmonia com um dado costume dos Estados”³³. Tendo em vista que o direito consuetudinário gestou a noção *pacta sunt servanda* como o primeiro passo, o passo seguinte será a criação de tratados internacionais que limitam a abrangência normativa dos Estados. Por fim, tais normas serão garantidas por atos coercitivos (guerra e represálias).

Após afirmar a natureza jurídica do direito internacional, Kelsen afirma que os conflitos entre as ordens são regulamentados pelo direito positivo, que pode, inclusive, prever que os órgãos nacionais sempre deem prevalência ao direito nacional. Tais conflitos seriam de ordem lógica, tal qual a inconstitucionalidade de uma lei infraconstitucional. No primeiro caso, a norma nacional não será considerada como inválida até ser revogada pelos meios normais de criação normativa; tendo em vista, contudo, que um tratado não pode interferir na revogação de uma norma nacional, a questão deve ser resolvida pela aplicação de sanções. Ou seja, a possibilidade de contradições não é algo que arruinaria o sistema, mas seria algo pressuposto por ele.

Em suma, o monismo kelseniano está ligado à ideia de que o Direito internacional e o direito interno fazem parte de um todo, na medida em que a norma hipotética fundamental dos

³² A estruturação do direito internacional como ordem jurídica superior está baseada no que Kelsen denomina de princípio da eficácia, que seria o reconhecimento, por parte da comunidade internacional, da produção jurídica de regimes estatais que exercem em tempo prudencial o controle coativo de certo território. Como explica Carlos Nino (2010, p. 167), a norma expressa pelo princípio da eficácia cumpre a mesma função da norma fundamental dos direitos nacionais, pois seria capaz de atribuir competência para que órgãos constitucionais editem normas sem estarem autorizados por uma norma positiva anterior do sistema nacional. Algo que explicaria as alterações constitucionais internas (revoluções etc.), sem o rompimento das obrigações internacionais.

³³ Afirmar que a normatividade do direito internacional surge de uma prática que envolve a vontade dos Estados (princípio do *pacta sunt servanda*) poderia colocar a teoria de Kelsen em risco por resgatar um preceito que criticara na formulação de Jellinek, no entanto, como observa Jochen von Bernstorff (2010, p. 67) a validade formal em Kelsen não é afetada pelo processo factual de criação do direito internacional. Para Kelsen, a indiferenciação entre a base na qual o direito internacional era criado e a base de sua validade era a causa dos construtos logicamente inconsistentes da auto-obrigação de Jellinek. Dito em outras palavras, o problema não era o direito internacional ser criado pela vontade comum, mas extrair sua validade da vontade de auto obrigar-se.

países que encetam relações de direito internacional público será esboçada, de maneira crua, da seguinte maneira: “que os Estados se regulem por seus costumes”. E, para Kelsen, o costume prevalecente é do *pacta sunt servanda* (tratados são firmados na crença de sua observância de boa-fé pelos pactuantes). A violação de uma norma internacional por conta de procedimentos constitucionais não pode ser revista pelo direito internacional, uma vez que inexistente norma capaz de revogar a Constituição do país ou obrigar o país a revogar uma lei violadora do direito internacional (critério formal de validade do direito e identidade entre Direito/Estado), nesses casos, são cabíveis as sanções internacionais (represálias e guerra justa). Portanto, não são as formas de incorporação do ato que distinguem monismo e dualismo em Kelsen, mas a compreensão teórica de que apenas podemos falar de um direito internacional efetivo se pressupusermos que este valida as normas jurídicas nacionais em um único ordenamento, uma vez que o direito internacional determinaria, enquanto ordenamento superior, a norma fundamental permissiva das relações entre os Estados³⁴.

Nem mesmo a unidade do sistema jurídico pressupõe que o critério hierárquico seja um possível meio para solução de conflitos normativos, pois a principal preocupação de Kelsen não é com o conteúdo das normas, mas com sua forma de criação.

Triepel (1920, p. 19-23), por sua vez, calca sua teoria nas distinções do objeto das relações (*rappports régis*) e de fontes (*sources*) existentes entre direito internacional e nacional. Para o jurista alemão, o âmbito das matérias de cada ordem é exclusivo; portanto, a diferença entre os direitos está no conteúdo das relações estabelecidas³⁵. O direito internacional estabeleceria uma relação de coordenação entre Estados (a Constituição não pode criar regras de coordenação entre Estados soberanos) e não entre indivíduos, os quais não possuiriam direitos na esfera internacional. Portanto, no que diz respeito às matérias, não há conflitos (*concurrence*) entre as ordens jurídicas³⁶.

³⁴ Kelsen compreende o dualismo como uma relação entre direito e moral, porque direito internacional e nacional não podem ser tidos como sistemas jurídicos diferentes e mutuamente independentes se as normas de ambos os sistemas forem consideradas válidas para o mesmo espaço e tempo (KELSEN, 2000, p. 516). Ou seja, o monismo não se identifica pela ausência de procedimentos formais de incorporação de um tratado além da assinatura, mas pela suposição de que os ordenamentos jurídicos operam pelos mesmos critérios de validade. Se o dualismo sustenta a existência de dois ordenamentos diferenciados separados e independentes, um dos ordenamentos não será jurídico, porquanto a ele se atribui um critério de validade diferenciado. Daí porque Kelsen considera que o direito internacional, para o dualismo, seria um ordenamento normativo moral e não jurídico. Alexander Somek (2001, p. 424-425) reforça o argumento – o monismo é fruto de uma afirmação teórica acerca da defesa de um único e possível critério de validade para o que se considera como fenômeno jurídico. No mesmo sentido, para Jochen von Bernstorff (2010, p. 80) a unidade dos ordenamentos jurídicos seria uma premissa epistemológica apta a dispor todo o material normativo jurídico em um contexto interpretativo lógico.

³⁵ Ponto contestado por Kelsen, que defendia que o direito internacional poderia regular matérias constitucionais.

³⁶ Os exemplos utilizados pelo autor limitam-se a questões comerciais e tributárias.

As regras jurídicas, para o autor, são caracterizadas pelo conteúdo de uma vontade que intenciona limitar a vontade humana de forma obrigatória, portanto, uma vontade superior à individual (TRIEPEL, 1920, p. 28-29). A fonte do direito seria a vontade de onde deriva a regra jurídica: no direito interno, a vontade superior é do Estado; no direito internacional, a vontade conjunta e comum dos Estados soberanos (TRIEPEL, 1966, p. 13-14)³⁷.

No direito interno, a vontade do Estado é explicitada pelas leis internas de forma unificada. No plano internacional, a fonte do direito internacional seria uma vontade comum, e não uma única vontade formada através da união das vontades unitárias (a vontade comum não é simplesmente agregativa). Tal união de vontades deve possuir força obrigatória – a vontade comum que surgirá por meio dos acordos geradores do direito entre os Estados (TRIEPEL, 1966, p. 30-35)³⁸. Uma união de vontades, não como, necessariamente, um contrato em que são agregadas vontades opostas, mas como uma vontade concorrente de criar uma regra permanente (*Vereinbarung*)³⁹. Ou seja, os Estados soberanos criam direito quando demonstram uma vontade concorrente de se submeter a regras obrigatórias, que limitam as vontades inferiores expressas pelos Estados considerados individualmente.

O direito internacional, portanto, como ordem normativa diferenciada pela fonte e conteúdo, não pode substituir a possibilidade de formação da vontade individual do Estado nacional, que, para aplicar o direito internacional, precisaria transformá-lo em fonte interna. Dessa forma, não seria o tratado o meio direto de criação de obrigações jurídicas no plano nacional – o tratado obriga o Estado no plano internacional, de acordo com seu campo específico de incidência, mas quem autoriza sua aplicação no plano interno são as normas nacionais (geralmente, por uma ordem de execução).

A lei nacional, por conseguinte, dependerá de uma norma internacional anterior, mas o conteúdo delas não será o mesmo⁴⁰. Não seria uma recepção, mas reprodução modificada.

³⁷ A postulação de uma vontade superior comum é um refinamento da tese de que os Estados se obrigam para criar o direito internacional de Jellinek. Para Triepel a imposição jurídica não ocorre por conta da autolimitação unilateral da soberania, mas da vontade conjunta dos Estados (uma terceira vontade, portanto). Stefano Mannoni (2006, p. 602) expõe a fragilidade do argumento ao relegar a um fator psicológico (sentir-se vinculado), pré-jurídico, para garantir as obrigações jurídicas internacionais.

³⁸ Ou seja, Triepel prevê a criação de uma ordem objetiva sem negar o princípio subjetivo da vontade. Somente a vontade tida como superior às vontades individuais dos Estados seria capaz de criar um direito objetivo, contudo (BERNSTORFF, 2010, p. 39).

³⁹ Trata-se de noção baseada no direito civil alemão, que se traduziria por “convencões”. A construção de Triepel foi capaz de explicar importante aspecto do direito internacional: a diferença de conteúdo dos tratados (entre tratados negociais ou contratos e tratados normativos) era indiferente para a caracterização do direito internacional, pois em ambos os Estados empreendem conjuntamente suas vontades para a realização de norma objetiva que uniformize suas ações futuras (MANNONI, 2006, p. 601).

⁴⁰ Por exemplo, um tratado bilateral tributário estabelece a essência de determinado imposto de importação. No plano interno, além de uma ordem de execução ser necessária para que o tratado vincule os cidadãos, enquanto necessidade de validade nacional do tratado, as leis que decorrerão do tratado, como por exemplo, as que

Para Triepel (1966, p. 16-17), da publicação não decorre, necessariamente, a validade interna do tratado internacional, pois o ato continua sendo internacional (validade internacional). Nestas situações, o tratado seria obrigatório para o Estado soberano, mas não para os cidadãos, que estarão vinculados apenas à norma estatal, ainda que seja um simples decreto de publicação do tratado.

Com efeito, a separação entre ordenamentos possibilita a ocorrência de conflitos, pois, como visto acima, tendo em vista que a diferenciação entre os ordenamentos baseia-se no conteúdo e nas fontes, o mesmo conteúdo pode ser objeto de normas internacionais e nacionais, ainda que provenientes de fontes diferentes. Contudo, nesses casos, os juízes e os cidadãos não são obrigados a aplicar a norma internacional de forma direta, uma vez que se trata de uma questão governamental que não pode implicar na vinculação dos órgãos constituídos e dos cidadãos sem uma decisão constitutiva (não simplesmente declaratória) da autoridade política competente (TRIEPEL, 1966, p. 25-27).

Ainda que as Constituições dispõem que o tratado internacional deva ser considerado como direito interno ou que se torne obrigatório independentemente de outras formalidades, a separação entre ordenamentos é mantida por dois argumentos não excludentes e sucessivos: a) em ambos os casos são necessários atos formais de constituição da vontade interna (ratificação) e/ou b) quem determina a equiparação é a própria Constituição, ordem interna que representaria a vontade do Estado (TRIEPEL, 1966, p. 26).

Diante do exposto, algumas considerações acerca das teorias dos autores e de suas consequências precisam ser feitas.

O monismo e o dualismo são formulações do início do século XX preocupadas em responder aos questionamentos da teoria do direito internacional herdados do positivismo benthaniano e austriano dos séculos XVIII e XIX: nominalmente, a tensão entre a força normativa jurídica das normas internacionais e a natureza voluntária de sua concretização por parte de Estados soberanos. Do ponto de vista político, são teorias inseridas nos debates acerca do melhor projeto de direito internacional para a Alemanha do entreguerras: abordagens formais, que dispensavam o recurso à soberania, à vontade dos Estados, identificava Estado e direito e que estipulava a subordinação hierárquica do direito constitucional ao internacional (monismo) ou formulações que ressaltavam o papel da soberania na escolha do reconhecimento e inserção do direito internacional no ordenamento nacional, cujos tratados são formulados através de manifestações voluntárias (dualismo).

disponham sobre quais os agentes públicos estarão submetidos ao tratado e a forma de instrumentalização das obrigações internacionais serão estruturadas pelo direito nacional.

Em segundo lugar, os conceitos de direito defendidos pelos autores são determinantes para sua caracterização do direito internacional. Sem eles, suas caracterizações das relações entre ordenamentos jurídicos não faz sentido. Se Kelsen se ocupa da validade formal do direito internacional por meio de uma norma hipotética fundamental que engloba o plano internacional e interno em um só; Triepel separa os dois ordenamentos, principalmente, com base na diferença de vontades que perfazem ambos. A compra é casada. A opção de um modelo monista ou dualista depende da adoção, anterior, de uma determinada concepção do direito (formalista ou voluntarista).

Ademais, a problemática da necessária incorporação do direito internacional pelo direito constitucional é algo que ambas as teorias lidam de forma semelhante. Kelsen afirma que a forma de incorporação depende do direito interno, que pode prescrever um necessário ato de incorporação. Da mesma forma, Triepel sustenta que as ordens de execução são atos necessários para a aplicação interna de um regramento internacional (não necessariamente do tratado). Sua preocupação é com a adaptação de vontades, não com a forma (que *pode* ser legislativa, por exemplo). Portanto, do pressuposto da unidade de ordenamento não decorre, necessariamente, a desnecessidade de atos de incorporação pela visão monista; e, igualmente, da hipótese da separação dualista, não decorre a necessidade de uma adaptação decorrente de uma lei formal, bastante qualquer ato constitutivo (decreto de promulgação ou norma constitucional autorizativa).

As teses do ordenamento único, portanto, não acompanham, necessariamente, um modelo de incorporação. Dessa forma, além de uma leitura superficial do âmbito teórico da dicotomia, os autores nacionais confundem o referido âmbito com as abordagens descritivas do monismo e do dualismo, estas sim, focadas na diferença entre os processos de incorporação das normas internacionais, sem que, no entanto, discutam sobre a tese mais ampla acerca da unidade dos ordenamentos.

A reconstrução brasileira das teorias alemãs, ressaltando apenas alguns elementos de ordem prática (incorporação automática ou transformação legislativa) pode ser explicada, em parte⁴¹, pela confusão feita entre os dois focos de análise da dicotomia monismo/dualismo (técnico e descritivo).

Gordillo (2012, p. 189-190), Sloss (2009, p. 06), Alstine (2009, p. 565) e Jackson (1992, p. 313-314) diferenciam duas abordagens acerca da dicotomia. Uma teórica, aprofundada pelos autores germânicos (Triepel e Kelsen), acerca de uma tese específica: a

⁴¹ Dizemos “em parte”, porquanto há a contínua utilização, por parte dos autores brasileiros, das justificativas do ordenamento único para defender um modelo de internalização dos atos internacionais.

unidade ou não dos ordenamentos jurídicos (relação entre ordenamentos). E outra mais descritiva, acerca das formas com que um determinado Estado escolhe concretizar as obrigações internacionais (aplicando o tratado diretamente ou por meio de transformação ou implementação via lei interna). A forma como um Estado incorpora o tratado, como referimos anteriormente, não é o critério determinante para as teorias de Kelsen e Triepel. O que os autores brasileiros fazem, inadvertidamente, é confundir as abordagens teóricas e descritivas acerca da dicotomia monismo/dualismo.

Não bastasse a apropriação equivocada e confusa da dicotomia, a vertente teórica do monismo e do dualismo, em razão da especificidade filosófica e política de sua criação, é insuficiente para analisar as relações entre o direito constitucional e o direito internacional dos direitos humanos.

Quando de suas formulações, Kelsen e Triepel não poderiam ter levado em consideração na formulação de suas ideias a existência de organizações internacionais como a Organização Mundial de Comércio (OMC) e sua influência nas democracias e nas leis econômicas dos países que fazem parte da organização⁴²; não poderiam ter se debruçado sobre instituições de integração regional como a União Europeia (EU) e o Mercosul, que partem de uma lógica diversa do direito internacional público clássico, uma vez que buscam fins diversos de tratados multilaterais clássicos (integração econômica, tributária e, por vezes, comunitária) e, principalmente, não se ocuparam da proteção universal e regional de Direitos Humanos, esta última por meio de suas cortes, que alteram a posição do indivíduo no campo internacional e as relações de poder entre instituições internacionais e direito interno, porquanto cidadãos podem acessar planos alternativos às instituições constituídas para buscar reparações por violações de obrigações internacionais baseadas em tratados internacionais de Direitos Humanos.

A contextualização do desenvolvimento das relações internacionais impactaria o conceito de direito desenvolvido pelos autores. Especialmente, como no caso mais caro para nós, nas questões relacionadas aos Direitos Humanos. Ademais, como ressaltado acima, as

⁴² McGinnis e Movsesian (2000) discutem a possível influência maléfica das decisões da OMC nas economias dos Estados, ao ponto daquelas intervirem no desenvolvimento da democracia representativa, pois decisões da OMC estariam na contramão de decisões políticas de bem estar adotadas por representantes eleitos democraticamente: em regulamentações trabalhistas, ambientais e da saúde. Os autores discordam das críticas de intervenção ilegítima da OMC, ao sugerir que suas decisões são importantes veículos para a proteção de decisões constitucionais majoritárias, ao derrubar medidas protecionistas de pequenos grupos de interesse. Os autores enxergam nessas ações correlações com o federalismo constitucional americano (distribuição territorial do poder capaz de limitar o poder de grupos de interesses). Concluem que as ações da OMC, pela via da atuação federalista, reforçaria a democracia representativa. Para uma análise acerca da interação entre a OMC, leis ambientais, integração regional e normas constitucionais brasileiras que vão além do reducionismo dicotômico do monismo e do dualismo, cf. os debates na ADPF 101.

teorias acerca do direito internacional do começo do século XX são sensíveis às perspectivas políticas e sociais do período em que foram formuladas; ausentes tais perspectivas, teremos hoje aplicações desconectadas das suas origens contextuais. Como sustentam Nijman e Nollkaemper (2007, p. 10-11) nenhuma das duas teorias em suas formações tradicionais conseguem explicar de maneira satisfatória a diversidade interativa entre direito internacional e interno criada pelo processo de globalização⁴³.

Se adotarmos o monismo kelseniano, dificilmente poderemos apreender o direito internacional atual em sua inteireza, uma vez que as sanções pensadas pelo austríaco para atribuir o status jurídico às regras internacionais não servem como medidas suficientes para estruturar os dois ordenamentos em um único sistema, mas sim como medidas extremas à disposição restrita e discricionária dos Estados (HART, 1986). Hart (1986, p. 235-240) afirma que a analogia kelseniana do direito internacional como direito nacional acarreta inúmeros problemas, na medida em que pressupõe a estrutura do direito nacional como padrão único para a caracterização do fenômeno jurídico. Ademais, identificar guerras e represálias com as sanções institucionalizadas praticadas pelos Estados é enfraquecer por demais o argumento analógico, porquanto, atualmente, não se observam guerras justas ocorrendo no mundo e, ainda assim, as regras internacionais são pensadas e observadas como obrigatórias pelos seus destinatários, ainda que na ausência de um órgão central coativo⁴⁴.

A caracterização da responsabilidade internacional sob o viés monista dificilmente explicaria como normas regionais de direitos humanos podem ser consideradas como jurídicas, na medida em que as sanções são dirigidas a um Estado específico por conta da violação de direitos de indivíduos ou de grupos (obrigações objetivas) atribuídos por um tratado multilateral (não universal), e não em relação a violações de obrigações de reciprocidade entre Estados. No mesmo sentido, as sanções praticadas estão longe daquelas elencadas por Kelsen. As sanções internacionais decorrentes dos regimes regionais de proteção dos direitos humanos vinculam, não apenas os Estados como blocos monolíticos,

⁴³ Francois Rigaux (1998), após extensa análise da teoria do direito internacional de Kelsen, afirma a inadequação das teses de Kelsen com a estrutura atual do direito internacional. Mónica García-Salmones (2013, p. 361-363) afirma que o projeto monista positivista de direito internacional (imprescindível para relações econômicas, ver nota 17) perdeu seu frescor em razão dos inúmeros desenvolvimentos internacionais posteriores (direitos humanos, globalização, direito da integração regional etc.), contudo, concede que nenhum outro projeto foi capaz de substituí-lo por completo.

⁴⁴ Além do mais, sustenta Hart (1986, p. 249), os tribunais internos detêm a capacidade de exercer jurisdição obrigatória para investigar a natureza do ato de autodefesa (especialmente no caso de guerras justas), a fim de averiguar e punir seu manejo ilegal - nenhum tribunal internacional possui jurisdição semelhante.

mas, igualmente, os órgãos estatais (FERDINANDUSSE, 2001, p. 101)⁴⁵. Isso significa que as sanções impostas pelos organismos internacionais de direitos humanos não são extremas como as guerras e as represálias, cuja execução apenas poderia ser autorizada pelo Poder Executivo (com autorização ou referendo do Legislativo), mas englobam, ao menos no caso do sistema interamericano de direitos humanos, a determinação de reparações por parte do Poder Legislativo (revogação de leis contrárias aos direitos humanos, adequação da legislação interna às normas convencionais etc.) e do Poder Judiciário (promoção de novos julgamentos no caso de violação de normas processuais convencionais, promoção de julgamento de indivíduos que participaram de violações em massa de direitos humanos etc.). A atuação do Poder Executivo, além do mais, não se limita à mera reparação pecuniária, mas se expande ao desenvolvimento de satisfações às vítimas de violações em massa de direitos humanos (nomes de ruas, monumentos⁴⁶ etc.) e à oferta de cursos de capacitação de agentes estatais.

Hart (2010, p. 359-361) sustenta que a pretensão validadora da norma fundamental internacional kelseniana não pode ocorrer de maneira automática, independente, portanto, do reconhecimento, pelos intérpretes, da norma como capaz de validar um ordenamento. O autor inglês oferece curioso exemplo: se o Parlamento britânico editar lei cujo conteúdo reconheça a validade e a eficácia das leis de outro país, o direito estrangeiro e o direito britânico apenas formariam um único sistema caso as cortes e demais órgãos que lidam com o direito naquele território reconhecessem as operações do legislador britânico. A unidade sistêmica não pode ser extraída da pretensão validadora das normas internacionais, caso as cortes e os demais órgãos aplicadores do direito no plano interno não a reconheçam como tal. Mais importante que o conteúdo das normas internacionais, é a forma de seu reconhecimento⁴⁷ pelos órgãos jurídicos nacionais (HART, 2010, p. 261).

⁴⁵ Por exemplo, o desenvolvimento do controle de convencionalidade elaborado pela CtIDH que determina a obrigação de o Judiciário nacional realizar a adequação das leis nacionais aos padrões convencionais presentes na jurisprudência da CtIDH. Para mais detalhes, ver seção 3.3.3.

⁴⁶ Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, § 218.

⁴⁷ Os últimos parágrafos anteriores acima descrevem e sintetizam o centro das principais críticas de Hart dirigidas aos aspectos do direito internacional da teoria do direito de Kelsen. A escolha de Hart justifica-se por ter sido o autor que reinterpreto o positivismo (reduziu o fenômeno jurídico à regras sociais) e o inseriu nas discussões interpretativas do direito, dando origem às duas vertentes contemporâneas do positivismo: o exclusivo e o inclusivo. A crítica de Hart (2010) a Kelsen é acrescida dos argumentos da complementariedade e do não conflito. De acordo com o primeiro, a discordância de Kelsen acerca da tese dualista das relações materiais distintas dos ordenamentos jurídicos não pode ser respondida pela ideia de que as normas do direito internacional complementam as normas do direito nacional, regendo matérias idênticas às constitucionais, ainda que de forma incompleta (sem demonstrar, por exemplo, por que meios e por meio de quem a obrigação internacional será concretizada) (KELSEN, 2000, p. 514-518). Para Hart, a relação de complementariedade entre as regras nacionais e internacionais não seria suficiente para demonstrar que pertencem ao mesmo e único sistema jurídico, pois relações de complementariedade podem ocorrer entre regras de diferentes sistemas (pressupondo que existam diferentes ordenamentos jurídicos), o que ocorre quando uma lei impõe obrigações

O monismo kelseniano, baseado no critério da unidade sistêmica pela derivação das normas de uma única norma fundamental, desemboca em uma estrutura hierárquica parasitária da localização da norma fundamental (se o monismo for de direito internacional, a norma fundamental única, ápice do sistema, subordina o direito nacional), ao passo que a sistemática das relações entre ordenamentos é de subordinação e não de coordenação⁴⁸.

Mireille Delmas-Marty (2004, p. 85-94) discorda da apresentação da paisagem de relações entre ordenamentos presentes na Europa atual como piramidal e hierárquica. Em detrimento de uma estrutura piramidal, a autora sugere, no plano europeu, que as hierarquias não desapareceram entre os diferentes ordenamentos (constitucionais, da União Europeia e do Conselho da Europa), que mantêm as reivindicações de última palavra sobre as normas que se aplicam em suas jurisdições. O entrelaçamento dos ordenamentos “interrompe”, portanto, a dinâmica linear da cadeia normativa típica da estrutura hierárquica do monismo de direito internacional kelseniano⁴⁹.

para empresas estrangeiras, cujas normas internas (regimentos) a serem produzidas podem ser tidas como complementares as da legislação nacional, mas, que, ainda assim, os órgãos que aplicam o direito de ambos os países não necessariamente reconhecem a produção de um ou outro como pertencentes a um único sistema (HART, 2010, p. 354-357). De acordo com o argumento do não conflito, o direito internacional e o direito interno, que formam um único ordenamento jurídico, não poderiam entrar em conflito. Duas regras jurídicas conflitantes dos sistemas diferentes, além de não poderem coexistir, não podem exigir conformidade conjunta sem que ocorra uma inconsistência lógica – uma delas não será verdadeira. Hebert Hart (2010, p. 366-376) considera que a conformidade conjunta exigida pela tese de Kelsen, representada pela contradição entre as declarações prescritivas de «dever ser» das regras (que podem ser representadas pela seguinte declaração: de acordo com o direito brasileiro, o voto é obrigatório para os maiores de 18 anos) do mesmo ou de sistema diverso, afeta o campo da possibilidade lógica de seu cumprimento (o tratado internacional permite A, e a lei interna proíbe A), mas, não necessariamente, implica na impossibilidade da coexistência válida das regras em sistemas diversos. Tendo em vista que a verdade das prescrições jurídicas normativas apenas pode ser aferida com base nas declarações descritivas de «dever ser» feitas pelo intérprete (os enunciados extraídos das normas jurídicas são descritivas, não devem ser confundidas com normas legislativas), a inconsistência lógica e a impossibilidade de coexistência das regras apenas podem ocorrer de maneira contextualizada em um sistema jurídico específico (de acordo com o direito brasileiro, A está vedado). Dificilmente a questão, transportada ao plano internacional, seria capaz de demonstrar de maneira descritiva que diferentes declarações de «dever ser» impliquem na declaração de que uma regra não seja verdadeira (o tratado X, permite A). Portanto, ainda que a questão não esteja relacionada de forma necessária à tese do ordenamento único, nada impede que as declarações descritivas de «dever ser» dos sistemas internacionais e internos não possam entrar em conflito – a conformidade conjunta será logicamente impossível, mas sua coexistência, não. A apresentação das críticas de Hart a Kelsen não foi aleatória, mas serve para demonstrar que a estruturação do direito internacional kelseniano não foi a única em seu tempo, tendo sido criticada por importantes interlocutores contemporâneos a ela. As críticas de Hart às teses kelsenianas não são desenvolvidas ou são simplesmente suprimidas pelos defensores do monismo no Brasil.

⁴⁸ A escolha metodológica entre o monismo internacional ou nacional foi uma saída teórica de Kelsen para tentar salvar suas ideias da exposição de uma maior inclinação política, no entanto, a defesa de um monismo nacional é, visivelmente, incompatível com as demais teses de sua teoria. Apenas a escolha do monismo internacional faz sentido em suas proposições e apenas o monismo internacional seria capaz de concretizar o projeto político kelseniano.

⁴⁹ O ato de aplicar o direito é, ao mesmo tempo, ato de criação do direito com base na norma imediatamente superior. Por ser linear, a cadeia de criação normativa é de mão única – as normas superiores fornecem o critério de validade para a criação das inferiores.

Para a autora, a declaração do efeito direto das normas comunitárias não significou abandono das hierarquias constitucionais nacionais, que concedem àquelas, no máximo, efeitos supralegislativos, mas não supraconstitucionais (em casos de conflitos, prevalece a Constituição). Por outro lado, os princípios comunitários foram recolhidos, tanto das tradições constitucionais dos países membros (como o princípio da proporcionalidade), como da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, a qual, por sua vez, concede aos países margem de apreciação na interpretação dos direitos convencionais – exemplos que inverteriam a hierarquia (o direito internacional dos direitos humanos e comunitário construído pelas cortes constitucionais). Aliás, apesar de o direito comunitário e a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) não formarem relações hierárquicas de subordinação, ambos compartilham de suas interpretações acerca dos direitos humanos e fundamentais por meio da citação mútua de seus precedentes (formando o que Delmas-Marty denominou de hierarquias alternativas).

As relações brevemente descritas no último parágrafo, já que não possuem o *design* piramidal, em decorrência da persistência de reivindicações de hierarquia, formariam hierarquias acavaladas, que, ao relacionarem-se entre si, assemelhar-se-iam a anéis com várias ramificações, em função do desejo dos diversos ordenamentos de manterem-se coordenados, acarretando diferentes e novas formas de criação do direito entre os ordenamentos (novas formas de continuidade da cadeia normativa).

Por sua vez, do ponto de vista da fundamentação voluntarista que pressupõe o dualismo de Triepel, não poderíamos explicar com conforto como tribunais internacionais de direitos humanos “criam” direitos não previstos nos seus tratados constitutivos por meio de interpretações evolutivas e como o Estado, mesmo não “concordando” com a decisão, submete os órgãos de seu Estado independentemente de uma incorporação formal da sentença condenatória pela via legislativa⁵⁰. O dualismo, dificilmente, explica a influência dos precedentes das cortes internacionais nas decisões das cortes constitucionais (atos internacionais que são aplicados independentemente de ordens de execução). De mais a mais, a pressuposição de que a vontade conjunta dos Estados é superior à sua vontade expressa

⁵⁰ Ronald Dworkin (2013) critica as teorias do direito internacional assentadas no consenso de Estados soberanos. Dworkin (2013, p. 04-19) argumenta que o paradigma acerca do consentimento como fonte de obrigações jurídicas do positivismo jurídico (no sentido doutrinário do conteúdo que pode ser extraído das obrigações jurídicas, e não simplesmente descritivo ou analítico) não é suficiente para explicar toda a complexidade da legitimidade política das normas internacionais. O autor propõe que uma teoria apta a explicar o direito internacional deveria incluir debates sobre a moralidade política de obrigações que os Estados devem cumprir para ampliar sua legitimidade política, seja nas obrigações associativas que compartilha com seus cidadãos, seja para com as obrigações assumidas com outros Estados. Tais obrigações comporiam um corpo de princípios que ganharia força de acordo com sua constante aplicação e desenvolvimento, o princípio da proeminência (*salience*).

individualmente carece de bases teóricas mais consistentes, além de ser indemonstrável empiricamente (MANNONI, 2006, p. 603).

Em conclusão, enquanto teorias abrangentes, o monismo e o dualismo são insatisfatórios, na medida em que não conseguem dar conta dos problemas que surgem hoje em dia nas questões internacionais e nacionais, bem como sobre suas relações. Seguindo o afirmado por Bogdandy (2008, p. 399-400), devem ser completamente abandonadas.

Não se trata de relegar, porém, o embate monismo/dualismo a um conflito meramente acadêmico e desprovido de consequências práticas, pois estas são sentidas nas manifestações dos tribunais internos⁵¹. O descompasso entre as teorias e os desenvolvimentos políticos, sociais e jurídicos não demonstram que teorias são desnecessárias para solucionar a presente questão - o reducionismo pragmático encobre uma inconveniente conclusão: não devemos abandonar as teorias em geral, mas sim as teorias que não são úteis para analisar e nos oferecer as respostas que precisamos.

Demonstrados os limites teóricos do monismo e do dualismo, considerados como posturas teóricas genéricas sobre a existência (ou não) de um ordenamento único, passaremos a analisar a forma com que os autores brasileiros as reconstruíram em teorias constitucionais, a fim de nos certificarmos de que, além de defasadas do ponto de vista mais abrangente, o dualismo e o monismo também não são exemplos de teorias constitucionais bem sucedidas.

1.2 – MONISMO E DUALISMO COMO TEORIAS CONSTITUCIONAIS: *trying to fit square pegs into round holes.*

Discutir a possibilidade de abandonar as teorias clássicas no contexto constitucional brasileiro é mais eficiente do que simplesmente afirmar o ponto de maneira genérica. Neste momento, diferentemente da seção acima, o dualismo e o monismo serão abordados a partir

⁵¹ Como exemplo, poderíamos citar a decisão do STF na CR 8.279. Celso de Mello, denominando o sistema brasileiro de dualista moderado, estipulou que as regras do direito internacional público são destinadas à soberania estatal e somente poderão ser aplicadas ao particular mediante intermédio do Estado. Exigência constitucional que se estenderia aos pactos comunitários ou de integração, pois atrairiam os clássicos mecanismos de recepção dos tratados, conclusão inalterada pela previsão do art. 4º, parágrafo único da CF/88 que teria natureza programática (*A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações*). Conclui o ministro que, embora desejada, a integração comunitária, não poderia ser interpretada sobre preceitos não expressos constitucionalmente, revestindo-as de eficácia direta e aplicabilidade imediata, menoscabando o mecanismo tradicional de incorporação. Caso adotasse interpretações mais consentâneas do direito internacional, o ministro poderia chegar à conclusão de que a Constituição poderia atribuir efeitos diferenciados para tratados comunitários. Para uma crítica da posição do STF, cf. Ventura (2003).

das descrições feitas pelos autores nacionais que avaliaram o tema à luz da Constituição de 1988⁵².

Por que a análise a partir dos autores nacionais e não com base nos autores que desenvolveram as teorias, tal como realizado na seção anterior? Explico.

Triepel e Kelsen não desenvolveram seu pensamento com base no texto e na prática constitucional brasileira. Tão arbitrário e tautológico quanto afirmar que a compreensão do art. 1º, IV da Constituição de 1988 deve estar baseada e limitada a Kant, seria afirmar que nossa Constituição é monista porque Kelsen defende tal perspectiva teórica e o jurista brasileiro que defende tal posicionamento prefere, ideologicamente, Kelsen a Triepel. Isto não quer dizer que Kant e Kelsen não sejam importantes para compreender a dignidade humana e as relações entre direito interno e internacional, queremos apenas reforçar que a abordagem desses autores não pode ser o ponto de partida para a análise do texto constitucional, que não indica, *a priori*, nenhuma resposta acerca dos temas citados.

O significado das normas constitucionais deve ser construído interpretativamente. Portanto, as relações entre direito nacional e internacional não podem limitar-se a reproduzir, de forma descontextualizada, as teorias dos alemães, como se suas teorias pudessem ser manipuladas a ponto de se encaixarem em qualquer realidade constitucional. O ponto de partida deve seguir o caminho inverso: devemos analisar de que forma os intérpretes compreendem o texto constitucional brasileiro para verificar o poder descritivo e analítico dos modelos teóricos clássicos. Dessa forma, após a referida empreitada, a tomada de uma posição monista ou dualista deve ser seguida de justificativas. Dito em outras palavras, juristas que pensam os problemas do direito brasileiro e que caracterizam o Brasil como um

⁵² Gustavo Binbenjy (2000) apresenta uma perspectiva semelhante, mas não idêntica – o autor intenciona compreender a maneira pela qual os teóricos brasileiros se apropriaram dos conceitos “monismo” e “dualismo”. Todavia, sua conclusão é a de que, tendo em vista que as teorias apresentam critérios diferenciados para solução dos conflitos normativos, ambas podem ser acolhidas simultaneamente. Do ponto de vista da incorporação e dos mecanismos de internalização dos tratados, por exemplo, o Brasil seria dualista moderado, pois não exige lei específica reproduzindo o tratado por completo, mas o decreto executivo se perfaz como fonte normativa interna autônoma. Por outro lado, do ponto de vista da admissibilidade dos conflitos e seus critérios de solução, o país seria monista moderado, uma vez que o tratado é a fonte normativa operando no ordenamento jurídico (BINENBOJY, 2000, p.194-195). Portanto, o autor afirma que as teorias ainda podem servir de ideal regulativo das relações entre ordenamentos jurídicos internos e internacionais. Ponto que discordamos, uma vez que, além de reproduzir a malfadada tentativa de retenção das teorias clássicas pela utilização das adjetivações vazias, a separação entre critérios dualistas e monistas apenas faria sentido se o autor estivesse, necessariamente, tratando de ambas as teorias. Em verdade, Binbenjy lança mão de arquétipos construídos pelos autores brasileiros que os nomearam baseados no que acreditam serem as consequências práticas de teorias formuladas na Alemanha weimariana. Por fim, os critérios apresentados pelo autor ainda continuam insatisfatórios e incompletos para explicar a complexa interação entre direito constitucional e internacional. Concordamos, ademais, com Estêvão Couto (2003, p. 57-58) quando sustenta que as teorias clássicas são inconciliáveis, que suas hipóteses são mutualmente excludentes e que não comportam gradações em suas premissas.

país monista ou dualista devem justificar sua interpretação com base em razões relacionadas às práticas, às normas e à teoria constitucional brasileira.

A ausência de justificativas redundaria em uma escolha arbitrária baseada apenas no peso da autoridade invocada. Por exemplo, se determinado autor descreve o monismo kelseniano e afirma que o Brasil é monista, sem levar em consideração a prática constitucional, sua escolha se justifica em si mesma e não na Constituição.

No entanto, é válido frisar, mesmo quando não são apontadas razões suficientes para justificar a aplicação de uma determinada teoria para compreender o texto constitucional, isto não quer dizer que estas estejam ausentes na argumentação subjacente do autor. No entanto, nessas hipóteses, quando efetuamos uma reconstrução interpretativa da teoria escolhida, encontraremos razões que não darão conta de descrever e/ou analisar o texto constitucional da melhor maneira. Como exporemos a seguir, os autores nacionais defensores do monismo intencionam assegurar a efetividade do direito internacional e sua prevalência em face das normas infraconstitucionais e lançam mão de tal argumento como razão justificadora constitucional. Com base nestas assertivas, observaremos que o descompasso entre, de um lado, teorias clássicas que não acompanharam o desenvolvimento do direito internacional e razões que não podem ser consideradas como as melhores interpretações do texto constitucional para a escolha de uma delas, e, do outro, práticas e interpretações constitucionais que não se ajustam a ambas, explicam o artifício utilizado pelos autores nacionais de diluir os conceitos clássicos em adjetivações de pouca ou nenhuma utilidade analítica.

Retomemos à questão principal: qual a teoria que explica as interações entre o direito internacional e a Constituição brasileira? A resposta à pergunta não está no próprio texto constitucional. Além da inexistência de prescrições hipotéticas do tipo “a lei infraconstitucional prevalecerá sobre o tratado” ou “o tratado internacional revoga leis infraconstitucionais editadas anteriormente”, precisaríamos de uma teoria anterior que demonstrasse que o texto constitucional é a única ou principal fonte de legitimidade para a interpretação constitucional e de que forma este texto deve ser interpretado. Com base nas duas prescrições hipotéticas formuladas, as teorias que, por ora, denominaremos de monismo e dualismo constitucionais, teriam de explicar se os termos constitucionais deveriam ser considerados com base na intenção dos constituintes ou com base no sentido corrente dos termos. E, em seguida, deveriam explicar o que são intenções originárias ou quais critérios apreendem sentidos correntes das palavras.

Ou seja, ainda que óbvio, o exemplo demonstra que o desenvolvimento de uma teoria necessita de prescrições normativas que não encontram assento no próprio texto constitucional. Contudo, além de prescrições normativas, as teorias constitucionais precisam passar por um importante e rigoroso teste de ajuste – devem estar aptas a descrever práticas, eventos e interpretações constitucionais, sob pena de distanciarem-se do que os juristas⁵³ consideram como constitucional⁵⁴. Reprovar no teste do ajuste redundaria na inutilidade das prescrições normativas, uma vez que elas não serão capazes de fazer cumprir o principal papel de uma teoria que se propõe compreender a Constituição: oferecer respostas acerca da natureza da Constituição brasileira e de como os juízes e demais atores políticos e sociais devem interpretá-la e aplicá-la⁵⁵.

Prescrições são importantes (são os pilares de uma teoria) e precisam ajustar-se ao texto e às práticas constitucionais, caso contrário, trabalharíamos com uma teoria tão idealizada e desconectada da realidade constitucional, que não ofereceria base segura para o intérprete resolver delicados problemas interpretativos. Nesse sentido, temos a seguinte relação: as prescrições normativas precisam ajustar-se ao texto e à prática constitucional para que uma teoria possa ser considerada como constitucional⁵⁶. Uma questão, porém, surge a partir da leitura dos últimos parágrafos e que ainda não foi respondida – quais são os critérios utilizados para avaliar a aprovação ou reprovação de uma teoria no teste de ajuste (prescrições precisam apresentar fundamentos que justifiquem as práticas constitucionais)?

Fallon Jr. (1999, p. 548-550) sugere que a resposta esteja na forma com que os autores que desenvolvem teorias constitucionais apresentam as melhores formas de relação e conteúdo de três critérios valorativos compartilhados e subjacentes a toda teoria constitucional: 1) devem garantir o Estado de Direito (*rule of law*); 2) promover a democracia

⁵³ Na categoria *juristas* incluímos acadêmicos e os comumente denominados operadores do direito (advogados, juízes, promotores, procuradores etc.).

⁵⁴ De forma extrema, uma teoria que intenciona explicar as relações internacionais na Constituição não poderia afirmar que o direito internacional nunca é importante para a interpretação do direito constitucional brasileiro, por exemplo.

⁵⁵ Fallon Jr. (1999, p. 538). A teoria constitucional é mais bem entendida como um exercício de justificação. Justificação de um conjunto de prescrições sobre como algum problema constitucional deve ser resolvido. A teoria constitucional justifica suas prescrições sobre temas polêmicos, buscando base nos acordos que existem dentro da cultura jurídica e tentando estender os princípios acordados para decidir os casos ou questões em que há divergência. Dessa forma, a teoria constitucional precisa reconstruir os pontos considerados como reconhecidos pela prática, mas deve, igualmente, prescrever meios para solução de casos constitucionais, se não, a teoria constitucional careceria de utilidade (STRAUSS, 1999, p. 582-584).

⁵⁶ Como Fallon Jr. (1999, p. 539) afirma que, caso não houvesse ajuste entre prescrição e descrição, a teoria constitucional perderia seu aspecto jurídico e desaguaria em uma filosofia política.

política e 3) estabelecer valores substantivos ao respeitar um conjunto de direitos fundamentais⁵⁷.

Os três critérios/valores acima identificados devem ser interpretados para demonstrar a forma pela qual as prescrições teóricas se relacionam com a descrição constitucional. Enquanto interpretação da Constituição, os critérios se apresentam como justificativas para a construção de uma teoria constitucional bem sucedida. Ou seja, podemos criticar uma teoria constitucional com base nas interpretações que realiza de cada um dos critérios acima apresentados (perfazem o teste do ajuste).

Retomando as discussões iniciais, as teorias constitucionais brasileiras (consideradas como tal)⁵⁸ expostas a seguir apresentam suas prescrições baseadas no que apreendem da defasada discussão monismo/dualismo; as descrições são feitas com base no texto e práticas constitucionais e, por fim, o teste do ajuste será apresentado na forma da interpretação dos três critérios/valores acima descritos. Dessa forma, o sucesso ou fracasso da teoria poderá ser avaliado com base no argumento apresentado pelos autores nacionais para a relação entre os três critérios.

A seguir, serão expostas as prescrições que as teorias monistas e dualistas brasileiras desenvolvem, mas que concluímos serem simplificações arquetípicas da confusão entre as abordagens teóricas e descritivas da dicotomia.

De acordo com os autores nacionais⁵⁹, o *dualismo* possuiria as seguintes características: 1) cisão rigorosa entre as ordens jurídicas nacionais e internacionais; 2)

⁵⁷ Fallon Jr. (1999) desenvolve os critérios avaliativos como questionamentos de segunda ordem definidos de acordo com a análise feita de importantes teorias constitucionais elaboradas no contexto norte-americano (John Hart Ely, Ronald Dworkin e Bruce Ackerman). De acordo com Fallon Jr, os autores que desenvolvem teorias constitucionais concordariam com os conceitos (Estado de Direito, Direitos Fundamentais e Democracia), mas discordariam sobre o que eles significariam.

⁵⁸ Além de os autores reconhecerem a solução da questão com base em perspectivas teóricas, e não como soluções casuísticas de casos específicos, a problemática das relações entre direitos constitucionais fundamentais e direitos internacionais de direitos humanos envolve, inevitavelmente, importantes questões acerca da natureza da Constituição e da democracia. Portanto, ainda que não desenvolvam todos os critérios de maneira minuciosa, as concepções acerca de cada uma delas podem ser inferidas das suas construções teóricas.

⁵⁹ As características foram compiladas com base nos seguintes autores: Mirtô Fraga (1998), Mariângela Ariosi (2000), Patrícia Henriques Ribeiro (2001), George Rodrigo Bandeira Galindo (2002), Bruno Pereira (2006), Hee Moon Jo (2004), Celso A. Mello (2004), Roberto Silva (2005), Luís Roberto Barroso (2006), Valério Mazzuoli (2011a). Identificamos apenas dois autores que tentam elaborar posições que se distanciam da tradicional abordagem dos autores nacionais. Yamamoto (2000, p. 239), de um lado, tenta se desvencilhar da dicotomia monismo e dualismo, contextualizando as teorias clássicas com a abordagem sistemática do cientista político David Easton, por meio dela, sugere que ambas não seriam posições teóricas a serem acolhidas de maneira estanque e definitiva, posto depender da dinamicidade dos contextos políticos e jurídicos dos sistemas analisados. Portanto, um país não *seria* monista ou dualista, mas *estaria* monista ou dualista. Além de confusa, a tese do autor persiste na noção de hierarquia entre fontes normativas de direito internacional e interno e ressuscita, como principal fator para a estipulação das hierarquias, a distinção entre tratado-lei e tratado-contrato. Por outro lado, como a exceção que comprova a regra, Estêvão Couto (2003) sustentou a obsolescência do que denominou de teorias do direito internacional clássico (monismo e dualismo) para explicar a relação entre o

independência de ordenamentos, porquanto uma ordem jurídica não determina a validade das normas da outra; 3) os ordenamentos formam dois círculos em contato íntimo, mas não sobrepostos; 4) as normas regulam relações sociais diferenciadas e emanam de fontes diversas; 5) para a concepção dualista não podem ocorrer conflitos entre as normas internacionais e nacionais, portanto, não se aplicam métodos de solução de conflitos normativos, pois sempre deve ser aplicada a norma interna em detrimento da internacional e 6) tendo em vista que não se relacionam ou conflitam, para a norma internacional ser aplicada no plano nacional deve ser transformada em direito nacional.

O *monismo*, por sua vez, se caracterizaria por: 1) todas as normas jurídicas estarem subordinadas entre si, dispostas hierarquicamente; 2) os ordenamentos jurídicos não serem autônomos; 3) não ser necessária a transformação do ato internacional em normas internas e 4) inexistir conflito entre normas porque o ordenamento é unificado e unitário, portanto, sempre prevaleceria a norma superior hierarquicamente.

Os autores atestam, ademais, existir duas subdivisões do projeto monista: a) *monismo com primazia do direito interno*, que se caracteriza da seguinte maneira: i) por conta da ausência de uma autoridade supra estatal que regule as interações entre os ordenamentos, competiria a cada Estado determinar livremente suas obrigações internacionais, conformando-as como juiz único de sua execução e ii) o direito internacional existe apenas em função dos Estados, apesar de importante e b) *monismo com primazia do direito internacional*: i) ordem jurídica interna deriva da ordem internacional que é suprema e ii) apesar da possibilidade de conflitos, a preponderância será do Direito Internacional.

Após a construção das prescrições normativas das teorias que julgam poder descrever e analisar o ordenamento brasileiro, os autores, ao final, encontram dificuldades, do ponto de vista descritivo, para enquadrar o Brasil em qualquer uma das duas (ou quatro) teorias. As características do ordenamento jurídico brasileiro que causam desconforto aos autores nacionais e não se enquadram nas teorias acima descritas serão dispostas a seguir e demonstrarão, com mais clareza, a forma com que os autores brasileiros inseriram as

direito interno e internacional. Ao propor a conjugação do direito internacional com as teorias das relações internacionais, concluiu que as relações entre os ordenamentos são complexas e não se encaixam na categorização estanque e excludente das teorias tradicionais, focadas em contextos políticos e sociais superados. Para Couto, as relações ocorrem com base em um *continuum* que denominou de índice de permeabilidade. Analisando os julgados em que o STF e STJ discutiram matérias de direito internacional, o autor observou que a posição dos tribunais acerca da interpretação da norma internacional variava de acordo com sua formação, o objeto de análise e o tempo, o que poria em xeque analisar a relação do direito brasileiro com o direito internacional sob a ótica monista ou dualista. Apesar do valioso diagnóstico, o autor não apresentou novos modelos para superar os clássicos.

consequências descritivas da incorporação como condições necessárias das teses acerca do ordenamento único.

1.2.1 inexigibilidade de transformação do tratado em lei nacional, sendo requerido Decreto Executivo para sua aplicabilidade no país (ordem de execução).

De acordo com os pressupostos do dualismo, tal qual reconstruído pelos autores nacionais, a independência das ordens jurídicas enseja a necessidade de transformação do tratado em direito interno. Tal incorporação teria de ser feita, via de regra, por uma lei que reproduzisse, na íntegra, o tratado internacional. Por sua vez, o monismo consagraria a simples ratificação para aplicação direta do tratado internacional no direito interno, pois o ordenamento seria unitário e o ordenamento internacional, superior hierarquicamente.

A Constituição, sustentam os autores nacionais, dispõe que os tratados é que são aplicados, diretamente, no ordenamento jurídico, porquanto as normas constitucionais citam de forma explícita as expressões “tratado”⁶⁰, “acordos”⁶¹ ou “convenções”⁶² quando visam dispor sobre atos internacionais que vigem no plano constitucional. Consideram que a citação expressa seria um indício de que as referidas espécies normativas seriam autônomas e aplicáveis por si mesmas.

A característica monista da Constituição seria demonstrada pela aplicação direta e imediata do tratado, sem a necessidade de sua conversão ou transformação legislativa. Contudo, o STF⁶³ considera que, a despeito da inexistência de um regramento expressamente positivado, a Constituição exigiria a edição de Decreto Executivo para fins de aplicação (promulgação, publicação e executoriedade) do tratado no ordenamento jurídico interno, não obstante o tratado ter sido ratificado pelo Presidente após referendo Congressional. A ratificação executiva não garante, por si só, a incorporação automática do tratado ao sistema normativo brasileiro.

A exigência do Decreto Presidencial para aplicação do tratado internacional seria uma característica do ordenamento constitucional que não se conformaria com o monismo descrito acima, uma vez que a ratificação presidencial não seria suficiente para a aplicação do tratado, ainda que, em tratados multilaterais, os outros Estados estejam observando o mesmo tratado em vigor no plano internacional. A ordem executiva seria uma característica dualista, ainda

⁶⁰ Cf. art.: 5º, § 2º e 3º; art. 49; art. 71, V; art. 84, VIII; art. 102, III, b; art. 105, III, a e art. 109, III, V e § 5º.

⁶¹ Art. 178 e 192, III.

⁶² Art. 5º, § 3º; art. 84, VIII e art. 109, V.

⁶³ MC na ADI 1.480 e CR 8.279.

que “moderada”, para os autores, pois não seria uma lei em sentido formal que reproduziria o total conteúdo do tratado, mas sua justificativa decorreria do processo legislativo de internalização do tratado (equiparação entre lei e tratado) (ARAÚJO, 2006, p. 144).

Concluímos linhas atrás que as teses sobre a unidade ou não dos ordenamentos de Triepel e Kelsen independem de uma necessária distinção entre efeito direto ou transformação do tratado, pois, para Kelsen, a transformação em lei de um tratado internacional em nada altera sua posição monista de superioridade hierárquica do ordenamento internacional e Triepel postulava que manifestações políticas podem indicar a aplicação do tratado diretamente, desde que espelhem a vontade formal governamental⁶⁴. Portanto, no plano teórico, o decreto de execução do presidente brasileiro não é capaz de marcar a diferença entre monismo e dualismo no plano da tese do ordenamento único.

A distinção entre monismo e dualismo calcada no campo da descrição (aplicação direta/transformação) não goza de sorte diferente da teórica exposta acima, na medida em que países tradicionalmente dualistas (no sentido descritivo), como Austrália, Canadá e Reino Unido, apresentam uma série de práticas legislativas que não se esgotam na edição de uma lei formal transformadora, são elas: a) *scheduling* (a lei editada apenas o texto do tratado e determina sua aplicação no direito interno); b) incorporação implícita (mesmo um tratado não transformado pode ter efeito no direito interno se o parlamento houver editado anteriormente leis que sejam consistentes e tratem da mesma questão substantiva) e c) delegação normativa (o legislativo delega aos órgãos executivos competentes que sua produção normativa seja compatível com o tratado) (ALSTINE, 2009, p. 569; SLOSS, 2009, p. 18)⁶⁵.

O *Scheduling* permite que as cortes apliquem o texto do tratado mediante autorização legislativa, ainda que a lei não tenha “traduzido” o tratado em um corpo legislativo. A incorporação implícita permite que o texto do tratado não transformado seja interpretado pelas cortes para, posteriormente, ser compreendido como compatível às leis já existentes. A delegação demonstra que órgãos do país, ainda que não os judiciais, aplicarão diretamente o tratado.

⁶⁴ Utilizando a Constituição norte-americana como exemplo, Triepel (1966, p. 26-27) afirma que a Constituição manifestaria a vontade de aplicar-se o tratado, que, por sua vez, apenas poderia vincular os cidadãos após manifestação formal do Presidente da República (proclamação formal após ratificação).

⁶⁵ Isto para ficarmos apenas na questão dos tratados implementados (por implementados, estamos a nos referir a quaisquer atos oficiais posteriores à ratificação necessários à incorporação final do tratado). Sloss (2009, p. 20-21) e Alstine (2009, p. 609-611), após analisarem relatórios de países ditos dualistas, surpreenderam-se com a influência dos tratados não implementados no país. O grau de permeabilidade dos países é variado, mas Austrália, Índia, e Reino Unido limitam a atividade administrativa por meio de tratados não implementados (ou seja, se o Executivo ratifica o tratado ainda não implementado, tal ato já será suficiente para que se conforme com as prescrições internacionais). Ademais, tratados não incorporados são aplicados através das regras do direito comum (*Common Law*), quando dispõem sobre questões semelhantes.

Do lado monista, a lógica da aplicação direta do tratado é mitigada por construções judiciais que podem ser representadas pela doutrina da auto-executoriedade (*self-executing*). Mesmo em países monistas (Polônia e EUA), o efeito direto dos tratados não é automático quando questões interpretativas e/ou relacionadas ao conteúdo das obrigações internacionais exigem a mediação de uma lei interna regulamentadora daquelas obrigações. Portanto, mesmo em países monistas, não são todos os tratados ou normas oriundas de tratados que possuem efeito direto (SLOSS, 2009, p. 12).

Portanto, o monismo descritivo não é uma carta branca para o efeito direto dos tratados internacionais. Não bastasse a insuficiência da utilização dicotômica, a exigência de manifestações legislativas posteriores nos países descritos como monistas muito se assemelha às manifestações para edição de leis ordinárias nos países ditos dualistas, reduzindo a diferença entre as abordagens descritivas.

Os exemplos estendem-se à prática brasileira. Lima Marques e Lixinski (2009, p. 164-167), demonstram que as cortes nacionais têm se recusado a aplicar tratados internacionais de direitos humanos⁶⁶ e econômicos⁶⁷ quando algumas de suas regras não sejam auto-executáveis, sob a argumentação de que os referidos tratados não geram obrigações diretamente concretizáveis. Portanto, mesmo em nosso país, nem todos os tratados internalizados pelo Decreto Executivo terão aplicação direta, sendo exigida lei em sentido formal.

1.2.2 os tratados internacionais estão sujeitos ao controle de constitucionalidade;

A perspectiva da relação entre ordenamentos jurídicos e a solução de possíveis conflitos atinge ponto sensível quando discutimos a constitucionalidade dos tratados internacionais à luz das teorias clássicas.

De acordo com o dualismo reinterpretado pela doutrina nacional, a questão dos conflitos diretos entre ordenamentos jurídicos não é um problema porque são ordens distintas e, após a incorporação por meio de leis internas, o conflito ocorreria apenas entre fontes internas. A inconstitucionalidade de um tratado (ou melhor, de uma lei que reproduz o tratado) seria possível, tendo em vista a paridade com outros atos normativos infraconstitucionais, porquanto qualquer um deles poderia ser declarado como violador da

⁶⁶ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível, 70017102161, 2006. O tratado em questão era o PIDESC.

⁶⁷ Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Remessa *Ex Officio* em Mandado de Segurança, 90.01.16972-4/BA, 1991. O tratado em questão era o de Montevidéu sobre integração econômica.

Constituição estatal. Para a visão monista com prevalência do direito internacional brasileiro, os tratados internacionais não poderiam ser considerados inconstitucionais com base na Constituição, uma vez que estão dispostos acima daquela hierarquicamente.

Para os autores nacionais, os tratados internacionais ratificados posteriormente à Constituição de 1988 podem violá-la de forma intrínseca (processo de incorporação do tratado) ou extrínseca (normas substantivas da Constituição).

O principal dispositivo citado para defender tal posição é o art. 102, III, b, que prevê a possibilidade de o STF analisar, via Recurso Extraordinário, decisão de tribunais inferiores que declararam a inconstitucionalidade de tratados com base na Constituição da República. Ademais, o STF pode declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos que incorporaram os tratados internacionais, que se afiguram como normas internas sujeitas ao controle de constitucionalidade realizado pelo STF: os Decretos Legislativo e Executivo.

Ainda que o tratado seja considerado como uma norma de existência autônoma no ordenamento jurídico (não se exige lei, apenas uma ordem de execução), o tratado está subordinado hierarquicamente à Constituição. O que justificaria a possibilidade de o Brasil, no plano interno, não estar mais vinculado ao tratado, mas, no plano externo, estar sujeito a sanções internacionais.

Dessa forma, apesar de o tratado ser considerado como norma autônoma (monismo), ele está, tal qual qualquer norma infraconstitucional, sujeito ao controle de constitucionalidade (dualismo). Portanto, elementos centrais das abordagens descritivas estariam mesclados na prática brasileira.

1.2.3 Os conflitos entre lei interna e tratados internacionais são solucionados pela prevalência da norma mais recente ou pelo critério da especificidade (com exceção dos tratados internacionais de direitos humanos).

Para o dualismo teórico, por emanarem da mesma fonte normativa, a internalização do tratado por meio de lei interna traz como consequência óbvia a paridade entre as normas. Ou seja, estaríamos lidando com duas leis internas. Para o monismo, seria problemático afirmar a paridade das normas, uma vez que, seja do ponto de vista do monismo interno ou externo, o ordenamento é único e um dos ordenamentos seria hierarquicamente superior e prevaleceria em relação ao outro.

Os autores nacionais afirmam que o tratado devidamente internalizado prevalece sobre as leis federais. Portanto, de acordo com tal lógica, o tratado enquanto norma autônoma seria

hierarquicamente superior às normas internas, à exceção da Constituição e os prováveis conflitos seriam solucionados pelo critério hierárquico. Para os autores, tal característica por eles defendida estaria inserida na lógica monista com prevalência do direito internacional.

Entretanto, o STF considera que os tratados possuem o mesmo status que as leis federais, sob as seguintes justificativas⁶⁸: 1) Os tratados internacionais não impedem a atividade legislativa do Congresso Nacional, que pode dispor de forma contrária ao tratado internalizado anteriormente; 2) O tratado é aplicado sem conversão legislativa, sendo exigida apenas ordem de execução; 3) O Judiciário está apenas adstrito à lei nacional, nesse sentido, caso haja conflito entre lei e tratado, a vinculação judicial é apenas ao produto legislativo interno, mesmo que isso resulte em conflitos no campo da política externa; 4) O art. 98 do CTN não abarca todas as espécies de tratados, apenas aqueles que podem, eventualmente, criar direitos subjetivos, portanto, de impossível revogação legislativa interna, como em um contrato e 5) apenas a Constituição poderia dispor sobre: hierarquia do tratado, formas de solução de conflito e revogação do tratado.

A construção jurisprudencial descrita do STF estava baseada na Constituição de 1969.

Quando o STF teve oportunidade de conhecer do tema sob os auspícios da Constituição de 1988, a inclusão de novas normas sobre direito internacional, especialmente, sobre direitos humanos, poderia dar ensejo a uma revisão da jurisprudência anterior. Contudo, nos primeiros vinte anos da Constituição, o mesmo entendimento prevaleceu, porém com alguns acréscimos.

Em 1995, no HC 72.131/RJ, ao analisar a constitucionalidade da prisão do depositário infiel em alienação fiduciária, instituída pelo Decreto-Lei 911/69, o STF, além de reforçar a regra da prevalência da norma mais moderna, incluiu outra regra para solução de conflitos entre normas constitucionais e tratados: o critério da especialidade.

As argumentações do impetrante baseavam-se na impossibilidade de equiparação do contrato de depósito com a alienação fiduciária em garantia, pois ensejaria a criação de uma nova hipótese de prisão civil por dívidas, estabelecida por via transversa e, ademais, o art. 7º,

⁶⁸ Os autores brasileiros identificam o RE 80.004/SE (1977) como o precedente que determinou a construção jurisprudencial do STF acerca dos conflitos entre tratados internacionais e leis internas, segundo a regra *lei posterior revoga anterior*. De acordo com Fraga (1998) e Ariosi (2000), em análises dos votos dos ministros no referido acórdão, a diversidade de fundamentos foi notória e nem todas foram convergentes. Portanto, descreveremos apenas os pontos dos votos dos ministros que alcançaram uma maioria no tribunal.

7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH)⁶⁹, limitava a prisão civil à hipótese do devedor alimentante.

O relator originário do caso, Marco Aurélio, ao conceder a ordem, dividiu sua argumentação em dois pontos. Primeiro, sustentou que alienação fiduciária não se equipararia ao depósito, portanto, não poderia haver prisão. Segundo, afirmou que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de nível hierárquico legal, derogou o Decreto-Lei 911/69, uma vez que o decreto instituidor da CADH (Decreto Executivo 678/92) seria posterior ao Decreto-Lei.

A tese prevalecente, todavia, foi a do Ministro Moreira Alves. O ministro considerou que a Convenção, por ser lei geral, não revogou o Decreto-Lei, lei especial. Compreendeu, ademais, que a Convenção, incorporada posteriormente à CF/88, não afetaria a norma constitucional do art. 5º, LXVII por força do disposto no § 2º do art. 5º, pois não se admitiria emenda constitucional realizada por via de ratificação de tratado.

Portanto, além do critério temporal (lei posterior revoga anterior), o STF incorporou mais um critério para a solução de conflitos entre tratados e leis internas, o da especialidade. O desenvolvimento de mais um critério para solução de conflitos entre o Decreto-Lei e o Decreto Presidencial parecem demonstrar o caráter não autônomo do tratado, uma vez que, não obstante tenha sido regularmente internalizado posteriormente à lei nacional, não significa que o tratado de direitos humanos será aplicado no plano interno, pois terá de atender ao critério da especialidade, da mesma maneira que qualquer outra lei interna sobre assunto diverso (contrato de alienação fiduciária, no caso), além de ter de ser considerado pelo Judiciário como auto-executável. Trata-se de característica que se aproximaria do dualismo tal qual reconstruído pelos autores nacionais. A suspeita de que a postura do STF poderia enquadrar-se no dualismo, visto pela ótica dos autores brasileiros, ganha reforço nas manifestações do tribunal na MC na ADI 1480, que afirma a posição dualista moderada do ordenamento brasileiro (não exige transformação do ato internacional mediante lei, sendo suficiente o decreto executivo).

Interessante notar, ademais, que a inserção do art. 5, § 2º não foi suficiente, naquele momento (1995), para sensibilizar a maioria dos ministros⁷⁰ para a constitucionalidade da

⁶⁹ Artigo 7º - *Direito à liberdade pessoal: 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.*

⁷⁰ O Ministro Carlos Velloso defendeu que os direitos extraídos dos tratados internacionais de Direitos Humanos possuiriam a mesma força dos direitos fundamentais previstos na Constituição, os quais denominou de direitos fundamentais materiais e formais com base no referido artigo. Cançado Trindade (2000, p. 170 e ss) defendeu

CADH. Na ocasião, os ministros sustentaram a paridade da CADH com as leis federais por meio dos seguintes argumentos: 1) a soberania da Constituição Federal e 2) o § 2º, art. 5º não conferiria aos tratados a possibilidade de emendar a Constituição por procedimento diferenciado daquele estabelecido no art. 60, da CF/88. Voltaremos a estes argumentos no futuro.

Contudo, em 2008 o STF alterou sua jurisprudência no que se refere à posição dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento constitucional. Seguindo o voto do Min. Gilmar Mendes, o tribunal considerou que os referidos tratados possuiriam status supralegal.

De acordo com o Ministro, apesar de não poderem afrontar a supremacia da Constituição (continuam sujeitos ao controle de constitucionalidade), os tratados internacionais de direitos humanos são mais importantes que outras tratativas internacionais, bem como mais importantes que as leis ordinárias, por força do art. 5, § 2º. A supralegalidade seria o adjetivo, portanto, outorgado aos tratados de direitos humanos devido aos valores inerentes a eles. Como consequência, a relação entre normas supralegais e legais seria a seguinte: as primeiras detêm o poder de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina infraconstitucional conflitante.

Em face das particularidades expostas até o momento, os autores classificam o Brasil como: monista com prevalência do direito internacional (FRAGA, 1998, p. 114), monista moderado (RODRIGUES, 1999, p. 164; ARIOSI, 2000, 183; RIBEIRO, 2001, p. 67 e BARROSO, 2006, p. 19) ou dualista moderado (ARAÚJO, 2006, p. 158 e ADI 1480)⁷¹.

1.3. O INÍCIO DA CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA TEORIA CONSTITUCIONAL: superando paradigmas.

As explanações feitas até aqui nos permitem extrair algumas conclusões.

A primeira delas é a de que os autores nacionais reconstruíram as teorias alemãs para analisar a realidade brasileira negligenciando seus principais pressupostos, especialmente os relacionados à teoria do direito a elas subjacente, o que nos permite afirmar que não estamos avaliando o monismo de Kelsen ou o dualismo de Triepel, mas sim arquétipos estruturados a

argumentos semelhantes na Assembleia Constituinte e em trabalho teórico poucos anos depois (TRINDADE, 1991, p. 629-630).

⁷¹ Rezek (2008, p. 05) e Roberto Silva (2005, p. 130) caracterizam o Brasil como monismo nacionalista, que atribui primazia à solução positivada na Constituição quanto aos conflitos entre normas internacionais e internas. Pagliarini (2004, p. 43) enquadra o Brasil no monismo abrandado, pois o tratado, geralmente, possui a mesma estatura da lei ordinária. Mazzuoli (2011a) caracteriza o Brasil como monismo internacionalista dialógico.

partir do que os autores nacionais consideram como sendo as principais consequências práticas de cada teoria originária. Contudo, mesmo quando limitamos o enfoque nas consequências práticas da dicotomia (a vertente descritiva – aplicação direta v. transformação do tratado), observamos que a linha divisória entre o monismo e dualismo é tênue e sua defesa, insustentável.

Além de construírem arquétipos distantes das formulações teóricas originárias, a respeito da tese do ordenamento único ou não, os autores brasileiros ignoram o contexto político e social que gestou o monismo e o dualismo, pensados como respostas para a interpretação da Constituição de Weimar, especialmente acerca de sua posição no mundo entre guerras e sua relação com o Tratado de Versalhes. Sem embargo da importação descontextualizada, os autores confundem a perspectiva teórica da dicotomia com sua versão descritiva. A insistência em sugerir um monismo internacionalista de matriz kelseniana para a Constituição brasileira⁷², mesmo em face do descompasso descritivo, demonstra que a versão descritiva da dicotomia é justificada pela opção teórica dos autores nacionais, na medida em que extraem da suposta desnecessidade de lei transformadora do tratado⁷³, a superioridade hierárquica do direito internacional.

A inexata rotulação descritiva do processo de incorporação de tratados internacionais no Brasil é compensada pela utilização da consequência das teses do ordenamento único.

Em segundo lugar, considerando que os autores estruturam sua argumentação tendo como objetivo compreender quais as soluções práticas presentes na Constituição de 1988 acerca das relações entre direito internacional e interno, podemos inferir que desenvolvem não uma teoria universal ou geral sobre relações entre ordenamentos, mas uma teoria constitucional brasileira. Dizendo o mesmo com outras palavras, os autores aqui referidos desenvolvem teorias que pretendem responder como a Constituição de 1988 (e não todas ou quaisquer Constituições) lida com o conflito de normas internacionais e nacionais. O dualismo e o monismo esboçados acima são, por essa razão, brasileiros natos.

Por último, e intimamente relacionada com a conclusão anterior, a ideia de uma teoria específica da Constituição brasileira é reforçada pelas adjetivações atribuídas às formulações originárias. Contudo, o “moderado”, “abrandado”, “nacionalista” etc. apostos às formulações

⁷² A maioria dos autores classifica o Brasil em alguma vertente do monismo, pois nenhum deles advoga uma aderência constitucional completa ao monismo. 1) *Monismo*: 1.1) com prevalência do direito internacional (FRAGA, 1998, p. 114); 1.2) monista moderado (RODRIGUES, 1999, p. 164; ARIOSI, 2000, 183; RIBEIRO, 2001, p. 67 e BARROSO, 2006, p. 19); 1.3) monismo nacionalista (REZEK, 2008, p. 05 e SILVA, 2005, p. 130); 1.4) monismo abrandado (PAGLIARINI, 2004, p. 43) e 1.5) monismo internacionalista dialógico (MAZZUOLI, 2011a). 2) *Dualismo*: 2.1) dualismo moderado: (ARAÚJO, 2006, p. 158 e ADI 1480).

⁷³ Cf. a parte final do tópico 1.2.1.

dicotômicas não é uma simples adjetivação sem consequências teóricas. A diluição do monismo e do dualismo e sua conseqüente aplicação abrandada no Brasil precisam ser justificadas, uma vez que, se já não estamos mais nos limites das formulações teóricas que os autores nacionais consideram como as únicas capazes de explicar a relação entre ordenamentos, estamos diante de teorias diferentes das anteriores, portanto, com pressupostos diferenciados. Em suma, monismo moderado, por exemplo, não se identifica com o monismo kelseniano.

O passo seguinte dessa formulação é o mais importante: qual a justificação constitucional utilizada para classificar o Brasil como monista ou dualista moderado, tendo em vista a visível desconformidade da realidade brasileira com as premissas normativas e descritivas das teorias clássicas incorporadas pelos autores brasileiros? Os autores apresentam razões constitucionais insuficientes (o resultado da interpretação dos valores do Estado de Direito, Democracia e Direitos fundamentais como a melhor descrição das práticas constitucionais) para justificar a escolha do monismo ou dualismo moderados (ou outra adjetivação que o valha). Em verdade, a grande maioria dos autores justifica sua opção (não existe outra palavra melhor) pelo monismo baseada na ideia de que seria a única teoria capaz de atribuir efetividade ao direito internacional⁷⁴.

A insuficiência de justificativas pode ser reforçada pela argumentação paradoxal que os autores ofertam: tendo em vista que a Constituição não estipula normas que prescrevam explicitamente de que forma se estabelecem as relações entre ordenamentos internacionais e nacionais, o Brasil seria monista ou dualista moderado⁷⁵. Daí porque salientamos que os

⁷⁴ Fraga (1998, p. 90); Ariosi (2000, p. 113); Ribeiro (2001, p. 72); Mello (2004, p. 135), Barroso (2006, p. 16) e Mazzuoli (2011a, p. 88).

⁷⁵ Mirtô Fraga (1998, pp. 78 e 94) sustenta que, como não existe disposição constitucional sobre o tema, a solução acerca das relações entre ordenamentos jurídicos deve ser encontrada à luz da interpretação e segundo princípios gerais de direito. Mariângela Ariosi (2000, p. 150-154) aponta a ausência de dispositivos constitucionais capazes de reger a questão dos conflitos normativos. Ou seja, se um tratado ou uma lei deve prevalecer. Para a autora, a ausência de um dispositivo constitucional que defina a opção entre monismo ou dualismo permite a oscilação entre ambas as visões. Patrícia Ribeiro (2001, p. 115-117) inicia afirmando a necessidade de as Constituições dos Estados estabelecerem os critérios de solução de conflitos, para, posteriormente, constatar que a CF/88 nada dispôs sobre a recepção e hierarquia das normas internacionais. Pedro Dallari (2003) reforça o paradoxo. No início de seu livro, afirma que o ordenamento brasileiro possui vocação monista, mas, páginas depois, atesta a ausência de preceitos escritos sobre o tema da recepção e integração dos tratados e, referindo-se às poucas normas existentes, conclui que não são suficientes para que a regra de regência entre as ordens seja clara e precisa. Por tais motivos, sugere a inclusão de parágrafo ao art. 4º, CF/88 que atribuiria de maneira explícita superioridade hierárquica aos tratados internacionais em face das leis nacionais (DALLARI, 2003, p. 11, 45 e 133). Celso Mello (2004, p. 131) afirma que o argumento da omissão constitucional não pode ser a justificativa para a maior relevância da orientação jurisprudência (o autor se refere ao RE 80.004/RJ), que, segundo o autor, estava na contramão da tendência do direito na época, que seria a prevalência do direito internacional. Luís Barroso (2006, p. 16 e 18) afirma que a Constituição não possui disposição a respeito da relação entre direito internacional e interno, mas a doutrina se inclina para o monismo, que considera como uma interpretação acertada da Constituição. Bonifácio (2008, p. 45) defende que é a Constituição de cada Estado que define se o sistema será monista ou dualista e que as normas constitucionais

autores confundem as vertentes descritivas da dicotomia (aplicação direta/transformação), com as teóricas (ordenamento único/ordenamentos distintos), pois selecionam o que julgam ser monista na prática brasileira (aplicação, supostamente, direta dos tratados internacionais) e a ela acoplam, de forma descontextualizada, a principal conclusão teórica do monismo kelseniano – a superioridade hierárquica do direito internacional.

Contudo devemos nos perguntar o seguinte: qual seria a razão de defender o monismo ou dualismo se nenhum deles descreve de maneira convincente a realidade brasileira (e o abrandamento das teorias cria uma terceira que em nada acrescenta ao debate)? Por que defender teorias ultrapassadas, do ponto de vista político, social e jurídico e não recorrer a outras? Na ausência de disposição “explícita”, o Brasil seria monista ou dualista moderado por definição e apenas emendas constitucionais poderiam determinar o acerto ou erro da escolha dos autores?

A adjetivação das teorias por parte dos autores brasileiros parece estar muito mais ligada à necessidade de garantir que os intérpretes do direito brasileiro (especialmente as cortes), ainda que o ato mais recente prevaleça em um suposto conflito normativo e de que o ato específico prevaleça em relação ao geral (STF), não deixem de dar primazia ao direito internacional. O que explicaria a necessidade de defender o monismo teórico como a perspectiva redentora do direito internacional, forte o suficiente para sobreviver à moderação descritiva “imposta” pela CF/88. O monismo moderado brasileiro parece não apresentar justificativas fortes o suficiente para demonstrar seu ajuste à Constituição de 1988.

Estamos diante da seguinte situação – não importa a classificação do sistema brasileiro de acordo com as teorias alemãs clássicas ou de suas posteriores adjetivações por meio de apropriações dos teóricos nacionais em face das particularidades nacionais descritas acima (a terceira via)⁷⁶, o importante é defender a sobreposição do direito internacional com justificativas constitucionais insuficientes e incompletas. Ora, se pouco importa a classificação do ordenamento brasileiro, qual a utilidade descritiva e prescritiva das teorias clássicas para a formulação das teorias moderadas? O rótulo? O desconhecimento de outras teorias modernas?

brasileiras sugerem um monismo moderado, ainda que a distinção entre a hierarquia normativa dos tratados para com a Constituição, se aproxime do dualismo. Com exceção do caso das normas provenientes dos tratados de direitos humanos, para Mazzuoli (2011a, p. 99 e 366) não existe uma norma na Constituição de 1988 que estabeleça uma cláusula de reconhecimento ou aceitação do direito internacional (sua posição hierárquica). Não obstante tal ausência, o autor afirma que o monismo internacionalista seria a posição mais consentânea e acertada no direito internacional, considerando que a mesma seria a única e necessária teoria para o desenvolvimento das relações internacionais (MAZZUOLIa, 2011, p. 88).

⁷⁶ Ou seja, monismo, dualismo, monismo moderado e dualismo moderado.

A lógica para a seleção de uma teoria constitucional brasileira parece ser a seguinte: o autor escolhe a teoria que considera a mais acertada do ponto de vista de sua inclinação ideológica (monismo ou dualismo); parte para a Constituição e observa que as descrições e prescrições da teoria de escolha não se acomodam de maneira confortável à Constituição; e, por fim, para manter sua inclinação inicial, apõe adjetivos que, ao mesmo tempo em que intencionam manter a posição de prevalência, enfraquecem a classificação ao ponto da inutilidade.

Se a justificativa desenvolvida pela grande maioria dos autores nacionais para adoção de uma terceira teoria abrandada (a prevalência do direito internacional) está desacompanhada de uma construção interpretativa capaz de oferecer a melhor interpretação dos critérios/valores que representam o equilíbrio entre as prescrições formuladas por aquela e a descrição da prática constitucional, não podemos deixar de concluir que tal teoria não passa no teste do ajuste e falha na tarefa de ser considerada uma teoria constitucional brasileira.

George Galindo (2002, p. 69-70), por exemplo, sugere o abandono das terminologias monistas e dualistas, por afirmar que nenhum país adota as teorias de maneira completa, sendo suas caracterizações desenvolvidas apenas de forma ideal. O autor afirma que as adjetivações são perigosas porque podem significar tudo e nada ao mesmo tempo, dependendo do referencial utilizado pelos autores para sustentar sua escolha. Partindo das mesmas premissas, por exemplo, os autores classificam o Brasil como monista moderado ou dualista moderado. Ou seja, o adjetivo “moderado”, aposto a quaisquer das teorias, poderia significar a cedência de pressupostos importantes de ambas as teorias, acarretando a confusão conceitual observada nas descrições acima de que, se o país é monista com temperos de dualismo, pode ser qualificado como monista moderado. Ou, caso seja dualista com acentos monistas, o país será dualista moderado. A desmistificação e a complexidade dos ordenamentos e de seus regramentos constitucionais tendem a tornar as teorias pouco úteis do ponto de vista descritivo e normativo (LUPI, 2009, p. 44)⁷⁷.

O campo semântico das teorias, com base em sua apropriação nacional, parece perder força analítica por estar demasiadamente alargado pelas adjetivações e concessões propostas. Não seria melhor abandonarmos a dicotomia e buscarmos teorias que pudessem explicar, da melhor forma possível, a prática constitucional brasileira?

⁷⁷ Antenor Madruga (2008, p. 136) pontua que a discussão entre monismo e dualismo está limitada a uma noção de incorporação e eficácia das normas internacionais que torna opaca a questão de outras fontes internacionais, como o costume, que não necessita de um reconhecimento formal do Estado. No entanto, o autor não desenvolve sua crítica e não sugere soluções.

Um novo começo: Contexto e teorias constitucionais

A formulação de uma teoria constitucional bem sucedida pressupõe uma delicada composição de descrição e prescrição apta a demonstrar sua justificação como a melhor interpretação da Constituição. Uma teoria constitucional, portanto, além de analisar sua natureza, precisa auxiliar o intérprete a solucionar problemas constitucionais.

A teoria da Constituição de 1988, criada pelos autores nacionais para explicar as relações entre ordenamento constitucional e internacional não alcança qualquer desses objetivos. Não se justifica e não oferece bases seguras para solucionar o que consideram como conflito normativo entre regras de fontes distintas. Tais pontos são suficientes para nos afastar de tais construções, contudo, outra justificativa, ainda que estivesse latente nas seções acima, precisa ser apresentada e a mesma será o mote para pensarmos em outras soluções teóricas.

Como afirmado mais acima, o monismo e o dualismo não foram as únicas teorias formadas para explicar o direito internacional. Anteriormente, tínhamos a justificativa naturalista e, posteriormente, uma miríade de teorias foram desenvolvidas⁷⁸. A passagem de abordagens naturalistas para as positivistas pode ser justificada pelo contexto político e pela alteração do paradigma da teoria do direito.

Do ponto de vista político, a estruturação dos territórios em Estados nacionais impulsionada pela Paz de Westfalia (1648)⁷⁹ seculariza a noção de soberania e a metáfora antropológica do estado hobbesiano ganha força ao compreender o Estado nacional como fonte suprema de poder não derivado e como a única base de todo aparato conceitual do direito positivo de uma comunidade política delimitada em um território. Portanto, o conceito de soberania limita a produção do direito positivo válido ao ente estatal, situado no espaço e no tempo e composto por uma comunidade política sujeita a tal produção jurídica.

A construção voluntarista da vontade estatal e a existência de vários Estados soberanos fizeram com que os assuntos antes dispostos pelo *jus gentium* fossem internalizados em sua

⁷⁸ Anne Peters (2001) inventaria as seguintes teorias: Teorias do direito natural, Positivismo jurídico (onde se situam o monismo e o dualismo); Abordagens sociológicas; Teorias do discurso; Teoria dos sistemas; Teoria do direito influenciado pela política; Direito internacional econômico; Novas abordagens do direito internacional e Abordagens constitucionalistas (onde este trabalho situa-se).

⁷⁹ Com a paz de Westphalia (1648), tratados internacionais puseram fim à guerra dos trinta anos, o que significou, em suma, a laicização das relações internacionais entre os países europeus. A paz de Westphalia resultou em um direito de soberania – direito territorial unitário decorrente de um estado territorial. Permitiu, ademais, que as relações internacionais ocorressem de maneira estritamente jurídica e com base em regras estabelecidas *a priori* pelos tratados, amplamente discutidos pelos estados soberanos. Por conseguinte, os Estados são considerados iguais, suas soberanias respeitadas e o direito internacional encontra limite de atuação, exatamente, nesses pontos (TEIXEIRA, 2011, p. 82-85).

maioria e as discussões internacionais limitaram-se aos tratados editados de acordo com a vontade dos países soberanos de forma semelhante aos contratos civis.

Do ponto de vista jurídico, o positivismo jurídico limitou seu campo de análise ao direito oficial produzido pelo Estado soberano, que seria considerado como direito apenas se reforçado pelo aparelho coator organizado institucionalmente pelo Estado, aplicando em seu programa analítico de compreensão do conceito de direito, testes que pudessem ser identificados de maneira universal para o reconhecimento do fenômeno jurídico onde quer que fossem utilizados, tendo em vista a possibilidade de separar o aspecto da validade das regras jurídicas de sua avaliação moral. Como visto acima, a junção de ambos os contextos possibilitou o surgimento das teorias monista e dualista.

No entanto, teorias são frutos de um contexto específico.

A sensibilidade das teorias aos contextos em que são desenvolvidas é ainda mais aparente no caso de teorias constitucionais, em função da influência de acontecimentos políticos, históricos e sociais no ordenamento constitucional (FRIEDMAN, 2004). Portanto, eventos políticos (o impeachment de Collor e a emenda da Reeleição, por exemplo) e jurídicos (decisões em Mandado de Injunção com força executória, não apenas declaratória) impactam a formulação das teorias constitucionais, situando a viabilidade analítica das teorias à capacidade de explicar e acomodar as ocorrências contextuais⁸⁰.

Portanto, alterações estruturais do contexto político e jurídico acarretam, necessariamente, a revisão de premissas teóricas. Nosso contexto político é o mesmo daquele presente no início do século passado e que originou as especificações do monismo e do dualismo? A teoria do direito ainda pode ser explicada por meio do positivismo kelseniano ou por noções voluntaristas das regras jurídicas? Nossa Constituição e nosso constitucionalismo permanecem os mesmos desde 1988?

Como veremos a seguir, a resposta para todos os questionamentos acima é negativa.

⁸⁰ Ao reconhecer o impacto de eventos constitucionais nas teorias, Barry Friedman (2004, p. 165-170) sugere a precaução do intérprete ao inclui-los nas suas perspectivas constitucionais, ou seja, alerta para a fragilidade acadêmica de uma teoria constitucional que se altera a cada momento ou é descartada por uma decisão específica da Suprema Corte. Dessa forma, sugere aos autores humildade empírica (precauções para analisar as teorias do ponto de vista dos dados existentes e conhecidos), além de humildade histórica (possibilidade de testar as teorias em casos de grandes e importantes eventos políticos e constitucionais que podem ocorrer) e, por fim, contextualismo (limitação e contextualização das nossas soluções para problemas imediatos precisos, evitando respostas prematuras sobre possíveis mudanças estruturais fundamentais).

Capítulo 02 - PLURALISMO CONSTITUCIONAL: as influências mútuas entre a Constituição de 1988 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

No capítulo anterior concluímos que o monismo e o dualismo são teorias incapazes de descreverem e explicarem as complexas relações entre ordenamentos, assim como falham em apresentarem-se como possíveis teorias constitucionais brasileiras. Por essa razão, o presente capítulo iniciará o desenvolvimento de uma nova teoria que melhor interprete a Constituição de 1988.

Em função do contexto (relações entre ordenamentos constitucionais e de organizações internacionais) e por levar em consideração os discursos de soberania e de última palavra esposados pelos diversos ordenamentos normativos, o pluralismo constitucional será desenvolvido como uma teoria apta a explicar as relações entre a Constituição de 1988 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. O pluralismo constitucional reconhece e acolhe como constitucional os discursos dos ordenamentos envolvidos e que, apesar das reivindicações de superioridade interpretativa, estabelecem relações de influência, sem que haja, todavia, a criação de hierarquias ou subordinação de um ordenamento em relação ao outro.

Após sustentar a natureza constitucional da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (última palavra no âmbito de sua competência, normas de características imperativas inderrogáveis, natureza diferenciada e especial do tratado internacional cujas normas limitam os poderes públicos das Constituições dos países da região) como critério de identificação da pluralidade de discursos constitucionais, identificaremos a prática do pluralismo constitucional, ou seja, como os ordenamentos constitucionais relacionam-se de acordo com uma lógica não hierárquica de interferência mútua.

Em seguida, analisando o ordenamento constitucional brasileiro através da proteção multinível dos direitos humanos (vários níveis de proteção, configurados por diferentes declarações de direitos oriundas de organismos internacionais, além da declaração prevista na Constituição) e com a recente decisão do STF acerca da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, postularemos que a supralegalidade possibilitou a inserção de um padrão normativo intermediário na fiscalização da legislação infraconstitucional capaz de afetar o significado das normas constitucionais.

Do ponto de vista da CADH, postularemos que, da interpretação da subsidiariedade institucional do sistema, os direitos convencionais são interpretados pela CtIDH de acordo com os conteúdos desenvolvidos, anteriormente, nos ordenamentos constitucionais da região.

Os padrões constitucionais da região, contudo, não são decisivos no resultado da interpretação da CtIDH, no entanto, a corte de São José a eles defere em algumas de suas sentenças.

2.1 AS CARACTERÍSTICAS DO PLURALISMO CONSTITUCIONAL: da Europa para o mundo.

Precisamos de novas perspectivas teóricas para explicarmos a relação entre o ordenamento constitucional brasileiro e o sistema interamericano. Não podemos confiar nas teorias weimarianas clássicas, uma vez que, além de não passarem em nosso teste do ajuste, suas prescrições pouco acrescentam para solucionarem complexos casos de sobreposição de direitos fundamentais e humanos. Não podemos, igualmente, lançar mão do monismo e dualismo brasileiros ou suas adjetivações, uma vez que não oferecem fortes justificativas constitucionais para sua adoção.

Antes de prosseguirmos, precisamos estabelecer algumas premissas.

Sugerimos mais acima a existência de um punhado de teorias posteriores às positivistas clássicas que surgiram para explicarem as relações entre ordenamentos jurídicos⁸¹, no entanto, restringiremos nossa análise apenas àquelas contemporaneamente desenvolvidas no plano europeu. A limitação fundamenta-se, exatamente, em decorrência do contexto de formulação dessas teorias. Se, de um lado, Kelsen e Triepel formularam suas teorias tendo como pressuposto a soberania westfaliana e o direito entre nações (*inter-nacional*), as relações entre Constituição de 1988 e CADH não podem ser explicadas por teorias que se ocupam de um âmbito mais abrangente⁸². Além do mais, as experiências europeias (da União Europeia e do Conselho da Europa) são fontes mais próximas e análogas, pois seus focos de análise são as relações entre Organismos Internacionais e Estados pós-westfalianos.

Por ser uma tese sobre o Direito Constitucional brasileiro, o ponto de partida epistemológico será a Constituição de 1988 e as formulações teóricas desenvolvidas no intuito de interpretá-la da melhor maneira possível. Por conseguinte, os aspectos descritivos serão

⁸¹ Ver as teorias descritas por Peters na nota 77, *supra*.

⁸² O que não significa que autores do direito internacional geral não desenvolvam soluções pluralistas. Klabbers e Piiparinen (2013, p. 16-30) afirmam que a complexidade das relações internacionais contemporâneas demonstra que a normatividade oriunda do direito internacional concorre com outras que são contrapostas às regras jurídicas internacionais. Os autores, ao defenderem o que denominam de pluralismo normativo, referem-se ao peso de normas consideradas como *jus cogens* (que vinculam independentemente de tratados ou da vontade do Estado) e aos valores morais que são citados por Estados para afastar normas internacionais (democracia, ética, direitos humanos). Ao tratar do exemplo do bombardeio da OTAN em Kosovo, decorrente da provável proibição do uso da força por parte do Conselho de Segurança, os autores consideraram que o direito internacional tem sido interpretado conjuntamente a outros sistemas normativos em pé de igualdade, não apenas para alterá-lo, mas para invocar uma ordem normativa diferente e argumentar qual delas deve prevalecer.

limitados à realidade constitucional brasileira, uma vez que não necessariamente os pontos ressaltados poderão reconciliar-se com outras realidades constitucionais que fazem parte da OEA, apesar de ser possível contextualizar a natureza pluralista da abordagem às diferentes ordens constitucionais que fazem parte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH).

A atenção aos discursos de soberania e de última palavra desenvolvidos pelos órgãos internacionais e pelo STF é uma das principais razões para a seleção de teorias que incluam tais reivindicações na equação sobre as relações entre ordenamentos. Ignorar reivindicações de soberania e última palavra, como o faz o monismo moderado brasileiro, apenas torna a perspectiva teórica mais distante descritivamente. Portanto, a teoria constitucional a ser desenvolvida precisará dar conta da manutenção do discurso de soberania e da prática de influências constitucionais às normas internacionais de direitos humanos.

As experiências da União Europeia e da CEDH fornecem os melhores paradigmas para a formulação de uma teoria constitucional para a Constituição de 1988. E a principal razão reside na proximidade contextual das realidades europeias com as relações entre ordenamentos objeto da tese (CF/88 e CADH). Dessa forma, além da delimitação analítica à relação entre dois ou mais ordenamentos⁸³, ambas proporcionam respostas às consequências da sobreposição de direitos humanos em diferentes ordenamentos.

Esclarecidas as premissas, podemos prosseguir com a análise do surgimento de teorias formuladas para analisar a relação da União Europeia com os ordenamentos constitucionais nacionais⁸⁴.

O processo de integração Europeu não se limitou aos aspectos econômicos e tributários. Com o desenvolvimento das instituições europeias, especialmente após a formação da União Europeia, o referido processo ganhou contornos mais densos, alcançando temas, até então, alheios às organizações internacionais, ao ponto de se desenvolver o que ficou conhecido como direito comunitário. Os referidos desenvolvimentos sugerem a insuficiência de termos como “supranacional” para explicar vários aspectos da União

⁸³ As teorias não pretendem analisar todo o direito internacional, mas apenas as interações entre ordenamentos constitucionais com organizações internacionais.

⁸⁴ O recurso às teorias desenvolvidas no âmbito da União Europeia justifica-se pelo seu grau de desenvolvimento e complexidade, e não, necessariamente, com o fato de as instituições interamericanas serem mais próximas com o modelo do direito comunitário, pois, ao contrário, o modelo do Conselho da Europa seria o melhor candidato. No entanto, o constitucionalismo, a principal moldura analítica desenvolvida no exemplo da União Europeia, também é utilizado pelos autores que comentam a CEDH. Cf. Wildhaber (2002), Greer (2006), Sadurski (2009) Letsas (2009) e Sweet (2012). Por essa razão, a preferência pelo desenvolvimento das teorias do direito comunitário não impede seu transpote ao contexto da interação entre ordenamentos constitucionais nacionais e sistemas de proteção internacional de direitos humanos, por conta da utilização do mesmo paradigma constitucionalista.

Europeia, tais como: o efeito direto das normas dos tratados europeus (independentemente de processos formais nacionais de incorporação)⁸⁵; os poderes implícitos que possibilitaram a ampliação das competências da União Europeia e, por final (para nós, o mais importante), o reconhecimento da proteção de Direitos Fundamentais no âmbito europeu (anteriormente, inclusive, ao estabelecido pelo Tratado de Lisboa). De forma inevitável, o discurso teórico acerca da UE volta-se para a narrativa constitucionalista para explicar e justificar os elementos expostos acima.

Se, dantes (1960-1980), o discurso constitucional europeu era apenas nominal ou organizacional (os tratados *constituíam* a Comunidade Europeia) sem um significado normativo mais profundo⁸⁶, a partir da década de 90⁸⁷, com a criação da União Europeia, as narrativas concorrentes (direito internacional, supranacionalidade e comunitário) perdem terreno para um substantivo discurso constitucional, não mais utilizado como simbolismo, mas como narrativa análoga ao constitucionalismo presente nos países europeus (AVBEJ, 2008, p. 02-04). De acordo com tal discurso, a União Europeia seria um superior complexo constituído pelos tratados e incluiria os países europeus, cuja estrutura orgânica (incluindo suas cortes) estaria disposta subordinada hierarquicamente às instituições europeias⁸⁸.

No plano europeu, o discurso constitucional ganhou reforço com o Tratado de Maastricht (1993). No entanto, a junção da retórica constitucional no plano teórico com o desenho institucional estipulado pelo Tratado de Maastricht, principalmente suas inovações referentes às relações da Corte de Justiça Europeia (CJE) com as cortes nacionais⁸⁹, não foram bem recebidas pelas cortes europeias nacionais⁹⁰. Uma das principais consequências da

⁸⁵ Van Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen (1963), Case 26/62.

⁸⁶ São denominados de constitutivos os tratados criadores de Organizações Internacionais, como, por exemplo, dispõe o art. 5º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT) (*A presente Convenção aplica-se a qualquer tratado que seja ato constitutivo de uma organização internacional e a qualquer tratado adoptado no âmbito de uma organização internacional, sem prejuízo das normas aplicáveis da organização*).

⁸⁷ O marco principal é o Tratado de Maastricht, que criou a moeda única, institucionalizou a cidadania europeia, e provocou alterações significativas na estrutura dos órgãos existentes (principalmente no Conselho, na Comissão e na Corte europeias).

⁸⁸ Segundo Krisch (2009), a estrutura constitucional é atraente para explicar o fenômeno pós-nacional porque oferece categorias que remontam aos aspectos centrais da ordem política interna. Com o aprofundamento da política em outros setores presentes além do Estado, natural a transposição de categorias utilizadas para explicar fenômenos análogos. A força da atração aumenta em função do esgotamento analítico da principal categoria de legitimação das relações interestaduais - o consenso estatal (KRISCH, 2009, p. 02-03).

⁸⁹ Cf., na redação original do Tratado de Maastricht, os arts. 176 (os Estados têm o dever de tomar todas as medidas necessárias para cumprir com decisões de nulidade de atos contrários ao tratado) e 177 (ações podem ser levadas para a corte europeia, nas hipóteses de questões jurídicas que envolvam assuntos relacionados à sua competência comunitária).

⁹⁰ Cf. a decisão do TCF em BVerfGE 89, 155 (1993). De acordo com a TCF, todo o edifício estabelecido para a construção da integração europeia emana da legitimidade oriunda dos processos democráticos dos países membros, portanto, o limite das alterações, os institutos e as decisões das instituições europeias podem ser controladas pelo TCF com base na correlação entre integração e a medida da legitimidade democraticamente concedida. O princípio da possibilidade de revisão de atos da UE nos casos de ações *Ultra Vires* foi reforçada,

narrativa constitucional foi especialmente refutada pelas cortes constitucionais europeias - a estruturação hierárquica entre as cortes nacionais e a europeia.

Com as alterações posteriores provocadas pelo Tratado de Amsterdã (1997) e as reações negativas ao projeto inicial de Maastricht por parte das cortes nacionais, a defesa de um discurso constitucional unitário ou clássico para explicar a integração europeia perdeu muito de sua atratividade⁹¹. Outro grande impacto na retórica constitucional clássica foi a derrocada da Constituição documental para a União Europeia (representada politicamente pela rejeição do documento único no referendo de 2005). No entanto, tais impactos não foram suficientes para afastar, totalmente, as premissas constitucionalistas.

O ponto de partida das novas construções constitucionalistas, afastadas do modelo clássico unitário, foi a interpretação da Corte Constitucional Alemã (principal atriz no processo de integração e no combate à visão constitucional europeia hierárquica) acerca da relação da Lei Fundamental de Bonn com o direito comunitário europeu.

Em decisões consideradas históricas para o direito europeu, a corte de Karlsruhe estabeleceu a defesa de limites para a aplicação de normas comunitárias secundárias – a proteção dos direitos fundamentais presentes na *Grundgesetz* (BVerfGE 37, 271, 1974 – *Solange I*)⁹². De acordo com o Tribunal alemão, seria necessário que o direito comunitário previsse uma proteção equivalente aos direitos fundamentais previstos na Norma Fundamental para que pudesse vincular os cidadãos alemães. Posteriormente, o Tribunal Constitucional, complementando seu pronunciamento anterior, salientou que se isentaria de exercer sua competência de revisão do direito comunitário na medida em que, ou, enquanto (*Solange*), o nível comunitário oferecer uma proteção adequada dos direitos fundamentais pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (BvR 197/83, 1986 - *Solange II*). A última decisão foi o estopim para o desenvolvimento de formas mais sofisticadas de interação entre os direitos europeus e nacionais (BAQUERO CRUZ, 2008, p. 405), pois a decisão do tribunal alemão demonstrou uma posição institucional que não se compatibilizava com a narrativa de

anos depois, pela TCF, ao analisar a constitucionalidade do Tratado de Lisboa (BVerfGE 123, 267, 2009). Nesta ocasião, o tribunal acrescentou que os limites democráticos ao processo de integração visam o resguardo da identidade nacional e dos princípios constitucionais presentes nas cláusulas pétreas.

⁹¹ Avbej (2008, p. 10) relembra que os autores que defendiam a narrativa constitucional afirmaram que os incidentes causados pelo Tratado de Maastricht e as reações das cortes constitucionais seriam incidentes naturais em um processo de constitucionalização. Dessa forma, a solução aventada pelos mesmos seria a edição de uma constituição documental. Contudo, a proposta falhou, dificultando, ainda mais, a defesa de uma narrativa constitucional única.

⁹² Gordillo (2012, p. 66) reforça o impacto da decisão do tribunal de Karlsruhe, mas lembra que a Corte Constitucional italiana no caso *Frontini* (1973) foi pioneira em afirmar a existência de contra limites (*controlimiti*) constitucionais ao processo de integração europeu, que não poderiam violar princípios fundamentais da ordem constitucional e direitos fundamentais.

um único ordenamento constitucional para a Europa, estruturado de cima para baixo (*top-down*), nem defendia o controle de toda e qualquer interpretação dos direitos fundamentais alemães feitas pela Corte Europeia (*down-top*).

Conscientes de tal postura, diversos autores desenvolveram argumentos mais sofisticados para análise do direito comunitário sem abrir mão, completamente, do discurso constitucional. Matej Avbelj (2008) identifica 06 tipos de argumentos constitucionalistas e seus principais defensores: 1) constitucionalismo sócio-teológico (Joseph Weiler); 2) meta-constitucionalismo epistemológico (Neil Walker); 3) constitucionalismo universal da melhor adequação (*best fit*) (Mattias Kumm); 4) constitucionalismo discursivo harmonioso (Miguel Maduro); 5) constitucionalismo multinível clássico (Ingolf Pernice) e 6) constitucionalismo reducionista (Joshua Cohen e Charles Sabe).

O amplo espectro de teorias formuladas com base no discurso constitucional não pode ser disposto, necessariamente, em um *continuum*, pois não são teorias dispostas de acordo com sua aproximação ou distanciamento dos traços clássicos do constitucionalismo estatal. Ou seja, não são teorias que se estendem a partir de uma analogia perfeita em relação ao direito constitucional estatal e, no final do espectro, teorias que se afastam de maneira significativa do constitucionalismo clássico. O que permite classificar tais teorias como constitucionalistas é a sua inegável base no conceito clássico, portanto, de raízes estatais, contudo, não analisam o constitucionalismo tal como um conceito natural que possui uma essência que pode ser rastreada historicamente e, por essa razão, imutável em face de contingências futuras (DWORKIN, 2006, p. 16)⁹³. A perspectiva é a de que o constitucionalismo seria um conceito interpretativo, o que significa que o conceito compartilhado se altera de acordo com as diferentes atribuições de valores e propósitos por conta de seu cunho político⁹⁴. Dessa forma, temos várias interpretações do que seria o constitucionalismo e não analogias perfeitas ou imperfeitas de um ideal histórico e natural.

Nosso foco de interesse restringe-se às teorias que podem ser abarcadas pelo conceito de Pluralismo Constitucional (02 a 04, da lista acima)⁹⁵. As teorias plurais ocupam uma posição intermediária, ladeadas, em um extremo, por teorias que advogam o desenvolvimento do projeto europeu, tão somente, pelo direito constitucional estatal através de suas

⁹³ A relação constitucionalismo/Estado não seria uma condição *sine qua non* não negociável (WALKER, 2008a, p. 537).

⁹⁴ Nem todos os autores incluídos na lista concordariam com nossa afirmação, mas pensamos ser a melhor abordagem para discutir os diferentes matizes dos discursos constitucionais e, posteriormente, as vertentes do pluralismo constitucional. Tal abordagem permite que nossa posição teórica seja atacada por formulações concorrentes.

⁹⁵ Greer e Wildhaber (2012, p. 686), defensores do caráter constitucional da CEDH, afirmam que as relações entre a CEDH e as constituições nacionais devem ser lidas pela lente do pluralismo constitucional.

reivindicações de autoridade soberana e, do outro, por teorias que se posicionam no sentido da defesa de que a União Europeia formou uma Constituição que contém os ordenamentos jurídicos constitucionais dos países participantes e dela derivam sua autoridade e legitimidade.

As teorias do Pluralismo Constitucional, por sua vez, partem dos seguintes denominadores comuns: 1) caracterizam-se por duas ou mais ordens constitucionais autônomas que coexistem sobre um mesmo território compartilhado, onde nenhuma delas pode arrogar-se como a fonte última de autoridade jurídica do território e 2) estimulam influências mútuas entre as ordens constitucionais que se sobrepõem, representando o reconhecimento de que coexistem, mas, do ponto de vista normativo mais abstrato, mantem-se silentes sobre o significado mais preciso, do tipo e da força de tais influências⁹⁶.

Neil Maccormick (1999, p. 101-118) foi um dos primeiros defensores de um modelo de pluralismo constitucional e um dos primeiros a enxergar nos princípios do direito internacional um ideal regulativo que fazia às vezes de linguagem comum da relação entre os âmbitos constitucionais. De acordo com o escocês, a relação entre o direito comunitário europeu e o ordenamento jurídico dos países europeus enseja uma espécie de pluralismo, ou seja, o reconhecimento mútuo da validade de ambos, ainda que com fundações diferentes para tal reconhecimento (cada ordenamento dispõe de seu próprio fundamento de validade).

A abordagem sugere a coexistência de diferentes ordenamentos jurídicos que podem gerar respostas diferentes para as mesmas questões em um mesmo espaço e que funcionam de maneira auto referencial quanto a sua legitimidade (geralmente fundada em um documento base), diante do que cada ordenamento deve reconhecer a legitimidade do outro, sem que disso decorra uma afirmação de subordinação ou superioridade. Como consequência, em ambos os casos existirão reivindicações de última autoridade no que tange à competência decisória.

Apesar de reconhecer que as instituições decisórias dotadas de autoridade definitiva em cada sistema devem ser respeitadas, Maccormick (1999) defende que as interações entre os sistemas deverão estar baseadas (ou coordenadas), diferentemente de um pluralismo radical⁹⁷, pelo discurso do direito internacional, mais especificamente, pela noção do *pacta*

⁹⁶ Klemen Jaklic (2014, p. 170).

⁹⁷ Em texto publicado anos antes a sua formulação final do pluralismo constitucional em 1999, no calor dos debates da decisão da corte alemã no caso Maastricht, Maccormick (1995, p. 263-265) defendeu uma modalidade radical de pluralismo, pois concluíra que as interações entre sistemas por meio das instituições dotadas de decisões auto-referenciais definitivas apenas poderiam relacionar-se por meio do discurso político, ausentes, portanto, vias jurídicas.

sunt servanda (ambos os sistemas devem respeitar e assegurar suas obrigações internacionais).

Com base no que denominou de pluralismo institucional (ou seja, o caráter plural advém da existência de diferentes instituições dispostas de competências concorrentes e legitimadas por um documento base), afastando-se de perspectivas antropológicas, McCormick sustenta que os ordenamentos constitucionais dos países europeus e o ordenamento comunitário não formam um todo unitário, disposto de forma hierárquica (do ponto de vista de quaisquer das perspectivas), mas suas relações estariam reguladas por uma pressuposição de manutenção das soluções de controvérsias no plano jurídico por meio do princípio do *pacta sunt servanda*. As relações, por sua vez, são possíveis exatamente em função do reconhecimento mútuo, uma vez que as instâncias decisórias de cada sistema serão consideradas como detentoras da última palavra em relação a sua competência e ao texto básico do sistema (do ponto de vista dos Estados, a Constituição; do ponto de vista comunitário, os tratados constitutivos da UE).

A teoria do pluralismo constitucional surge como um produto tipicamente europeu, em função do desenvolvimento institucional do projeto de integração da UE. Poucos anos depois da formulação de McCormick, Neil Walker (2002) ambicionou, no entanto, transportar a teoria para fora da Europa e, para tanto, propôs que o pluralismo constitucional pudesse ser encarado como um meta-discurso capaz de responder aos desafios de uma nova configuração de reivindicações de autoridade em um mundo de Estados pós-westfalianos, não necessariamente apenas restrito ao contexto europeu⁹⁸. Portanto, a alteração no conceito de constitucionalismo habilita o autor a transportar a moldura teórica para outros contextos institucionais diversos daquele existente na União Europeia⁹⁹.

Tendo em vista que Walker é o único dos autores do pluralismo constitucional que defende sua transposição para outros contextos e o único que desenvolve, de maneira pormenorizada, sua reavaliação do constitucionalismo, permaneceremos com suas premissas teóricas ao longo do capítulo.

⁹⁸ Avbelj e Komárek (2012, p. 03) reforçam que a teoria do pluralismo constitucional estava, inicialmente, limitada à integração europeia, mas que o trabalho de Walker (2002) foi central para o argumento de que poderia ser um fenômeno que se estenderia além da Europa. A União Europeia permanece sendo o melhor exemplo, em decorrência de sua complexidade institucional, mas não o único.

⁹⁹ Mais recentemente, o autor reconhece que as instâncias em que o pluralismo constitucional pode ser observado são bastante reduzidas, demonstrando ceticismo em relação aos autores que pretendem constitucionalizar os ordenamentos da ONU e do direito internacional como um todo (WALKER, 2012, p. 25).

Walker (2002) reconhece a íntima relação existente entre constitucionalismo e Estado e que a defesa de um pluralismo constitucional implica, necessariamente, em “desgarrar” o aspecto estatal do conceito de constitucionalismo (anteriormente, seu *locus incontestis*).

Para o autor, inicialmente, uma importante distinção tem de ser feita entre *constitucionalidade* – as estruturas básicas e mecanismos pelos quais Constituições textuais “realmente existentes” são formadas e identificadas - e *constitucionalismo* – o discurso normativo por meio do qual tais Constituições são justificadas, defendidas, criticadas e/ou denunciadas. Portanto, defender uma posição constitucional pluralista não significa que devemos defender, obrigatoriamente, um processo de constitucionalização documental de um processo institucional ou de uma comunidade política, mas sim estruturar seu discurso normativo subjacente aos processos analisados com a lente do constitucionalismo.

Antes de descrevermos a estrutura de reivindicações constitucionalistas que servem de identificação de *locus (sites)* constitucionais, precisamos expor a noção de constitucionalismo desenvolvida por Neil Walker.

Este autor considera que a divergência entre os autores sobre o tema reside na caracterização do conceito de constitucionalismo, e sugere que alcemos o debate ao campo de maior abstração no intuito de delimitar o campo semântico de um consenso possível acerca do termo. Partindo de uma visão funcional, refere-se ao constitucionalismo como espécie do gênero raciocínio prático que, em nome de algum *locus defensável* de interesse comum, se preocupa com a organização e regulação das esferas de tomadas de decisões coletivas relevantes para o interesse comum e devidamente informadas pelo mesmo¹⁰⁰.

Portanto, para evitar confusões no âmbito mais abstrato, o sentido meta-político de interesse comum perpassa por três importantes chaves: autorizativo (em nome de quem?), jurisdicional (cobre que capacidades de tomadas de decisões coletivas?) e propositiva (para qual fim?). Do ponto de vista constitucionalista, as relações entre os elementos acima em uma comunidade política ou processo político institucional não estão estabelecidas de maneira específica, definitiva e *a priori*, ou seja, limitadas às fórmulas do constitucionalismo em sua versão estatal (WALKER, 2009, p. 12-15).

Em seguida, Walker afirma que, para que possamos sustentar um constitucionalismo (considerado como elemento meta-político que cumpre a função de organizar e regulamentar o processo de tomadas de decisões coletivas em contextos políticos concretos com base no interesse comum) além do Estado em contextos de uma determinada comunidade política ou

¹⁰⁰ Em suma, constitucionalismo como meta discurso acerca da seguinte questão “como decidir o como decidir?” (WALKER, 2008a, p. 524).

de um processo político precisamos delinear duas dimensões: uma conceitual e outra estrutural.

Do ponto de vista conceitual, o constitucionalismo não é entendido como um termo aplicado de forma absoluta, mas como conceito acolhedor de nuances, a depender do grau de constitucionalização¹⁰¹. Nesse sentido, podemos elencar fatores que servem como critérios identificadores e de índices dos modos e graus com que a constitucionalização pode ser medida e identificada. Por outro lado, o aspecto estrutural busca compreender os elementos de meta-autorização utilizados pelos discursos constitucionais. Com base no aspecto estrutural é possível avaliar a legitimidade dos processos de tomadas de decisão dotados de autoridade.

De acordo com a primeira dimensão, conceitual¹⁰², o autor aponta três fatores, seguidos de subconjuntos explicativos, que compõem o conceito de constitucionalismo: *critério constitutivo* – a) o desenvolvimento de um discurso constitucional autoconsciente de defesa de um poder institucional e b) presença de uma autoridade jurídica fundacional (reivindicações de soberania); *critério de governança* - a) desenvolvimento de um escopo jurisdicional e a definição de uma esfera de competências próprias; b) reivindicação de

¹⁰¹ Lembremos o leitor da diferença anterior entre constitucionalidade e constitucionalismo. Para o reconhecimento de um discurso constitucionalista não precisamos de uma lista fixa e completa de mecanismos procedimentais e de instituições.

¹⁰² Walker (2008a, p. 522; 2002, p. 333) considera que os autores contrários à ideia de constitucionalismo além do Estado baseiam-se em divergências conceituais, uma vez que, do ponto de vista empírico, dificilmente o panorama mundial contemporâneo poderia oferecer algum conjunto fático que pudesse encerrar o debate para qualquer dos lados da disputa. Dessa forma, o problema não seria apenas de concepções diversas do constitucionalismo, ou seja, de um conceito compartilhado, mas do próprio conceito em si. A afirmação de Walker faz sentido para sua construção porque defende o aspecto da gradação do constitucionalismo e da constitucionalização, portanto, quantos mais os aspectos empíricos se fizerem presentes em um determinado contexto, mais próximo o constitucionalismo analisado estará da conceituação clássica estatal. Discordamos, no ponto, do autor. A divergência entre Walker e seus debatedores não é, simplesmente, semântica. O que pode ter levado Walker a construir sua teoria do ponto de vista conceitual seria o argumento contrário ao seu de que seria inapropriado utilizar o termo “constitucionalismo” em outros contextos diferentes da tradicional visão estadista, como se o conceito possuísse uma essência natural (como visto acima, a essência seria a vinculação Estado/Constituição, pressuposição contrária ao ponto central do pluralismo constitucional). No entanto, o conceito é o mesmo em ambas as posições (constitucionalismo), o que se altera são as concepções diferenciadas sustentadas pelos autores. Situação semelhante pode ser encontrada na discussão entre o “conceito” de direito nas questões relacionadas ao pluralismo jurídico. O reduto de outras manifestações normativas diferentes das editadas pelo Estado seria a não oficialidade e, conseqüentemente, a perda de seu aspecto jurídico. No entanto, o debate entre direito “oficial” e “não oficial” não é simplesmente conceitual (se um deles não cumprir um critério – edição estatal, não seria direito), mas de concepção: de diferentes valores e sentidos atribuídos à prática considerada como jurídica. Portanto, pluralismo constitucional seria uma concepção concorrente de constitucionalismo, não um conceito diferenciado de constitucionalismo estatal que não cumpre um critério essencial. Pensar dessa forma nos ajuda a evitar críticas que impossibilitariam, de início, a defesa do pluralismo constitucional por conta da questão linguística. Klemen Jaklic (2014, p. 57-59) critica o mesmo ponto na análise de Walker, com argumentos diversos ao defender que a construção conceitual de Walker não pode se arvorar como neutra no campo ético, ao ponto de alcançar consenso entre aqueles que a utilizam. A suposta neutralidade do axioma epistemológico conceitual poderia blindar a teoria de quaisquer ataques de proposições rivais (se o conceito de constitucionalismo é consensual, não poderíamos questionar sua utilização em quaisquer das perspectivas estatais ou além do Estado). Por essas razões, ao tratar de *conceito* no texto da tese, recomendamos que o leitor compreenda o ponto como conceito interpretativo, tal como formulado por Dworkin (2010), que comporta diversas concepções.

autonomia interpretativa com o desenvolvimento do significado das competências apontadas anteriormente por parte das instituições internas à comunidade política ou processo político e c) constituição de uma estrutura institucional para governar a comunidade política; e *critério social* (atesta como o processo constitucional articula e legitima sua relação com as entidades sociais que diz respeito) - a) especificações referentes aos critérios de identificação da qualidade de membros da associação social (cidadania, direitos e obrigações e b) as formas e mecanismos pelos quais tais membros exercem e têm seus interesses tomados em consideração (WALKER, 2002, p. 342-351)¹⁰³.

Por sua vez, a dimensão estrutural sugere que a lógica interna e externa dos processos que culminam no pluralismo constitucional é meta-constitucional, ou seja, é estruturada como um discurso de segunda ordem em, pelo menos, dois sentidos: 1) sua fonte e influência formativa é o discurso constitucional estatal (relações históricas e estruturais com o constitucionalismo estatal) e 2) se refere a argumentos de legitimidade por conta da necessidade de se diferenciar e justificar sua autonomia. Tais processos tendem a sustentar sua autoridade normativa de forma independente e irredutível ao direito estatal e o fazem exatamente na necessidade de prevalecer num contexto de disputas de fronteiras normativas. Para tanto, e para fincar sua legitimidade internamente consolidada, desenvolvem discursos de meta-autorização, como um conjunto complexo de argumentos normativos para defender sua posição (WALKER, 2002, p. 355-356). O prefixo “meta” sugere, por conseguinte, a estruturação de regras capazes de identificar regras constitucionais nos discursos de primeira ordem (WALKER, 2000, p. 10).

Por fim, na relação entre os discursos constitucionais não existe um terceiro capaz de avaliar se a decisão será considerada como uma decisão oriunda de uma autoridade com poder da última palavra. A ausência de uma autoridade final *trans-sistêmica* e de um quadro definitivo para a resolução de disputas estimula a busca de um tipo de relação entre as ordens

¹⁰³ Em escrito posterior ao referenciado no presente parágrafo, o autor altera a denominação de tais critérios, sugerindo que seriam molduras constitutivas. São elas: a) *jurídica* (ordenamento jurídico maduro que intenciona eficácia); b) *político-institucional* (conjunto de órgãos governamentais que intencionam a aplicação corrente das regras jurídicas em uma determinada comunidade política); c) *auto-autorizativa* (produto de um povo constituinte); d) *social* (sociedade relativamente integrada nesta ordem jurídica e sujeitos da regulação, permitindo a avaliação e construção do que seria o bem comum para a mesma) e e) *discursivas* (disputas ideológicas sobre o sistema que funcionam sob o prisma binário constitucional/inconstitucional e suas consequências para o status do mesmo). No caso do constitucionalismo estatal, as camadas de molduras passam por um processo histórico de gradual reforço e o envolvimento de todas as molduras torna mais subsistente a moldura constitucionalista global. No caso do constitucionalismo além do Estado, tais molduras se apresentam com aspectos graduais diferenciados e, em algumas ocasiões, ausentes (WALKER, 2008a, p. 526). Tais molduras, da mesma forma como os critérios elencados no texto, possuem aplicações variadas: se antes o autor os tratava como índices do aspecto gradativo de identificação; agora os considera como graus de implementação sincrônicos.

jurídicas muito diferentes da hierárquica, autoritária ou estratégica, abrindo espaço para relações heterárquicas e dialógicas (WALKER, 2000, p. 26).

O pluralismo constitucional é desenvolvido por inúmeros autores (como visto acima), ainda que os mesmos desenvolvam abordagens com diferentes nuances¹⁰⁴. No entanto, a defesa de um pluralismo constitucional não é unânime, porquanto seus pressupostos são contestados por importante parcela de autores europeus¹⁰⁵. Por ora, não necessitamos dissertar acerca dos diferentes pluralismos constitucionais e sua crítica, porque a forma com que tais teorias se desenvolvem, incluindo o fato de serem bem-sucedidas ou não, dependem de elementos do contexto europeu. Nosso interesse a seguir será avaliar a possibilidade de explicar as interações entre ordenamento constitucional brasileiro e a Convenção Americana sobre Direitos humanos com base no pluralismo constitucional.

2.2. A IDENTIFICAÇÃO DO PLURALISMO CONSTITUCIONAL: o discurso constitucional da CADH, a suprallegalidade e a deferência interpretativa.

Descartamos o monismo e o dualismo como teorias capazes de explicar as relações entre o direito constitucional brasileiro e o direito convencional interamericano. Em seguida, encontramos teorias desenvolvidas no âmbito europeu que parecem nos oferecer bases importantes para melhor descrever e analisar tais relações entre ordenamentos jurídicos por lidarem com situações semelhantes.

Todavia, não podemos correr o risco de cair nas mesmas armadilhas que criticamos anteriormente. Mais especificamente, não podemos “transplantar” a teoria desenvolvida no âmbito europeu de forma acrítica e automática. Ainda que contestável e metodologicamente irresponsável, o simples transplante ainda sairia na vantagem das teorias clássicas por ser um transplante de uma teoria gestada em contextos que são contemporâneos e análogos aos nossos. Entretanto, apenas o contexto não seria suficiente, pois, como alertado acima, o acolhimento de uma teoria exige que a mesma possa descrever e explicar as práticas e interpretações inerentes ao ordenamento jurídico que pretende analisar (teste do ajuste). Dessa forma, a compatibilidade da teoria do pluralismo constitucional, ainda que se pretenda como

¹⁰⁴ Jaklic (2014, p. 06) identifica a predominância da abordagem na Europa.

¹⁰⁵ O desenvolvimento das nuances e das críticas, bem como seus autores representativos, serão expostas ao longo das próximas seções.

uma teoria constitucional brasileira, precisa ser construída a partir dos dois ordenamentos que pretendemos analisar, pois ambos precisam ser caracterizados como constitucionais¹⁰⁶.

Porém, para avançarmos em tal contextualização, reconhecemos a necessidade de nos afastarmos, igualmente, das construções constitucionalistas expostas anteriormente que surgiram na Europa (constitucionalismo sócio-teológico, constitucionalismo multinível clássico e constitucionalismo reducionista), caso contrário, a escolha do pluralismo constitucional poderia ser considerada arbitrária, tendo em vista que as outras construções realizadas, igualmente, compartilham da mesma realidade política e jurídica. E é exatamente esta a principal razão de nos afastarmos de tais abordagens. Contudo, as justificativas para nos apartarmos de tais construções serão feitas ao longo do capítulo.

Feitas as ressalvas, nosso passo seguinte é apreender a capacidade analítica do pluralismo constitucional em duas dimensões, uma empírica e outra normativa.

Considerando que o pluralismo constitucional identifica uma pluralidade de fontes e de reivindicações constitucionais dotadas de autoridade final, abre-se a possibilidade de conflitos constitucionais não regulamentados de maneira hierárquica. Do ponto de vista empírico, portanto, o pluralismo constitucional seria a abordagem que melhor descreveria a realidade jurídica de coexistência concorrente de reivindicações constitucionais de autoridade definitiva entre diferentes ordens jurídicas e as tentativas judiciais de acomodá-las. O aspecto normativo do pluralismo constitucional se apresentaria da seguinte forma: a questão acerca da autoridade dotada de decisão final (dimensão empírica) deve permanecer aberta (ou seja, acolhe o aspecto descritivo como desejável), como a melhor forma de interpretar os ordenamentos constitucionais. Dessa forma, prescreve-se uma relação heterárquica ao invés de hierárquica nas hipóteses de coexistência de duas reivindicações de ordem constitucional (MADURO, 2012, p. 69-70)¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Apesar de falarmos em uma análise separada dos dois ordenamentos, não quer dizer que estamos ripristinando as premissas dualistas, porquanto as teses dualistas nas suas versões normativas e descritivas guardam pouca ou nenhuma semelhança com as abordagens baseadas no pluralismo jurídico, como ficará mais claro posteriormente.

¹⁰⁷ Poderíamos defender, por exemplo, que o cenário constitucional brasileiro seria mais bem descrito como plural, tendo em vista o reconhecimento mútuo de discursos constitucionais dotados de reivindicações de soberania. No entanto, poderíamos chegar à conclusão de que não se trataria de um aspecto defensável do ponto de vista normativo, pois o pluralismo constitucional em seu aspecto prescritivo poderia ser considerado como uma visão menos atraente para solucionar os potenciais conflitos emergentes da interação plural. Em seguida, poderíamos defender uma visão de prevalência do constitucionalismo estatal ou da norma convencional. Por conseguinte, a defesa dos aspectos descritivos e normativos é prejudicial para o pluralismo constitucional enquanto teoria. Como exemplo da União Europeia, podemos citar a posição de Julio Baquero Cruz (2008, p. 417), que reconhece que as interações entre as normas do direito europeu e as normas constitucionais são pluralistas no seu aspecto empírico, porque a cláusula de supremacia defendida pela CJEU não é aplicada e seguida de maneira incondicional por todos os estados membros. Todavia, o autor rejeita o ideal do ponto de vista normativo.

Em verdade, estamos um passo à frente na construção do pluralismo constitucional. Antes de analisarmos se o aspecto empírico pode ser observado no contexto da Constituição de 1988, devemos anteriormente responder a uma das principais perguntas que, até o momento, estava apenas pressuposta: existe um discurso constitucionalista no plano da CADH? O constitucionalismo será plural caso mais de um discurso constitucional se fizer presente nas interações normativas, obviamente. Dessa forma, o percurso argumentativo no restante do capítulo pode ser esboçado da seguinte forma: a) demonstração de um discurso constitucionalista no âmbito da CADH através da epistemologia desenvolvida pela jurisprudência da CtIDH e b) após a identificação de um discurso constitucionalista interamericano, analisaremos se a relação entre as reivindicações de última palavra por parte do STF e da CtIDH pode ser enquadrada na perspectiva pluralista

2.2.1. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a construção de uma reivindicação constitucional.

O sistema interamericano de direitos humanos surge dentro do contexto de internacionalização dos Direitos Humanos no pós Segunda-Guerra. Ainda que antecedentes da referida proteção remontem ao começo do século XX, com o desenvolvimento do direito humanitário e da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a edição de tratados específicos acerca do tema e o desenvolvimento de organismos com competência específica para lidar com a temática dos direitos humanos estão diretamente relacionados com o propósito de evitar um novo holocausto (BUERGENTHAL; SHELTON; STEWART, 2002, p. 02-27).

A proteção internacional dos direitos humanos parte da importante premissa de que os indivíduos e grupos possuem um âmbito de proteção de direitos em um plano distinto do estatal. Uma proteção em face de violações de direitos internacionalmente garantidos, portanto. Esta premissa altera paradigmas substantivos, porquanto, anteriormente, a forma com que um país tratava de seus próprios nacionais não era regulamentada, diretamente, pelo direito internacional, ainda que as violações fossem sistemáticas, em função da noção de soberania externa (dever de não intervenção) que considerava a relação Estado/indivíduo como um assunto exclusivamente interno (DONNELLY, 1998, 03-07). Outro paradigma alterado, intimamente relacionado ao anterior, é a possibilidade de um padrão internacional estabelecido por tratados internacionais ser utilizado para a fiscalização das leis internas (SIEGHART, 1983, p. 15).

No plano global, a proteção internacional dos direitos humanos é desenvolvida pelo sistema da Organização das Nações Unidas (ONU), baseado em mecanismos convencionais (fundamentado em tratados específicos e seus correspondentes comitês) e não convencionais (estipulado pela Carta da ONU e resoluções e fiscalizado pelo Conselho de Direitos Humanos).

Tendo em vista sua ampla abrangência, que inclui todos os países que fazem parte da ONU (sistema não convencional) ou mesmo no caso dos países que ratificaram os tratados específicos, inúmeros problemas comprometem a eficácia do sistema global. A influência política, a seletividade dos casos e países analisados pela extinta Comissão de Direitos Humanos, a ausência de medidas dotadas de maior força coercitiva e a dificuldade de implementação e ratificação dos tratados específicos, impulsionaram, nas décadas de 60 e 70, o surgimento de organismos regionais de proteção de direitos humanos.

Estabelecido pelo Conselho da Europa, uma organização intragovernamental, criada em 1949 por 10 países da Europa ocidental comprometidos com a preservação da democracia e da liberdade individual, o Sistema Europeu de Direitos Humanos (SEDH) baseia-se na Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e em seus respectivos órgãos: a) a (extinta) Comissão Europeia de Direitos Humanos; b) a Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH), e; c) um Comitê de Ministros (do Conselho da Europa)¹⁰⁸.

O foco de nosso interesse, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, estruturou-se por meio da Organização dos Estados Americanos (OEA) e sua estrutura orgânica inspirou-se na experiência europeia.

A OEA é uma organização internacional que inclui entre seus membros 35 Estados do continente americano. O sistema Interamericano de Direitos Humanos baseia-se em duas fontes diferentes: 1) a Carta da OEA e 2) a CADH.

O sistema baseado na Carta da OEA caracteriza-se por seu caráter não convencional, uma vez que sua normativa principal é uma Resolução, a Declaração Americana de Direitos Humanos (DADH)¹⁰⁹, de 1948. A resolução foi editada porque a Carta da OEA, originalmente, apesar de assegurar a garantia de direitos humanos, não os definiu ou criou mecanismos para sua proteção. Posteriormente, após emenda à Carta, em 1959 foi

¹⁰⁸ A CEDH entrou em vigor em 1953 e, atualmente, 47 países a ratificaram e, conseqüentemente, fazem parte do SEDH.

¹⁰⁹ Apesar de sua feição de resolução, ou seja, não é um tratado no sentido formal do termo, não significa que não possua efeitos jurídicos. Os Estados americanos possuem obrigações internacionais decorrentes da DADH, porquanto integrada à Carta da OEA e à CADH, tal como observado pela prática contemporânea da OEA (Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, §§ 29-47).

institucionalizada a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão incumbido de promover a observância e garantia dos direitos humanos no âmbito regional.

Por sua vez, o sistema convencional baseado na CADH (1969)¹¹⁰ inclui, igualmente, a CIDH, no entanto, prevê um órgão judicial, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH). A CtIDH possui funções judiciais, consultivas e cautelares. Suas decisões vinculam os Estados que aceitaram sua jurisdição e são inapeláveis¹¹¹.

Após esta sucinta apresentação do SIDH, podemos nos focar na CADH.

No plano do SIDH podemos observar um discurso constitucional? Quais indícios poderiam apontar tal conclusão? Os critérios estipulados por Walker, em suas dimensões conceituais e estruturais, podem nos oferecer as respostas que procuramos. Inicialmente serão analisados os elementos conceituais e, posteriormente, o elemento estrutural será demonstrado por meio da forma com que a CtIDH desenvolve argumentos que justificariam sua posição de defesa de um discurso constitucional.

a) Dimensão conceitual

Neil Walker aponta três fatores (e subconjuntos) que constituem o aspecto conceitual do constitucionalismo (constitutivo, governança e social). Como faz parte de um aspecto conceitual mais amplo, a divisão didática em três fatores é importante para identificação dos principais pontos de análise de um possível candidato a discurso constitucional, justamente em função de sua correlação com o discurso estatal. Contudo, a relação intrínseca entre os três dificulta uma separação estanque em uma análise concreta. Por exemplo, se no aspecto constitutivo identificamos a reivindicação de domínio da palavra final por parte de uma instituição, conseqüentemente, a instituição reivindicante disporá de competência sobre sua competência (aspecto da governança). Dessa forma, discorreremos sobre os pontos de maneira contínua e pontuaremos suas singularidades quando necessário.

Dois dos principais fatores para observarmos um discurso constitucional além do Estado são o constitutivo e o de governança. Ou seja, o desenvolvimento de um discurso de estilo constitucional, que estabelece um poder institucional capaz de reforçá-lo por meio de reivindicações de última palavra. Tal como o discurso constitucional estatal, que se estabelece

¹¹⁰ Assinada em 1969, a CADH entrou em vigor em 1978. Atualmente, 23 países ratificaram a CADH.

¹¹¹ Não precisamos dissecar o funcionamento do SIDH para fins de nossa análise, mas apenas apontar suas principais características para o leitor que o desconheça por completo. Para uma acurada análise descritiva e jurisprudencial acerca do funcionamento do SIDH, conferir as obras de Thomas Buergenthal, Norris, Robert e Dinah Shelton (1983), de Burgogue-Larsen e Ubéda De Torres (2011), Jo Pasqualucci (2013) e Cristina Terezo (2014).

como a fonte última de poder dotado de autoridade, de auto fundamentação e autolegitimação de uma determinada comunidade política, o discurso do constitucionalismo além do Estado, por meio de suas instituições, compreende a si mesmo como um ordenamento independente, seja do aspecto de sua constituição (no sentido de criação ou instituição) e/ou de sua fundamentação, do constitucionalismo estatal. A independência do constitucionalismo além do Estado explica seus discursos de soberania (última palavra no âmbito de sua competência) em relação aos demais discursos constitucionais, especialmente aos estatais.

Consequentemente, a reivindicação de última palavra acarreta a exclusividade na construção das competências do documento básico que fundamenta o discurso constitucional, incluindo, por sua importância, a autonomia interpretativa no que concerne ao desenvolvimento e significado das provisões constantes do referido documento básico.

A construção de um discurso constitucionalista da CADH, nos subconjuntos constitutivos e de governança, pode ser identificada, portanto, em, pelo menos, três momentos. Em um primeiro, nos casos em que a CtIDH afirma sua competência exclusiva em determinar os limites e alcances de sua própria competência contenciosa, consultiva e cautelar. Isto significa que a estruturação e o papel da referida instituição prescritos pela CADH independem de critérios externos a esta para avaliação¹¹². Em seguida, podemos identificá-lo nos casos em que a CtIDH se autoproclama, nas palavras da própria, intérprete última da CADH. Dito em outras palavras, caberia ao órgão criado pela CADH estabelecer os próprios critérios interpretativos, os significados e desenvolvimentos de suas disposições dotadas de autoridade. Por fim, nos casos em que a CtIDH atribui às normas da CADH características imperativas inderrogáveis (*jus cogens*), por vezes, capazes de tornar sem efeito leis internas.

A afirmação de competência da competência é natural em cortes de última instância. Tendo em vista que não estão subordinadas a nenhum outro órgão judicial, as cortes arrogam para si a declaração última acerca dos assuntos e feitos que são de sua competência, porquanto sua decisão não será revista. A CADH e o Regulamento da CtIDH não preveem, de forma explícita, a fiscalização da própria competência pela CtIDH. Não obstante a ausência normativa, o referido tribunal desenvolveu tal princípio em suas sentenças e opiniões consultivas.

Alguns casos em que a CtIDH aventou o princípio são importantes para dimensionar as consequências de suas decisões acerca do conteúdo da CADH e das obrigações dos Estados

¹¹² Critérios advindos de outros discursos constitucionais, por exemplo, o que indicaria alguma espécie de subordinação.

no SIDH, que apontam para a particularidade da noção de competência da competência no plano da convenção. Os principais julgados são:

a) casos em que o Estado, antes da sentença da CtIDH, formaliza pedido de retirada da jurisdição contenciosa da corte na Assembleia Geral da OEA exigindo efeitos imediatos¹¹³;

b) casos em que o Estado tenha aceitado a jurisdição contenciosa da corte com reservas (mais especificadamente, reservas que diziam respeito ao condicionamento das decisões da CtIDH à compatibilidade com a Constituição nacional¹¹⁴);

c) casos em que o Estado questiona a competência da CtIDH para supervisionar suas próprias sentenças¹¹⁵.

Os casos peruanos (a) foram os primeiros em que a CtIDH pôde desenvolver a perspectiva de domínio de sua própria competência. Ao interpretar o art. 62.3, da CADH, a corte afirmou que, tal como qualquer órgão jurisdicional, detém o poder inerente à sua autoridade para determinar o alcance da sua própria competência. Em decorrência deste princípio, a CtIDH afirmou que o reconhecimento de sua competência seria uma cláusula que não permitiria nenhuma interferência por parte dos Estados¹¹⁶. A afirmação de tal princípio não é nenhuma novidade no plano processual¹¹⁷, contudo, as razões utilizadas pela CtIDH extrapolam a dimensão, estritamente, procedimental. Tivesse a CtIDH ofertado apenas o argumento baseada no procedimento, o conteúdo do princípio seria o mesmo do direito processual ou arbitral, no entanto, a corte interamericana foi além.

Sua principal preocupação é com a efetividade do sistema de proteção de direitos humanos. Como justificativa, defende que os Estados devem garantir uma proteção processual

¹¹³ Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C, No. 54 e Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55.

¹¹⁴ Caso Constantine y otros Vs. Trinidad y Tobago. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 82.

¹¹⁵ Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104.

¹¹⁶ Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú, Competencia, § 34.

¹¹⁷ No processo civil a competência do Poder Judiciário refere-se aos limites impostos pela Constituição e pelas leis processuais ao exercício da jurisdição. Daí a origem da comum fraseologia da processualística “competência é a medida da jurisdição”. A unicidade de jurisdição é uma premissa básica para a construção de competência – a função jurisdicional é confiada ao Poder Judiciário, cujos órgãos exercem a mesma função com âmbitos de incidência diferenciados. A repartição de tais competências segue diversas lógicas (federativas, materiais, pessoais e políticas). Dessa forma, cada juiz em seu âmbito de atuação é capaz de decidir acerca da medida de sua jurisdição no campo de uma atividade jurisdicional única (DINAMARCO, 2005, p. 436-439). Disto decorre que a incompetência não acarreta anulação do procedimento, pois tão somente os atos decisórios e não os de mero ofício serão considerados inválidos (arts. 113 e 311, do CPC/73). O princípio no direito arbitral surge como garantia de eficácia do procedimento arbitral, pois evita, ao atribuir ao próprio tribunal arbitral a decisão acerca de sua competência, que uma parte, unilateralmente, contorne a via arbitral (BERMAN, 2012, p. 14). É válido lembrar que a arbitragem está baseada em questões de consentimento e compromisso, nada comparado à jurisdição compulsória de um tribunal de direitos humanos. As duas situações (procedimentais e arbitrais) guardam pouca ou nenhuma relação com a construção da CtIDH.

aos direitos da CADH, atribuindo às disposições convencionais seus efeitos próprios (*effet utile*), ou seja, a defesa substancial está intrinsicamente relacionada à defesa processual. Portanto, uma interpretação de boa-fé do tratado estipularia que apenas a denúncia total da CADH permitiria a retirada da jurisdição contenciosa da corte¹¹⁸.

Além do aspecto da efetividade, o argumento seguinte, de cunho substantivo, justifica o argumento instrumental anterior – o poder de determinar a competência da competência possibilita à CtIDH garantir os valores inerentes à CADH. De acordo com a CtIDH, enquanto tratado de direitos humanos, a CADH carrega valores superiores (ligados à proteção do ser humano) que consagram obrigações de caráter objetivo¹¹⁹ para os Estados que a ratificam¹²⁰. Portanto, caso a jurisdição contenciosa tenha sido aceita, o Estado possui uma obrigação objetiva de garantir a efetividade do sistema a fim de preservar o valor da proteção do ser humano. A discricionariedade do Estado está limitada no contexto dos Direitos Humanos.

No caso em que a República de Trindade e Tobago estabeleceu reservas ao art. 62, 2, da CADH¹²¹ (b) com base na Constituição nacional (as decisões da corte apenas seriam aceitas caso estivessem conforme seções pertinentes da Constituição e quando não contraviessem, estabelecessem ou contrariassem direitos fundamentais previstos na Constituição). O Estado defendeu a reserva argumentando o fato de a jurisdição da corte interamericana ser um privilégio e não um direito, porquanto sua jurisdição contenciosa em relação a um Estado estaria diretamente subordinada à vontade do mesmo e que tal reserva

¹¹⁸ Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú, Competencia, § 39-41.

¹¹⁹ *idem*, § 42. A ideia de obrigações objetivas foi, inicialmente, desenvolvida pela Corte Europeia de Direitos Humanos (Ireland vs. United Kingdom case, judgment of 18 January 1978, Series A no. 25, p. 90, § 239). Obrigações objetivas significam a criação, no plano internacional, de direitos para os indivíduos e deveres para as partes contratantes, e não de direitos e obrigações entre Estados. Dessa forma, são tratados que não criam relações jurídicas bilaterais ou recíprocas (ORAKHELASHVILI, 2003, p. 533). A reciprocidade, portanto, está ausente nas obrigações criadas por tratados internacionais de direitos humanos, uma vez que as obrigações impostas a uma das partes do tratado não são definidas para o benefício mútuo. Os beneficiários dos tratados multilaterais de direitos humanos não são os Estados Partes, mas os indivíduos sob sua jurisdição (DE SCHUTTER, 2010, p. 96).

¹²⁰ A referida justificativa pode ser condensada na manifestação da CtIDH em opinião consultiva, que, em resumo, salientou que a CADH não seria um tratado multilateral tradicional concluído para a troca recíproca de direitos para o benefício mútuo dos Estados contratantes. Seu objeto e finalidade seriam a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos, independentemente da nacionalidade. Ao concluir esses tratados, os Estados sujeitam-se a uma ordem legal e assumem obrigações, não em relação a outros Estados, mas para com todos os indivíduos sob sua jurisdição (OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, § 29).

¹²¹ Artigo 62º 1. *Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção. 2. A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário-Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma aos outros Estados membros da Organização e ao Secretário da Corte. 3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como preveem os incisos anteriores, seja por convenção especial.*

não influenciaria nos direitos garantidos aos indivíduos pela CADH¹²². Ademais, como o Executivo não poderia alterar normas constitucionais, caso a CtIDH declarasse a nulidade da reserva, o Estado requereu que o fizesse *ab initio*, ou seja, como se a aceitação da jurisdição contenciosa nunca tivesse ocorrido¹²³.

Além de reforçar a construção desenvolvida nos casos peruanos¹²⁴, a CtIDH afirmou que a aceitação da jurisdição da corte não poderia subordinar sua efetividade ao ordenamento de Trinidad e Tobago, acarretando consequências negativas para a proteção dos direitos humanos¹²⁵. Dessa forma, segundo a CtIDH, a reserva permitiria ao Estado decidir, em cada caso, a medida de sua própria aceitação da jurisdição da corte, atribuindo ao Estado o poder de decidir quais questões poderiam ser conhecidas e julgadas pela corte e, por consequência, destituir de eficácia a função contenciosa. E o mais importante, a reserva acarretaria a seguinte situação: a primeira referência normativa da CtIDH seria a Constituição do Estado e, secundariamente, a Convenção Americana, causando fragmentação da ordem jurídica de proteção internacional dos direitos humanos, tornando ilusórias o objeto e a finalidade da Convenção¹²⁶.

No julgado Baena Ricardo¹²⁷ (c) o Estado alegou que a competência para supervisão da sentença estaria fora do âmbito da jurisdição contenciosa da CtIDH e se incluiria nas competências políticas da Assembleia Geral da OEA. De acordo com o Panamá, a alteração das competências de um tribunal internacional não poderia ser feita por meio de práticas jurisprudenciais e que a interpretação da competência da competência não incluiria aspectos alheios aos elementos constitutivos do SIDH (ausência de previsão positiva).

A CtIDH, ao retomar os argumentos desenvolvidos anteriormente nos casos acima, não acolheu as alegações do Estado. Segundo a CtIDH, a garantia dos efeitos dos tratados de direitos humanos implica a defesa procedimental do cumprimento das decisões do tribunal (artigos 67 e 68.1, da CADH) acrescida da defesa substantiva¹²⁸. Isto porque, ainda de acordo com a corte, as sentenças oriundas de um tribunal de direitos humanos não surtem efeitos

¹²² Caso Constantine y otros Vs. Trinidad y Tobago. Excepciones Preliminares, §§ 46-47.

¹²³ *Idem*, §§ 50-51.

¹²⁴ *Idem*, §§ 70-76.

¹²⁵ Os casos levados à CtIDH (Caso Hilaire, Caso Benjamin y otros e Caso Constantine) e as recomendações da CIDH relativos à pena de morte envolvendo Trinidad e Tobago levaram o país à denunciar a CADH em 1998, sob as justificativas de que a Constituição do país previa a possibilidade de institucionalizar a pena capital, além de os tribunais internos disporem de procedimentos expeditos para evitar que a demora no cumprimento da pena de morte acarretassem tratamentos cruéis e desumanos. Cf. Notificación de Denuncia de la Convención Americana de Derechos Humanos, realizada pelo Notificación de Denuncia de la Convención Americana de Derechos Humanos (26/05/1998).

¹²⁶ *Idem*, §§ 82 - 84.

¹²⁷ Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Competencia.

¹²⁸ *Idem*, §§ 65-66.

meramente declaratórios, em função da incumbência de garantir a realização da justiça no caso com a concretização das determinações da decisão. Considerando que a eficácia da decisão depende de sua execução, a supervisão da sentença e seu cumprimento estão relacionados ao acesso à justiça, consagrado nos arts. 8 e 25 da CADH¹²⁹.

Da análise dos casos expostos, a CtIDH interpretou a CADH de forma a atribuí-la com independência em relação aos Estados no que diz respeito à delimitação de sua própria competência contenciosa. Como justificativas, a CtIDH argumentou que a natureza dos direitos envolvidos cria obrigações objetivas (não são relações de reciprocidade) aos Estados, as quais bloqueiam argumentos de soberania estatal. Por conseguinte, tais obrigações fundem a proteção material à processual em uma dimensão do direito ao acesso à justiça que condiciona a eficácia da proteção dos direitos humanos (razão de ser do SIDH) ao reconhecimento de autonomia na interpretação das competências atribuídas à CtIDH.

A competência da competência, tal qual interpretada pela CtIDH, favorece a ideia de que a referida instituição está vinculada a um documento básico que se autofundamenta (os valores dos direitos humanos) e se autolegitima (independe de autorizações constitucionais ou de interesses e vontades dos Estados para decidir o que irá decidir).

A afirmação de independência institucional da CtIDH para delimitar sua própria competência a fim de garantir efetividade à proteção de direitos humanos prevista na CADH deságua, pouco tempo depois, na doutrina do controle de convencionalidade¹³⁰. De acordo com a CtIDH, os órgãos judiciais têm o dever de harmonizar o direito interno de acordo com, não apenas as normas da CADH, mas, igualmente, com a jurisprudência da CtIDH, intérprete final¹³¹ da CADH

A autonomia institucional que perfaz o discurso constitucionalista como produto de uma lógica autorreferente pressupõe que os órgãos que fazem parte deste discurso tenham o poder exclusivo e definitivo de desenvolver a interpretação do texto básico que o fundamenta. No caso da CADH, a CtIDH demanda que o desenvolvimento interpretativo da CADH tenha por base sua capacidade institucional de definir o significado das previsões convencionais de forma inquestionável pela via do denominado controle de convencionalidade. O parâmetro de análise das normas de um ordenamento constitucional deve ser, além do próprio direito constitucional, a interpretação definitiva e dotada de autoridade realizada pela CtIDH.

¹²⁹ *Idem*, §§ 80-82.

¹³⁰ Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. O controle de convencionalidade será analisado com mais detalhes posteriormente.

¹³¹ A expressão em espanhol utilizada pela corte é *intérprete última*.

Ao sustentar o discurso do intérprete final¹³², a CtIDH expressa os seguintes pressupostos específicos ao SIDH: a) apesar de a interpretação primeira da CADH poder e dever ser feita pelas cortes nacionais¹³³, a única interpretação dotada de autoridade é a sua própria e b) a referida interpretação final não está sujeita à revisão dos Estados com base em alguma noção voluntarista de obrigações internacionais.

O discurso de intérprete final da CADH análogo ao do monopólio da última palavra sustentado pelas cortes constitucionais¹³⁴ permitiu que a CtIDH afirmasse, especialmente nos casos que envolviam leis de anistia e auto anistia (anistias concedidas pelo próprio governo autoritário), que as leis internas contrárias à sua jurisprudência são destituídas de efeitos jurídicos¹³⁵.

Portanto, no âmbito da CADH apenas a CtIDH possui o monopólio da interpretação das obrigações objetivas que sujeitam os Estados partes.

A CtIDH, especialmente no período em que o Juiz Caçado Trindade compunha seus quadros, atribuiu a certos direitos convencionais o status de normas cogentes (*jus cogens*), que acarretam obrigações *erga omnes* aos Estados. A caracterização de alguns direitos da CADH como *jus cogens* sugere uma estruturação de hierarquia diferenciada das próprias normas convencionais, que foram alçadas ao status de normas vinculantes à revelia do consentimento

¹³² Após a paradigmática decisão no caso Almonacid, a corte sustentou, ao longo dos anos, o argumento de intérprete final da CADH nos seguintes julgados: Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, § 173; Caso Radilla Pachecho vs Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, § 339; Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, § 236; Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, § 219; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, § 202; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, § 176; Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, § 225; Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, § 193; Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227, § 164; Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, § 226; Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, § 93; Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012 Serie C No. 246, § 303.

¹³³ Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, § 33 (a proteção outorgada pela CADH tem como nível inicial o nacional, contudo, caso o a questão não tenha sido solucionada no plano interno, complementarmente, o nível internacional poderá ser acionado. Consequentemente, quando o assunto for resolvido na ordem interna de acordo com as disposições da CADH, não é necessária posterior “aprovação” ou “confirmação” da CtIDH).

¹³⁴ Cf., apenas exemplificativamente, AgR no RE 477.554/MG, Celso Mello, DJ 26/08/11.

¹³⁵ Ariel Dulitzky (2015, p. 65) concorda que o controle de convencionalidade adotado pela CtIDH equivale à constitucionalização da CADH e à categorização da CtIDH como uma corte constitucional, pois a CADH é disposta como uma norma hierárquica superior capaz de nulificar leis (e Constituições) inferiores por meio de um órgão capaz de prolatar decisões dotadas de autoridade e definitivas acerca da interpretação da convenção.

dos Estados ou da OEA e que não podem ser afastadas pelos Estados (vinculação e inafastabilidade análogas às normas constitucionais).

A hierarquia privilegiada e a força das normas cogentes criam, em consequência, obrigações de natureza especial (*erga omnes*) que vinculam os Estados e particulares¹³⁶. Decorrentes dos arts. 1.1 e 2º da CADH, as obrigações estão diretamente relacionadas ao conteúdo do direito alçado ao posto de norma cogente, portanto, por exemplo, como a garantia de vedação da tortura está no rol das normas internacionais vinculantes, os Estados têm obrigações especiais de abster-se de impor castigos corporais, de prevenir castigos cruéis, desumanos ou degradantes e investigar e punir os responsáveis pela eventual violação do direito¹³⁷.

Atualmente, a CtIDH atribuiu o status de normas cogentes aos seguintes direitos: 1) igualdade e não discriminação; 2) Proibição do desaparecimento forçado; 3) Vedação de Execuções Extrajudiciais; 4) Vedação da tortura e de tratamentos desumanos e 5) Acesso à Justiça¹³⁸.

A primeira referência ao *jus cogens* na Corte ocorreu no caso Aloeboetoe (1993)¹³⁹, ocasião em que realizou uma breve e genérica referência à validade de um tratado de 1762, sustentando sua provável contrariedade com as normas *jus cogens* supervenientes. No entanto, não houve desenvolvimento substancial do conceito e ele não serviu para qualificar norma da CADH (QUISPE REMON, 2010, p. 59)¹⁴⁰. O maior desenvolvimento das normas cogentes na jurisprudência da Corte ocorre na Opinião Consultiva nº 18/03¹⁴¹, que discutia a condição jurídica de trabalhadores migrantes sem documentação.

Em seguida, exporemos os direitos que a CtIDH identificou como *jus cogens* e sua correlata obrigação *erga omnes* aos Estados.

1) *Igualdade e não discriminação* (art. 24 da CADH): Influenciada pelas construções de Cañado Trindade, a corte salientou, inicialmente, que o reconhecimento e aplicação de

¹³⁶ Cañado Trindade (2011, p. 67) defende a evolução correlata das normas *jus cogens* e das obrigações *erga omnes* - as últimas, entretanto, incidem no campo processual. Ainda com base no autor, a evolução correlata não é de mão dupla: nem toda obrigação *erga omnes* advém de uma norma de *jus cogens*, o contrário é sempre verdadeiro. Atentos ao alerta de Cañado Trindade, apenas citamos casos em que a corte tenha identificado obrigações *erga omnes* decorrentes de normas cogentes.

¹³⁷ Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123, § 70.

¹³⁸ Quispe Remon (2010,p.74) identificou o mesmo grupo de direitos analisando os casos contenciosos da CtIDH.

¹³⁹ Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de e. Serie C No. 15, § 57.

¹⁴⁰ Em votos concorrentes posteriores ao caso Aloeboetoe, Cañado Trindade sustentou que alguns preceitos da CADH alcançaram o status de normas de *jus cogens*. Como nos casos Blake Vs. Guatemala (1998) e “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala (1999), por exemplo.

¹⁴¹ Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. §§ 99-110.

normas *jus cogens* não se limitavam ao direito dos tratados, tal como o previsto na Convenção de Viena, mas se aplicava, igualmente, aos princípios da responsabilidade internacional dos Estados¹⁴².

Em seguida, em decorrência da natureza unitária do gênero humano e da dignidade da pessoa humana, a corte afirmou que a responsabilidade dos Estados em proteger e respeitar direitos humanos (sejam constitucionais ou internacionais) deve ser efetivada sem discriminação alguma, de qualquer natureza (sexo, raça, cor, língua, religião, convicção política, origem nacional, étnica, social, nacionalidade, idade, posição econômica, propriedade, estado civil, nascimento ou qualquer outra condição). Portanto, toda atuação estatal deve estar impregnada pelos postulados da igualdade perante a lei e o da não discriminação, ambos são normas imperativas de direito internacional e que vinculam os Estados independentemente de fazerem parte da Convenção¹⁴³.

Da natureza cogente do direito à igualdade e da não discriminação decorrem obrigações gerais, cuja violação será mais grave em função das suas características peremptórias. Como normas vinculantes, impedem que os Estados ajam de forma discriminatória para com indivíduos considerados como trabalhadores migrantes¹⁴⁴. Os efeitos do princípio da igualdade e da não discriminação implicam em obrigações *erga omnes* de proteção que vinculam os Estados e geram efeitos em relação a terceiros, incluindo particulares¹⁴⁵.

¹⁴² *Idem*, § 99. Os artigos da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados citadas pela CtIDH foram os seguintes: Artigo 53º (*É nulo todo o tratado que, no momento da sua conclusão, seja incompatível com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os efeitos da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceite e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu todo como norma cuja derrogação não é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral com a mesma natureza*) e Artigo 64.º (*Se sobrevier uma nova norma imperativa de direito internacional, geral, qualquer tratado existente que seja incompatível com essa norma torna-se nulo e cessa a sua vigência*).

¹⁴³ *Idem*, § 100-101. A última parte do parágrafo referido será retomada posteriormente na seção 3.3.2, *infra*.

¹⁴⁴ *Idem*, § 106.

¹⁴⁵ *Idem*, § 110. A natureza *jus cogens* do direito à igualdade e da não discriminação foi reafirmada nos seguintes casos: Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, § 184; Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, § 94; Caso Vélez Loo Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, § 248; Caso Atala Rifo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, § 79; Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, § 225; Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, § 205 e Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, § 197.

Após a OC nº 18/03, que demonstrou a capacidade da CtIDH em identificar normas de *jus cogens* na CADH, a corte passou a atribuir, poucos anos depois e dentro de sua competência contenciosa, o status de norma peremptória a uma série de outros direitos.

2) *Proibição de desaparecimento forçado* (arts. 4º, 5º, 7º e Preâmbulo da CADH): O caráter de norma inderrogável atribuída à proibição de desaparecimentos forçados deve-se à gravidade do ato como crime contra a humanidade e da natureza dos valores e bens transcendentais violados. A obrigação *erga omnes* dos Estados está representada pelos deveres de investigar as violações sistemáticas e de sancionar os culpados¹⁴⁶.

3) *Vedação de Execuções Extrajudiciais* (arts. 4º, 5º, 7º e Preâmbulo da CADH): a íntima relação do direito à vida (direito inalienável e fundamental ao gozo dos demais) com a grave violação de direitos humanos perpetrada pelas execuções extrajudiciais levou a Corte a afirmar que esta prática contraria o *jus cogens*. A obrigação *erga omnes* dos Estados está representada pelos deveres de criar medidas apropriadas e efetivas para proteger o direito à vida¹⁴⁷.

4) *Vedação da tortura e de tratamentos desumanos* (arts 4º, 5.1 e 5.2 da CADH): as normas da CADH que preveem a vedação da tortura e de tratamentos desumanos caracterizam-se pela sua proteção absoluta e completa contra todas as formas de tortura, inclusive a psicológica e a moral. Proteção que se estende mesmo em circunstâncias delicadas, tais como: a guerra, ameaça de guerra, a luta contra o terrorismo e outros crimes, estado de sítio ou de emergência, guerra civil ou comoção, suspensão das garantias constitucionais, instabilidade política interna ou qualquer outra calamidade pública ou de emergência. A obrigação *erga*

¹⁴⁶ As considerações são o resumo de apanhado das fundamentações feitas pela corte nos seguintes casos: Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, § 84; Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, § 157; Caso Radilla Pachecho vs Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, § 139; Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, § 193; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, § 105; Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, § 75; Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, § 83; Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250, § 114; Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012 Serie C No. 253, § 232; Caso García y Familiares Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012 Serie C No. 258, § 131 e Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274, § 112.

¹⁴⁷ Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, §§ 76 e 128 e Corte IDH. Caso Huilca Tecse Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121, § 65.

omnes dos Estados está representada pelos deveres de investigar as violações sistemáticas e de sancionar os culpados¹⁴⁸.

5) *Acesso à Justiça* (arts. 8.1 e 25 da CADH): Em casos em que o Estado tenha violado normas tidas como inderrogáveis, os Estados são obrigados a investigar as violações de direitos humanos e a punir os responsáveis (obrigações *erga omnes*). Nesse passo, o acesso à justiça deve ser considerado como uma norma imperativa de direito internacional e, como tal, geradora de obrigações *erga omnes* para os Estados, no sentido de adotar as medidas necessárias para não deixar impunes tais violações, seja por meio do direito interno ou do direito internacional, ou, se for o caso, colaborando com outros Estados¹⁴⁹.

O critério social, por seu turno, se apresenta no contexto do discurso constitucional da CADH de maneira peculiar por ser o aspecto basilar de sua existência e trazer consigo um dos principais postulados do constitucionalismo estatal: a limitação do poder constituído.

A proteção dos direitos humanos no continente americano está alicerçada na desvinculação da atribuição de direitos ao indivíduo pela razão de pertencer a uma comunidade política específica. A atribuição, aos indivíduos dos países que ratificaram a CADH, de importante classe de direitos que se institui de forma independente e concorrente aos direitos fundamentais previstos constitucionalmente impede que o critério típico de identificação dos direitos fundamentais na ordem constitucional (nacionalidade) sirva como obstáculos à promoção da dignidade humana.

O estabelecimento de um campo de direitos que independe da nacionalidade para aferir sua titularidade permitiu à CtIDH desenvolver as normas da CADH como padrões

¹⁴⁸ As considerações são o resumo de apanhado das fundamentações feitas pela corte nos seguintes casos: Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, § 92; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, § 112; Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, § 143; Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123, § 100; Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, § 117; Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, § 126; Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, § 97; Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, § 271; Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164, § 76; Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, § 132; Caso Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, § 140; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, § 197; Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C No. 229, § 84; Caso Fleury y otros Vs. Haití. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Serie C No. 236, § 70 e Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, § 147.

¹⁴⁹ Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, § 160.

jurídicos que identificam seus titulares com base no caráter intrínseco de ser humano, portanto, com base em um critério distinto do tradicionalmente utilizado no direito constitucional¹⁵⁰. Isto não quer dizer que direitos fundamentais e humanos sejam diferentes em seus fundamentos (diferença ontológica), ponto que será aprofundado posteriormente, mas trata-se de argumento importante para que a CtIDH sustentasse a limitação do poder no nível nacional através de um feixe de direitos alheios à formulação constitucional.

A referida percepção remonta à primeira sentença de mérito no caso Velásquez Rodríguez e a interpretação que a CtIDH realizou do artigo 1.1, da CADH.

De acordo com a corte, a prescrição presente no dispositivo acima obriga os Estados a respeitar e garantir todos os direitos previstos na CADH, de forma que qualquer alegação de violação desses direitos implica, necessariamente, em uma violação ao art. 1.1¹⁵¹. Ao correlacionar a obrigação dos Estados em respeitar e garantir os direitos da CADH (art. 1.1) com as ações ou omissões perpetradas pelos Estados que violam direitos humanos, a CtIDH justifica a responsabilidade que é imputada ao Estado da seguinte forma: a ratificação do CADH implica em obrigações de respeito e garantia dos direitos nela consagrados que vinculam todos os órgãos estatais e o respectivo aparato governamental, de modo que os Estados devem prevenir, investigar e punir toda violação dos direitos reconhecidos pela Convenção e também restaurar, se possível, o direito violado. Ou seja, violar qualquer direito substantivo da CADH é, simultaneamente, violar a obrigação de respeitá-los e garanti-los.

Dessa forma, a fim de respeitar os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, e, portanto, superiores ao poder estatal, a CADH estabelece limites à atuação do poder público¹⁵². Como afirmado pela CtIDH, a proteção dos direitos humanos parte do pressuposto da existência de atributos invioláveis da pessoa humana que não podem ser menoscabados legitimamente pelo exercício do poder público. Trata-se de esfera individual que o Estado não pode violar. Assim, na defesa dos direitos humanos, está inclusa a noção de restrição do exercício do poder Estatal¹⁵³.

¹⁵⁰ Nem todos os grupos de direitos fundamentais previstos na Constituição brasileira aplicam-se aos estrangeiros. O principal exemplo são os direitos políticos, que dependem do critério da nacionalidade para serem gozados (art. 14, § 2º da CF/88).

¹⁵¹ Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, § 162.

¹⁵² Idem, §§ 164-165. Outros casos citaram tal construção e o precedente Velásquez Rodríguez, cf.: Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012 Serie C No. 248, § 126; Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, § 143; Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012 Serie C No. 259, § 189.

¹⁵³ Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, § 21.

Os atributos invioláveis da pessoa humana, estipulados de forma genérica, prescindem da nacionalidade do indivíduo para que seus direitos possam ser garantidos pelos Estados em que estão vinculados e a responsabilidade estatal está relacionada à obrigação de respeito e garantia exigida pela CADH. O argumento é importante para a CtIDH, porquanto a legitimação do SIDH não está limitada às relações de moralidade política postuladas pelos governos constitucionais dos países que ratificaram a CADH, mas vai além ao sustentar que tais relações estão limitadas pelos direitos convencionais. Portanto, a legitimidade da atuação da corte depende, também, da forma com que inclui posições individuais efetivas que limitam a atuação dos poderes públicos nacionais, a fim de dar voz e a devida consideração aos diferentes interesses dos indivíduos. O aspecto social expande-se, e, por essa razão, há a inclusão de demandas de diferentes naturezas no sistema, por meio da interpretação que a CtIDH realiza da noção de “pessoa” contida no art. 1.2, da CADH.

A CtIDH não limitou o acesso ao SIDH apenas às pessoas naturais consideradas individualmente, mas estendeu a proteção da CADH à acionistas de empresas e à comunidades indígenas e populações tradicionais.

Ainda que a CADH não tenha mencionado a proteção de pessoas jurídicas¹⁵⁴, não significa que sua proteção não possa abarcar indivíduos que estejam cobertos por ficção jurídica criada pelo ordenamento jurídico nacional, no caso, de acionista de empresa¹⁵⁵. De acordo com a interpretação da CtIDH, violações ao direito à propriedade não poderiam ficar desamparadas a depender da situação jurídica dos indivíduos que, a fim de assegurar interesses comuns compartilhados, recorrem à criações jurídicas existentes nos ordenamentos internos, exatamente, para facilitar a consecução de seus interesses¹⁵⁶. A corte ressalva, contudo, que analisa os direitos dos acionistas de forma individual, e não o direito da empresa considerada como entidade autônoma de acordo com o direito nacional¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Em 2014, Panamá solicitou Opinião Consultiva à CtIDH para, dentre outros pedidos, interpretar o alcance de *pessoas* presente no art. 1.1, da CADH, no intuito de saber se pessoas jurídicas poderiam acessar o SIDH e se possuiriam algum direito humano.

¹⁵⁵ Caso Cantos Vs. Argentina. Excepciones Preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C No. 85, § 29. A vítima, José María Cantos, dono de um grupo empresarial composto de várias corporações, alegava limitações ao seu direito de propriedade envolvendo questões comerciais em função de confisco de documentos importantes para o prosseguimento de suas transações empresariais (Caso Cantos Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, § 2).

¹⁵⁶ Para ilustrar seu argumento, a CtIDH utiliza um exemplo: nas hipóteses em que um fazendeiro pobre ou de dois fazendeiros pobres em regime de copropriedade, adquirirem um equipamento, posteriormente, confiscado injustamente pelo governo, suas queixas poderão ser analisadas com base no art. 21, da CADH. No entanto, caso dois fazendeiros pobres associem-se de alguma forma, criando uma pessoa jurídica, afirmar que seu equipamento confiscado não poderia ser protegido pela CADH seria um contrassenso (Caso Cantos Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, § 25-27).

¹⁵⁷ Caso Perozo y otros vs. Venezuela, sentencia del 28 de enero de 2009. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, Nº 195, § 399.

Ao interpretar o art. 21, da CADH com base nos direitos de comunidades indígenas, a CtIDH considerou que tal artigo não protege apenas a propriedade individual, mas o direito de propriedade em um sentido que inclui os direitos dos membros das comunidades indígenas no âmbito da propriedade considerada como comunal. Portanto, um âmbito coletivo do direito à propriedade (o direito é da comunidade e não dos indivíduos que a compõe, considerados individualmente). Isto porque, entre os indígenas, existe uma tradição sobre uma forma comunal de propriedade coletiva da terra, no sentido de que a propriedade da terra não está centrada no indivíduo, mas no grupo e na comunidade¹⁵⁸.

Com base na análise feita na presente seção, podemos identificar e sumarizar de que forma o elemento conceitual do constitucionalismo além do Estado se faz presente no contexto da CADH.

Como alertado linhas atrás, os fatores que compõem a dimensão conceitual são, além de critérios, índices do seu grau de constitucionalização. Portanto, de início, podemos destacar que todos os fatores da dimensão conceitual se fazem presentes, ainda que com grau diferenciado do constitucionalismo estatal. Do ponto de vista institucional, por exemplo, a CADH apresenta apenas dois órgãos (a CIDH e a CtIDH) e não se estrutura, partindo da perspectiva do fator social, como um documento que se pretende fundar ou reunir uma comunidade política com critérios de associação específicos (como a aquisição de uma determinada nacionalidade) ou com limites espaciais de atuação normativa.

Não obstante tais diferenças, a compreensão da CADH como um tratado que carrega obrigações objetivas de respeito e garantia de direitos da pessoa humana, considerados como valores superiores às ordens jurídicas dos Estados partes, justifica a estipulação de reivindicações de autonomia referentes à competência por parte da CtIDH (não depende de autorização ou de condições presentes nas Constituições estatais) de conhecer seus casos e executar suas próprias sentenças. Ademais, a reivindicação de autonomia institucional por parte da corte permite sua argumentação de monopólio do significado normativo dos direitos previstos na CADH. Por fim, tais direitos, inerentes a todos os indivíduos que tenham suscitado violações de direitos perpetradas pelos Estados que ratificaram a convenção, limitam as relações de moralidade política inerentes aos governos constitucionais.

b) Dimensão estrutural

¹⁵⁸ Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, sentencia del 31 de agosto de 2001. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, Nº 79, §§ 148-149.

A dimensão conceitual está intrinsicamente relacionada à estrutural, uma vez que a primeira se apresenta como elemento do conceito de constitucionalismo (ou seja, presentes os fatores formadores do conceito, estaríamos diante de um discurso que se julga constitucional) e a última abarca os recursos argumentativos lançados pelas instituições do constitucionalismo além do Estado para justificar a utilização da dimensão conceitual (princípios de meta-autorização).

A dimensão estrutural mais importante e que dá origem às demais é a proteção de direitos inerentes a pessoa humana garantidos de forma concorrente aos direitos previstos pelas ordens constitucionais dos países que ratificaram a CADH. O argumento da proteção de valores comuns superiores à ordem estatal dotada de mecanismos de controle e fiscalização específicos, que são fundamentados por obrigações objetivas de respeito e garantia direcionadas aos Estados, que, por essa razão, devem agir de forma limitada em suas razões de moralidade política, é ilustrado pela CtIDH por meio do caráter especial da CADH¹⁵⁹. Dessa forma, uma das justificativas para defender elementos conceituais do discurso constitucional seria o caráter especial da convenção.

De acordo com a CtIDH, as características elencadas no parágrafo acima diferenciam a CADH de outros tratados que regem os interesses mútuos entre os Estados Partes. Da especialidade da CADH decorre a obrigação objetiva de conferi-la, no plano interno, de efeitos que sejam condizentes com seus propósitos e objetivos (*effet utile*). O princípio aplica-se não apenas em relação às disposições substantivas da CADH, mas igualmente às regras processuais¹⁶⁰. A cláusula, ao determinar a obrigatoriedade de adequação de disposições de direito interno nos planos substantivos e procedimentais, é essencial para a eficácia do sistema, que deve ser interpretado e aplicado de modo que suas garantias previstas sejam eficazes, dada a natureza especial dos tratados de direitos humanos¹⁶¹.

A garantia dos efeitos próprios encontra guarida no art. 2, da CADH, contudo, como a mesma não estipula quais são as medidas que devem ser adotadas pelos Estados, a CtIDH estipulou duas direções que satisfazem o princípio: 1) abolição de regras e práticas que resultam na violação das garantias estabelecidas na CADH, neguem os direitos nela

¹⁵⁹ Caso del Tribunal Constitucional. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55, §. 41; Caso Hilaire. Excepciones Preliminares, Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 80, § 94; Caso Baena Ricardo. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, §. 96; Caso Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Excepciones Preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C No. 118, § 69.

¹⁶⁰ Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, § § 104-105.

¹⁶¹ Caso del Tribunal Constitucional. Competencia. § 36.

reconhecidos ou impeçam seu exercício e 2) emissão de regras e o desenvolvimento de práticas que acarretem na aplicação efetiva de tais garantias¹⁶².

Em decorrência da especialidade da CADH¹⁶³, sua interpretação está alicerçada em critérios hermenêuticos específicos. No caso *Artavia Murillo*¹⁶⁴, a CtIDH teve oportunidade de elencar os critérios hermenêuticos utilizados em sua jurisprudência que são específicos da convenção: a) conforme o sentido comum dos termos; b) sistemático e histórico; c) evolutivo; e d) teleológico¹⁶⁵.

Por meio do critério interpretativo evolutivo, por exemplo, a CtIDH considera a CADH como um instrumento vivo, o que quer dizer que sua interpretação deve acompanhar a mudança dos tempos e das condições de vida atuais. Ademais, ainda com base na noção de instrumento vivo, a CtIDH estabeleceu que as interpretações que realiza da CADH são autônomas em relação ao significado atribuído à suas normas nos ordenamentos internos¹⁶⁶. Por outro lado, o caráter evolutivo do instrumento vivo permite, igualmente, à CtIDH recorrer ao direito comparado, na figura de normativas nacionais e da jurisprudência dos tribunais nacionais¹⁶⁷. Perspectiva que será aprofundada nos capítulos subsequentes.

2.2.2. A prática do pluralismo constitucional brasileiro: proteção multinível e a supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos.

Na seção 2.2, afirmamos que o percurso argumentativo do pluralismo constitucional se desenvolveria da seguinte forma: em um primeiro momento, o caráter constitucional da CADH seria sustentado e, em seguida, o pluralismo constitucional seria, a seguir, desenvolvido em seus aspectos descritivos no âmbito da Constituição brasileira. Contudo, a

¹⁶² Caso *Castillo Petruzzi et al. v. Peru*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of May 30, 1999. Series C No. 52, § 207 e Caso *Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 241, § 104.

¹⁶³ A natureza objetiva das obrigações estabelecidas nos tratados internacionais de direitos humanos influencia os critérios interpretativos a eles atribuídos (ORAKHELASHVILI, 2003, p. 533).

¹⁶⁴ Caso *Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, § 173.

¹⁶⁵ Ainda que tenha disposto e enumerado de forma diferenciada, substancialmente, Aguirre Arango (2007, p. 87) identifica os mesmos critérios elencados pela corte: i) de boa fé, de acordo o sentido comum de seus termos (interpretação gramatical semântica), tendo em conta seu contexto (interpretação sistemática) e tendo em conta seus objetivos e fins (interpretação teleológica); ii) de modo que se dê eficácia à interpretação (princípio da eficácia ou *effet utile*); iii) da forma mais abrangente possível em favor da pessoa (interpretação *pro persona*); e iv) de maneira evolutiva (interpretação evolutiva).

¹⁶⁶ Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) *Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas., § 146; Caso de la "Masacre de Mapiripán" *Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas., § 187. La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, § 19.

¹⁶⁷ Caso *Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, § 245

descrição do pluralismo constitucional não se estabelece de forma igualitária em ambos os discursos constitucionais, uma vez que as manifestações de relações heterárquicas não se apresentam uniformemente, em decorrência das diferentes estruturas jurídicas. Portanto, a apresentação demonstrará, também, a forma com que o pluralismo se apresenta em cada discurso constitucional.

Descrever as interações entre ordenamentos que reivindicam discursos constitucionais de forma heterárquica qualifica a vertente do pluralismo jurídico, o que significa que o pluralismo constitucional não está isento das premissas específicas presentes na construção teórica do pluralismo jurídico.

As teorias clássicas que intencionam analisar o direito internacional baseavam-se em premissas do positivismo jurídico analítico. Ambas partiam da noção básica de que o direito internacional é o direito emanado por entes soberanos que visam estabelecer relações mútuas de cooperação em pé de igualdade. Portanto, tomam por base a premissa de que o Estado seria o único e oficial produtor de normas jurídicas, seja no plano interno (agentes acreditados pelo direito interno a estabelecer relações internacionais), seja no plano externo (apenas os Estados em cooperação produziram o direito internacional). Ademais, o aspecto da coerção institucionalizada e os critérios de identificação do direito que permitem separar as instâncias jurídicas em direito interno e internacional (dualismo) por conta de manifestações voluntaristas ou a presença de duas normas hipotéticas fundamentais, uma abrangente e última (internacional) e uma parcial, autorizada pela primeira (constitucional), são características de abordagens jurídicas que limitavam sua análise, exclusivamente, à produção jurídica estatal.

A teoria positivista serviu, igualmente, de modelo ao Estado nacional após a paz westfaliana. Dessa forma, o padrão para a estruturação dos Estados no século XVIII está condicionado às seguintes características: a) A noção de soberania, ou seja, um Estado não pode sofrer interferências externas (o direito internacional mantém o equilíbrio e efetividade da soberania com a possibilidade da guerra como medida de autotutela), b) O Estado monopoliza a criação do direito (garante sua eficácia por meio da sanção institucionalizada e oficial estatal) e c) a edição de regras jurídicas está direcionada a um território limitado e para uma comunidade política específica.

Natural, portanto, que a desconstrução das abordagens positivistas do direito internacional, desenvolvida anteriormente, seja representada na forma de um dos principais pressupostos positivistas, no caso em tela, a do monopólio da criação do direito por parte do Estado.

De acordo com Brian Tamanaha (2008, p. 379-381) a unidade política e jurídica emergente na Europa após Westphalia (1648) estrutura o poder dos Estados e o institucionaliza em um aparato administrativo para a realização de funções que, anteriormente, eram descentralizadas (como, por exemplo, a criação e aplicação do direito). Em decorrência da formação de Estados, formas heterogêneas de direito foram extintas, forçando que as produções normativas alheias ao direito estatal apenas fossem consideradas jurídicas caso cumprissem critérios constitucionais de supremacia do direito produzido pelo Estado¹⁶⁸. O monopólio da criação do direito pelo Estado (monismo jurídico) realça os diferentes espaços e tempos de aplicação do direito, restringindo a qualificação de fenômeno jurídico às manifestações reconhecidas pelo aparato estatal, o que inclui, por óbvio, o direito internacional¹⁶⁹. Dessa forma, todas as demais manifestações que se pretendem jurídicas, espacialmente delimitadas dentro de um território específico, são consideradas como subordinadas ao direito estatal, porquanto o Estado soberano é a entidade fundamental da organização política (GRIFFITHS, 1986, 03).

O pluralismo jurídico, conseqüentemente, surge como teoria que se contrapõe à noção de monismo jurídico.

Inicialmente, o pluralismo jurídico estava focado em discussões de cunho antropológico¹⁷⁰, contudo, no final do século XX, a teoria ganha força como abordagem

¹⁶⁸ O direito consuetudinário ou costumeiro, por exemplo, passa a ser reconhecido como direito apenas se e quando autorizado pelo direito estatal.

¹⁶⁹ Pensemos no caso dos processos de aplicação do direito internacional pelo direito nacional, que podem exigir procedimentos burocráticos formais de internalização do direito internacional (na forma de decretos de execução do tratado ou de leis transformadoras em sentido formal) ou por meio da autorização constitucional para a recepção direta do direito internacional como direito interno sem a necessidade de outras formalidades além da ratificação.

¹⁷⁰ O estudo do pluralismo jurídico pela antropologia jurídica inicia-se na década de 70, quando se desenvolvem análises sobre ordenamentos jurídicos emergentes em países colonizados. O termo se referia, tão somente, neste contexto, à incorporação, reconhecimento ou coexistência do direito indígena paralelamente ao direito estatal (TAMANHA, 2008, p. 390). Ou seja, tais estudos intencionavam analisar como, mesmo com a imposição do direito dos colonizadores, outras formas não oficiais e paralelas de direito foram criadas pelas nações colonizadas (MICHAELS, 2005, p. 1.221). Os referidos estudos buscavam compreender a forma com que os sistemas jurídicos coloniais não oficiais influenciavam a forma de desenvolvimento do direito oficial do colonizador, de forma bidirecional e não apenas vertical. A abordagem antropológica possibilitou que os estudos sobre o pluralismo fossem ampliados, alcançando não apenas o direito sub colonial, mas as ordenações jurídicas que surgiam em contextos industrializados na forma de regulações que negavam a proeminência de um direito oficial (BERMAN, 2007, p. 1.171). O pluralismo jurídico passa, então, a questionar a uniformidade das soluções e categorias jurídicas abstratas estabelecidas pelo direito positivo e aplicadas sem a absorção das complexidades sociais dos indivíduos (BILLIER; MARYIOLI, 2005, p. 304). Interessante notar que tal abordagem do pluralismo jurídico pela antropologia está diretamente ligada às ideologias que permeiam a noção de Estado moderno, uma vez que a referida forma de organização política é contrária ao Estado monárquico, formado por corpos sociais hierarquizados e intermediários. Com a laicização da política e o repúdio ao absolutismo, o Estado passa a ser entendido como o único e principal instituidor do social, capaz de produzir, por meio da igualdade embutida na abstração e generalização legislativa, a coesão estatal (ROULAND, 2008, p. 163). Este foco na tensão criada por um direito estatal homogêneo considerado oficial e formas jurídicas não oficiais é a abordagem mais corrente no direito brasileiro. Sobre o tema, cf. nota 175.

jurídica capaz de explicar as relações entre ordenamentos jurídicos no contexto da globalização e das novas formas de interação social pós-westfalianas. O pluralismo jurídico, dessa forma, não estava mais limitado às relações entre direito oficial e não oficial. Sally Moore (2001, p. 107), por exemplo, aponta cinco abordagens temáticas que perfazem o estudo do pluralismo jurídico contemporâneo: 1) a forma como o Estado reconhece diversos campos sociais dentro da sociedade e como se apresenta ideológica e organizacionalmente em relação a eles; 2) a diversidade interna da administração do Estado e as múltiplas direções em que suas sub-partes oficiais competem e concorrem por autoridade jurídica; 3) as formas com que o próprio Estado concorre com outros Estados em arenas maiores (integrações regionais) e/ou com o mundo afora; 4) a forma pela qual o Estado está interdigitado (interna e externamente) por campos sociais não governamentais, semiautônomos, que geram suas próprias normas obrigatórias (não jurídicas) e que são capazes de exercer força suficiente para garantir a indução ou coação para sua conformidade e 5) as formas com que o direito pode depender da colaboração de campos sociais não-estatais para a sua implementação.

Como salienta Berman (2007, p. 1.176), a moldura de análise oferecida pelo pluralismo pode ser transportada para pensar as interações dialéticas externas da comunidade internacional e transnacional com Estados, pois é capaz de acomodar os espaços de resistência do direito estatal e a autonomia das ordens jurídicas conflitantes. O direito não estatal se relaciona com o estatal, pela ótica plural, não como um problema a ser resolvido, mas como um conjunto de interatividades normativas inevitáveis que devem ser manejadas. Burke-White (2004, p. 964) oferta alguns elementos presentes atualmente no plano internacional que exigem novas formas de compreensão das interações entre ordenamentos jurídicos: 1) a diversificação de tribunais a aplicar o direito internacional; 2) o crescimento e o potencial conflito de normas internacionais entre si e com ordenamentos nacionais; 3) o aumento do acesso de atores não estatais aos diversos fóruns de adjudicação internacional; 4) a distinção entre a competência e o direito aplicável em tribunais internacionais; 5) a rápida expansão do diálogo entre cortes; 6) a fusão de procedimentos e tradições de tribunais e sistemas jurídicos e 7) o desenvolvimento de tribunais híbridos incorporando elementos nacionais e internacionais.

Se a globalização possibilitou a ascensão de uma nova onda de compreensão do pluralismo, que se esboça com base na terceira premissa apontada por Sally Moore, Tamanaha (2008, p. 389-390) afirma, contudo, que a perspectiva do pluralismo jurídico global não é produto das mudanças no mundo, mas de como tais mudanças são percebidas e interpretadas: 1) quando o foco passa a ser transnacional, altera-se a moldura de referência das

relações jurídicas, ou seja, se o ponto de partida é externo, observaremos vários ordenamentos em coexistência e não apenas o ordenamento estatal; e 2) a alteração do que se considera como direito acarreta o reconhecimento de que as interações normativas sejam caracterizadas como jurídicas.

O pluralismo jurídico, agora qualificado como constitucional por conta da natureza das normas envolvidas, se justifica como abordagem do direito porquanto complementa as críticas realizadas anteriormente acerca do direito internacional. Como duas faces da mesma moeda, o pluralismo contribui com a crítica às abordagens positivistas clássicas ao rever o paradigma do monopólio da produção do direito no Estado, ao atribuir o *status* de direito a espaços normativos não estatais, bem como, também, por conceber as relações entre tais ordenamentos de maneira não hierárquica, exigindo outras formas de interação para possíveis conflitos.

A inserção do pluralismo jurídico na presente seção não foi por acaso, pois precisamos delimitar de que forma o aspecto descritivo será analisado na perspectiva do direito constitucional brasileiro.

Como apontado acima e o será reiterado a seguir, a CADH faz parte do ordenamento brasileiro – foi internalizada de acordo com os procedimentos constitucionais estipulados por nosso ordenamento – o que poderia levar a crer que o direito interamericano, apesar de sustentar-se como discurso constitucional do ponto de vista de seus agentes internos, estaria, ao fim e ao cabo, subordinado ao direito constitucional brasileiro por ter sido instituído e autorizado pela Constituição de 1988.

A incorporação e autorização constitucionais são formas de “domesticação” do direito interamericano, portanto, de limitação do pluralismo a uma relação de heterogeneidade normativa controlada, ou, como quer Griffiths (1986, p. 06) de um pluralismo jurídico em sentido fraco. Ou seja, a pluralidade de ordens normativas jurídicas dentro de um mesmo espaço territorial que emana de diferentes fontes é válida, desde que não contrarie ou extrapole o direito estatal. Contudo, conforme Norbert Rouland (2005, p. 158) o sentido fraco, tal como desenvolvido por Griffiths, reverte o pluralismo em vantagem ao direito estatal, pois nela o mesmo reduz-se a manifestações de autonomia toleradas, reguladas ou incentivadas por aquele.

Não obstante ainda remeter-se à noção de pluralismo em sentido fraco desenvolvida por Griffiths, Ralf Michaels (2009, p. 245) sugere outra caracterização do mesmo na forma da abordagem da pluralização do direito global, ao confirmar que o pluralismo jurídico pode ser um modelo útil para compreender as interações normativas que ocorrem no mundo

globalizado contemporâneo. Entretanto, afirma existirem duas formas de desenvolvimento diferenciado do conceito de pluralismo jurídico. De acordo com o que denomina *globalização do pluralismo jurídico*, a globalização estabeleceria um novo paradigma para o pluralismo jurídico, como uma terceira onda de desenvolvimento da teoria. O pluralismo seria composto por três hipóteses de interações normativas, uma analisada sob o prisma do direito colonial e não colonial; outra que analisa as interações entre direito oficial e não oficial em sociedades industriais¹⁷¹; e, por fim, o pluralismo jurídico na esfera transnacional, que transporta os paradigmas anteriores para âmbitos conceituais e geográficos diferenciados¹⁷². A terceira hipótese da globalização do pluralismo jurídico, portanto, seria uma extensão natural das outras duas, acarretando o aumento do escopo de análise, ainda que não estipule alterações metodológicas.

Por outro lado, Michaels (2009, p. 246) denomina de *pluralização do direito global* as abordagens teóricas dos estudiosos da globalização que lançam mão de noções características do pluralismo jurídico. Dessa forma, o foco é mais no global do que no local, mais nas estruturas e instituições jurídicas, do que na cultura das comunidades que são criadas por tais processos e sua vivência de acordo com aquelas. Portanto, uma abordagem que privilegia o elemento da pluralidade e da diversidade de ordens jurídicas baseadas diretamente ou indiretamente no Estado, em detrimento das especificidades do direito não estatal. A ideia de comunidade internacional e de geração normativa de acordo com determinadas fontes são pouco estudadas e analisadas, pois a análise está focada no direito amalgamado oriundo das regras nacionais e não estatais sem diferenciá-las. No entanto, estas e outras disciplinas estão começando a assumir ideias de pluralismo jurídico.

Dessa forma, o aspecto descritivo do pluralismo será abordado, do ponto de vista do direito constitucional brasileiro, como uma vertente da pluralização do direito global, ou seja, focando o aspecto estrutural, institucional e da pluralidade normativa. Deixando de lado, por consequência, a análise de aspectos antropológicos ou sociológicos do pluralismo constitucional. Ainda que não seja uma adoção do pluralismo jurídico em sentido fraco de Griffiths (o autor não analisou o fenômeno no âmbito da pluralização do direito global), é inegável que a descrição a seguir se aproxima de tal caracterização, porquanto os aspectos

¹⁷¹ Sobre o ponto, cf. nota 169, supra.

¹⁷² O transporte de paradigma seria facilitado pelo fato de aspectos do que se poderia considerar como globalização sempre estarem próximos às duas noções de pluralismo anteriores. José Faria (1999, p. 60) argumenta que um dos embriões do processo do que se denomina globalização remonta aos séculos XVII e XVIII, com a formação de Estados nacionais, o que fortalece os ímpetus mercantis que atingem seu auge nas manifestações do colonialismo europeu. Posteriormente, nos séculos XIX e XX, os processos de industrialização permitiram a interconexão das economias internacionais, ao mesmo tempo em que expuseram problemas de cunho social em função das categorias jurídicas abstratas que caracterizavam o direito à época.

estruturais e institucionais são analisados a partir das formas de interação e manejo realizada pelo Estado e por meio de instituições (CtIDH) e ordenamentos (CADH) criados, financiados, reforçados, reconhecidos e considerados legítimos pelo Estado. Preferimos, por tais razões, adotar a abordagem da pluralização do direito global.

2.2.2.1 A visão a partir da Constituição de 1988

Diferentemente da CADH, não é necessário descrever o mesmo percurso exposto linhas atrás, porquanto o desenvolvimento histórico, social e político das Constituições nacionais sempre estiveram relacionados ao Estado. Por esta razão, seria redundante sustentar o discurso constitucional da Constituição de 1988.

No entanto, a análise do pluralismo constitucional na Constituição de 1988 exige um processo mais demorado e complexo por várias razões. Conforme o salientado anteriormente, estamos em busca de uma teoria que melhor interprete a Constituição brasileira no que diz respeito às suas interações com a CADH. Dessa forma, precisamos analisar aspectos descritivos e normativos inerentes ao pluralismo constitucional. Demonstrado que existe a concorrência de discursos constitucionais, o passo seguinte será descrever como são interpretados pelo direito constitucional brasileiro e, após, justificar as prescrições da referida teoria.

A complexidade de analisar o tema do ponto descritivo decorre do discurso de soberania da Constituição brasileira (art. 4º, I). Detendo o monopólio da criação do direito aplicado e interpretado no país, o discurso constitucional da CADH estaria subjugado às normas constitucionais brasileiras. A situação se complica quando observamos que a instituição que reivindica um discurso constitucional paralelo foi criada por um tratado que teve como partícipe o Estado brasileiro, que, posteriormente, ratifica (transforma em direito nacional, por consequência) o tratado e, voluntariamente, reconhece a jurisdição contenciosa daquela instituição. Seria tentador simplesmente afirmar a supremacia do direito constitucional brasileiro e, conseqüentemente, negar o pluralismo.

Nesse sentido, precisamos rememorar a epistemologia inerente ao aspecto empírico do pluralismo constitucional para responder aos questionamentos anteriores.

O pluralismo constitucional é o modelo teórico que melhor demonstra a forma com que os discursos constitucionais se relacionam, apesar das reivindicações de soberania de ambos. O pluralismo constitucional leva a sério as declarações de definitividade (decisões de última palavra interpretativa) das decisões políticas e jurídicas de suas instituições oficiais,

evitando que os discursos de soberania sejam encarados como frutos de simples retórica, na medida em que, desprezar a soberania a e última palavra de algum ordenamento poderá significar a superioridade do outro (represtinando uma espécie de monismo). Em função do ponto de vista a ser observado, diferentes justificativas e formas de relação entre os ordenamentos serão construídas de maneira absoluta. Se utilizarmos a analogia de Maduro (2003, p. 503) para exemplificar o afirmado, chagaremos a conclusão de que, a depender de onde um alienígena pouse sua nave em primeiro lugar (no STF ou na CtIDH), terá a certeza de que o ordenamento jurídico que primeiro tiver contato (CF/88 ou CADH) será tido como hierarquicamente superior¹⁷³.

Não obstante os diferentes discursos inerentes às instituições com reivindicações de soberania, o aspecto descritivo do pluralismo constitucional demonstra quais são os meios utilizados pelos ordenamentos para estabelecer relações entre eles e se as relações apresentam uma lógica heterárquica (influências constitucionais mútuas). Com efeito, devemos voltar os olhos para a Constituição de 1988 em busca dos referidos indícios.

2.2.2.2 Pluralismo jurídico e a Constituição de 1988: a visão dos autores nacionais.

O pluralismo constitucional é apenas uma qualificação do pluralismo jurídico. A qualificação faz parte de uma abordagem do pluralismo que retém premissas importantes do pluralismo jurídico (estruturais, institucionais e de pluralidade normativa), mas não foca em aspectos antropológicos e sociológicos (desenvolvimento de grupos sociais que criam seu próprio direito à margem do aparato estatal e que, de alguma forma, influencia o direito considerado oficial). Ou seja, em nosso estudo estamos mais próximos da abordagem da pluralização do direito global, do que de uma abordagem da globalização do pluralismo jurídico. Como salienta Moore (2001), tendo em vista que as teses pluralistas se desenvolveram com o passar do tempo, algumas ramificações não perderam suas

¹⁷³ Duas instituições reivindicando o monopólio da última palavra sobre a interpretação de um mesmo conjunto normativo não é algo estranho ao constitucionalismo estatal. As interações entre Parlamento e Cortes Constitucionais estão envoltas em argumentos de definitividade das decisões de ambos. Apesar das reivindicações, os autores que tratam do tema não as encaram como discursos vazios ou retóricos, preferindo lidar com eles como aspectos a serem levados em consideração nas análises políticas acerca do significado da Constituição. Conrado Mendes (2011, p. 170), por exemplo, ao sugerir teorias dialógicas para explicar as relações entre cortes e parlamento, afirma a provisoriade das decisões de ambas as instituições, porquanto sempre será possível, em posterior rodada procedimental, questioná-las. Ainda que não seja pluralismo jurídico em seu sentido antropológico (ambas as instituições estão regidas sob o mesmo texto constitucional, se aproximando da primeira parte da segunda hipótese esboçada acima por Sally Moore), o exemplo demonstra duas instituições que se afirmam supremas no âmbito de suas competências e teorias que, epistemologicamente, explicam as relações entre os discursos por meio da metáfora do diálogo. Voltaremos a esta ideia posteriormente.

características simplesmente por se afastarem dos problemas antropológicos que as originaram.

Entretanto, a abordagem antropológica inerente aos conceitos clássicos de pluralismo jurídico¹⁷⁴ é a mais corrente entre os autores nacionais que se ocuparam do tema.

Luciano Oliveira (2004, p. 347) sintetiza a apropriação do pluralismo jurídico no Brasil como uma teoria utilizada por autores com vieses críticos, que intencionam justificar práticas emancipadoras, geralmente anticapitalistas, de grupos sociais marginalizados fora do campo jurídico oficial. As teses desta vertente teórica criticam as fórmulas nacionais do direito oficial em um contexto de injustiça econômica e social¹⁷⁵. Para o autor citado, o pluralismo jurídico, encarado como gênero, ganha no Brasil contornos políticos na forma da espécie, direito alternativo¹⁷⁶.

O movimento se origina no Brasil na década de 80 por meio de texto de Boaventura (1978), em que discutia práticas jurídicas não oficiais nas favelas do Rio de Janeiro. Em Pasárgada, sem auxílio do direito oficial, a comunidade criou métodos jurídicos não oficiais para solucionar conflitos de propriedade. O texto de Boaventura encontrou no Brasil terreno intelectual propício para sua recepção: o término do regime militar; a difusão do pensamento marxista e comunista por meio de respeitadas cursos de pós-graduação;¹⁷⁷ e a situação de

¹⁷⁴ Referenciadas nas hipóteses 1 e 4, formuladas por Sally Moore (2001) ou pelas duas primeiras hipóteses de interações normativas explicitadas por Michaels (2009), todas expostas na seção 2.2.2.

¹⁷⁵ O autor discorda da abordagem realizada, na medida em que sugere a originalidade das soluções e dos valores das ordens jurídicas colonizadas emergentes nos estudos do pluralismo clássico; enquanto, por outro lado, as soluções discutidas pelo autor que influenciou o pluralismo jurídico no Brasil, Boaventura Santos (1978), são adaptações de soluções existentes no direito oficial. Contudo, a crítica mais forte do autor dirige-se às supostas funções emancipatórias do pluralismo, pois Luciano Oliveira refuta a ideia de que as soluções não oficiais de Pasárgada possuíam potencial de crítica do capital e a de que almejavam alguma forma de justiça social, especialmente porque a principal categoria utilizada pelo direito da favela era o bastião do capitalismo, o direito de propriedade. Por fim, algumas práticas nem sempre possuem práxis libertadoras, porquanto podem cristalizar, ao contrário, práticas de dominação antigas (violência consentida e permitida contra a mulher, por exemplo). Dessa forma, as teses falham em demonstrar que as práticas sociais possam ser consideradas como mais igualitárias do que as disponíveis pelo direito oficial e que possuem valores anticapitalistas (OLIVEIRA, 2004, p. 378-380). Para crítica semelhante, acerca do que denominou de “romantização do pluralismo jurídico” e apontando a ausência de um estudo das relações de poder presentes nas manifestações jurídicas do pluralismo, cf. Castro (2013, p. 170).

¹⁷⁶ No mesmo sentido, cf. Castro (2013, p. 168). Oliveira (2004, p. 386-391) sustenta, ademais, que o uso alternativo do direito estatal não é a mesma coisa que a defesa de um direito alternativo. Assegurar um direito alternativo gestado pelas próprias comunidades cujos interesses não seriam acobertados pelo sistema jurídico oficial, tal como o pluralismo de Boaventura, indicaria um direito paralelo ao oficial, alternativo. Em contrapartida, a tentativa de analisar alguns fenômenos por meio da suposta incorporação de reivindicações sociais por parte da Constituição de 88 e de seus princípios poderia ser considerado como um uso alternativo do direito, porquanto tolerados pelo ordenamento. Tal perspectiva ganhou maior guarida entre juízes. Como principal exemplo da abordagem do pluralismo jurídico na figura do uso alternativo do direito e do perfil dos autores que a defendem, cf. Sílvio Dobrowolski (1991). Cláudio Souto (2003, p. 403) reforça a diferença ao conceituar o direito alternativo como desviante da legislação estatal dominante, em uma ideia social de justiça compartilhada por grupos sociais minoritários.

¹⁷⁷ Principalmente, os programas da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e Universidade de Brasília (UnB), com Roberto Lyra Filho. Para detalhes acerca do estudo da Sociologia Jurídica no Brasil e o surgimento

extrema desigualdade social e econômica¹⁷⁸. Nosso foco, no entanto, é na pouco explorada vertente do pluralismo jurídico no Brasil, o constitucional.

2.2.2.3 Relações do direito constitucional brasileiro e o direito internacional dos direitos humanos.

O ordenamento jurídico que reivindica um discurso constitucional paralelo à CF/88 está formado por normas de Direitos Humanos, estando ausentes, portanto, outros conteúdos normativos¹⁷⁹ por razões óbvias – o tratado de origem prescreve uma declaração de direitos. A CADH não institui órgão com funções de produção normativas semelhantes a um parlamento, nem mesmo órgão com funções executivas análogas aos chefes políticos das nações¹⁸⁰. Dessa forma, retomando ponto suscitado algumas páginas atrás, podemos afastar mais uma perspectiva teórica desenvolvida no contexto europeu.

Ingolf Pernice (1999) desenvolveu uma das principais teorias acerca da integração europeia e do seu processo de constitucionalização – o constitucionalismo multinível¹⁸¹. De acordo com o autor alemão, tal como no federalismo, a União Europeia compreende diferentes níveis de governança: regional (Estados federados ou outras unidades territoriais de administração), nacional (Estados nação) e supranacional (União Europeia). A união europeia formaria, portanto, um sistema de poderes divididos em níveis de governo que reflete duas ou mais identidades dos indivíduos. O constitucionalismo multinível cria novas camadas de posições políticas para os cidadãos – diferentes e diversas plataformas para a consecução e proteção de seus interesses (PERNICE, 2009, p. 376). A interação entre os níveis legitima a construção das instituições e o exercício do poder no nível europeu, complementares às

dos principais cursos sobre a matéria, cf. Claudio e Solange Souto (2003, p. 111-115). Analisando a tendência teórica dominante nas abordagens sociológicas dos juristas brasileiros, os mesmos autores identificam uma combinação dos modelos teóricos de Ehrlich e Marx. As fontes do direito alternativo da década de 80 são de corrente neomarxistas (CLAUDIO; SOUTO, 2003, p. 139 e 157).

¹⁷⁸ Para exemplos da abordagem do pluralismo jurídico no Brasil, ambas focando nas formas com que grupos sociais marginalizados se apropriam de categorias jurídicas desenvolvidas pelo direito oficial para suprir carências prestacionais, para estruturar resistências ao direito oficial ou solucionar conflitos inerentes às suas atividades, conferir Benatti e Maués (1994) e Melo (2001).

¹⁷⁹ O que não significa que não os influencie.

¹⁸⁰ No sistema interamericano existem órgãos com funções administrativas, mas todas relacionadas aos seus órgãos principais, a CIDH e a CtIDH.

¹⁸¹ O autor desenvolve sua teoria em função da decisão Maastricht (1993) do Tribunal Constitucional Federal alemão. A expressão utilizada por Pernice era uma contraposição ao termo utilizado pelo TCF para caracterizar a integração europeia na referida decisão (*staatenverbund*). Pernice optou substituir “Estado” por “Constituição” para justificar o arranjo institucional europeu com raízes constitucionais (*verfassungsverbund*) e não encabeçado pelos Estados. No que concerne a tradução do termo, não está claro se significaria algo como *constituição compositiva* ou *composição constitucional*. O termo escolhido por Pernice (2000) em Francês foi *constitution composée*, o que reforçaria a ideia de Constituição compositiva – uma única Constituição, portanto. No entanto, o termo empregado no artigo em inglês foi constitucionalismo multinível (WALKER, 2009, p.02-04).

Constituições nacionais e desenhadas para resolver os desafios de uma sociedade global em desenvolvimento no plano supranacional (PERNICE, 1999, p. 707). Apesar de afirmar que nenhum dos níveis detém o monopólio da palavra final, Pernice afirma que os níveis devem ser compreendidos como componentes de um único corpo jurídico aplicável aos membros da comunidade (PERNICE, 1999, p. 712)¹⁸².

O autor, ao exemplificar as possíveis interações entre os níveis, sugere que os poderes da UE não são exercidos apenas pelos Estados membros individualmente, porquanto quando o Conselho de Ministros da UE é investido com poderes legislativos, os respectivos ministros nacionais, juntamente com o Parlamento Europeu, atuam como legisladores europeus; ou seja, membros do Poder Executivo nacional desempenham uma função que é tradicionalmente reservada aos parlamentos nacionais. Os parlamentos nacionais, por sua vez, podem ser obrigados a agir como autoridades executivas no nível europeu quando realizam a transposição e aplicação das diretivas do Conselho de Ministros pela legislação nacional. Os poderes, nos vários níveis, portanto, controlam-se mutuamente (PERNICE, 2009, p. 273).

Apesar de ressaltar que a estrutura multinível não implica em relações hierárquicas entre os diferentes níveis, o autor considera, todavia, importante que o direito europeu seja aplicado de maneira igualitária para todas as pessoas e que deve prevalecer em casos de conflito, por tratar-se de uma das condições da unidade do sistema, incumbência dos órgãos de todos os níveis (PERNICE, 2009, p. 383-384).

Apesar de importante e influente perspectiva teórica na Europa¹⁸³, a analogia proposta pelo constitucionalismo multinível com elementos tipicamente estatais (cidadania, níveis diferentes que fazem parte de uma ordenação unitária, controle mútuo de poderes etc.) dificulta sua transposição para outras situações transnacionais que não apresentam tais características (WALKER, 2009, p. 05-06)¹⁸⁴. Ademais, a necessidade de aplicação uniforme e de prevalência do direito europeu não se coadunam com noções pluralistas sobre as relações entre ordenamentos. Por tal razão, a ideia de nível poderia implicar hierarquia do nível

¹⁸² O foco das relações entre os níveis está nos direitos individuais e não nas comunidades políticas. Os níveis compartilham a centralidade do processo interativo ao estabelecer, compartilhar e limitar reciprocamente seus poderes. A referida estruturação foi importante para a discussão da constitucionalização do processo de integração europeu, pois possibilitou que ao mesmo fosse adjetivado como constitucional sem a necessidade de um documento constitucional (WALKER, 2009, p. 04).

¹⁸³ Mayer e Wendel (2012, p. 132) identificam que a tese é bem aceita, debatida, aplicada e desenvolvida.

¹⁸⁴ O constitucionalismo multinível não está baseado em questões formais do constitucionalismo estatal, mas na manifestação de uma analogia estrutural, contudo, o que se perde na formulação da analogia não é foco de análise da teoria (WALKER, 2009, p. 09-10). Ou seja, o constitucionalismo multinível se beneficia do discurso constitucional estatal porque mecanismos e conceitos gestados na noção centrada no Estado são recebidos pelo direito transnacional (ex.: separação de poderes; federalismo e princípios como subsidiariedade e proporcionalidade), mas não explica o que foi deixado de fora da transposição e como o conjunto de elementos preteridos afetaria o sucesso da analogia.

considerado mais abrangente (no caso, o europeu). Por outro lado, a fundamentação de diferentes níveis constitucionais na vontade do povo coloca a teoria em xeque, pois ela poderia sugerir um paradoxo com o fracasso do referendo constitucional: a rejeição de uma Constituição documental e, portanto, de seus símbolos e valores comuns poderia ser considerado como a vontade comum do povo europeu de não ter uma vontade comum (BARENTS, 2012, p. 169). Matej Avbelj (2008, p. 20), por fim, caracteriza a referida abordagem teórica como uma versão modificada do constitucionalismo estatal clássico por não se distinguir de uma moldura federal presente em algumas Constituições europeias (como a alemã, por exemplo).

A escolha do constitucionalismo multinível nos colocaria em desconfortável situação: teríamos de reconhecer que a ausência de alguns órgãos estruturais na CADH (um órgão legislativo ou executivo, por exemplo) não seria suficiente ou necessária para identificar um discurso constitucional, tornando a noção de constitucionalismo uma noção absoluta¹⁸⁵. A CADH não desenvolve uma formatação federal com os Estados signatários, além de não prever mecanismos institucionais de interação entre os órgãos de cada ordenamento (nacionais e interamericanos) ou relações entre os mesmos que se assemelhe ao exemplo descrito por Pernice acima.

Portanto, a ausência de inúmeros aspectos estruturais do constitucionalismo clássico estatal no ordenamento da CADH nos afasta do constitucionalismo multinível formulado por Pernice.

No entanto, apesar de os elementos de governança multinível eleitos por Pernice para caracterizar o constitucionalismo multinível estarem ausentes em nossa abordagem do pluralismo constitucional, podemos reter um aspecto da descrição que Pernice fez do projeto de integração europeu: a existência de diferentes níveis de proteção de direitos¹⁸⁶. A interdependência de esferas que protegem direitos humanos em planos diferentes (constitucional, regional e global) é uma característica que pode ser incluída na noção de pluralismo constitucional a ser desenvolvida, pois retém de cada ordenamento o elemento comum que justifica suas interações.

Há significativa diferença entre constitucionalismo multinível e proteção multinível de direitos humanos. Apesar de o primeiro pressupor o último, a recíproca não é verdadeira. A

¹⁸⁵ Argumento que reverbera o problema dos elementos que compõem a analogia de Pernice. Sem o Parlamento Europeu, ainda haveria constitucionalismo multinível?

¹⁸⁶ René Urueña (2013, p. 302) divide o conceito de proteção multinível em dois sentidos: a) *governança multinível* (noção próxima à ofertada por Ingolf Pernice para justificar o processo constitucional de integração europeu) e b) *proteção de direitos humanos* (utilização do conceito para ocasiões em que diversos níveis regulam uma mesma área). Diferentemente, portanto, da forma como expusemos a relação entre os conceitos.

noção de constitucionalismo multinível implica em diferentes níveis de estruturação governativa relacionadas a graus de identificação social dos indivíduos, que devem ter seus direitos garantidos por meio da aplicação uniforme e igualitária do direito europeu. A estruturação governativa estaria assegurada por uma moldura constitucional maior que legitima as instituições e o exercício de poder de todos os seus órgãos (a Constituição compositiva). Nesse sentido, os níveis desenvolvem um conjunto de direitos humanos que, invariavelmente, interagem.

A proteção multinível de direitos humanos configura uma parcela da estruturação institucional adjetivada de constitucional por Pernice. Ela não sustenta, por si só, a ideia de multiníveis constitucionais, mas oferece valiosa forma de pensar a estruturação de diferentes declarações de direitos editadas por planos que se consideram soberanos e que interagem de alguma forma¹⁸⁷. Esta é a noção, adaptada de Pernice, que iremos desenvolver a seguir.

2.2.2.4 A proteção multinível de direitos humanos e a Constituição de 1988

A Constituição de 1988, da mesma forma que as principais Constituições do pós-guerra, previu direitos fundamentais aos indivíduos que se encontram em seu território nacional, além de direitos políticos àqueles identificados como cidadãos brasileiros (considerados assim os que atendem ao critério constitucional de pertencimento à comunidade política – a nacionalidade). Os direitos fundamentais previstos constitucionalmente, no entanto, não excluem aqueles previstos em tratados internacionais de direitos humanos, tal como referenciado pelo próprio texto constitucional (art. 5º, § 2º).

Tendo em vista que os direitos fundamentais não se exaurem no texto constitucional, alcançando, igualmente, tratados internacionais devidamente ratificados, as diferentes declarações de direitos editadas em níveis e por organizações distintas fazem parte dos direitos garantidos aos brasileiros e estrangeiros (ainda não discutiremos sua posição no ordenamento constitucional).

¹⁸⁷ Relações que variam da existência de mecanismos procedimentais que possibilitam relações diretas das declarações de direito humanos dos diferentes níveis, como a Questão Prejudicial ao Tribunal de Justiça Europeu, até a inexistência de tais meios procedimentais, como as relações que ocorrem entre a CtIDH e as Cortes Constitucionais dos países que ratificaram a CADH. A noção de “sistema jurídico mundial de níveis múltiplos” de Marcelo Neves (2009, p. 236-237) é muito próxima ao defendido pela tese, uma vez que não significa a existência de um modelo hierárquico-piramidal ou de divisão de trabalho entre os níveis. Para Neves, o ponto central dos níveis múltiplos está no realce da pluralidade de ordens cujas formas de concretização e estruturais são diferenciadas e peculiares, mas que se entrelaçam sem que nenhuma se imponha como *ultima ratio* discursiva.

Os direitos garantidos aos brasileiros e estrangeiros podem ser descritos por meio de vários níveis de proteção, configurados por diferentes declarações oriundas de organismos internacionais, além da declaração prevista na Constituição. Os diversos níveis não estão subordinados entre si e, no caso brasileiro, por serem direitos reivindicados pelos indivíduos na circunscrição de um mesmo território e que tratam de um mesmo assunto (Direitos Humanos), sua interação será inevitável¹⁸⁸.

Podemos identificar, no caso brasileiro, três níveis de proteção de direitos humanos reconhecidos constitucionalmente: 1) *nível nacional*: representado pela declaração de direitos previstos na Constituição de 1988; 2) *nível regional*: representado pela CADH e pelos tratados regionais e 3) *nível global*: representado pelos tratados formulados pela Organização das Nações Unidas (ONU). Os referidos níveis não estão dispostos de forma hierárquica; o nível global não subordina o regional, o nível regional não subordina o constitucional e o nível constitucional não subordina os níveis global e regional. Não obstante a caracterização dos níveis possa dar a impressão de que o nível mais amplo contenha os demais e que, portanto, seria hierarquicamente superior, é relevante ressaltar que os níveis diversos do nacional estão dispostos de acordo com o alcance territorial das instituições que propuseram as declarações de direitos humanos¹⁸⁹, não de outros aspectos que poderiam pressupor relações hierárquicas entre eles.

Antes de demonstrar os conteúdos dos níveis global e regional, será feita breve descrição acerca da estruturação do nível global.

A criação da ONU começou a ser discutida pelos vencedores da Segunda Guerra, que intencionavam assegurar a paz mundial, bem como garantir a cooperação e coordenação internacional por meio de uma organização internacional. A busca pela paz não poderia estar completa, contudo, sem a garantia de um mínimo de direitos aos indivíduos. No entanto, algumas nações que participaram da Conferência de São Francisco enfrentavam severos problemas que hoje são considerados como graves violações de direitos humanos (os Gulags na União Soviética; a discriminação racial institucionalizada nos EUA; as colônias imperiais francesas e britânicas) e em face das fragilidades de sua proteção interna, evitaram, no momento inicial de gestação da organização, criar mecanismos de proteção de direitos

¹⁸⁸ O conceito de proteção multinível desenvolvido por nós foi fortemente influenciado pela formulação de Aída Torres (2009) no contexto europeu. De acordo com a autora espanhola, na Europa existem três esferas de proteção de direitos: nacional, supranacional e internacional. Cada uma delas inclui uma declaração de direitos e uma corte específica incumbida de sua interpretação. Tal estrutura formaria um sistema multinível de proteção de direitos fundamentais (TORRES PÉREZ, 2009, p. 01-03).

¹⁸⁹ Constituição (nível nacional); OEA (nível regional) e ONU (nível global).

humanos por meio de tratados internacionais (BUERGENTHAL; SHELTON; STEWART, 2002, p. 28).

A dificuldade para se chegar a um acordo sobre o texto de um tratado internacional de direitos humanos que obrigasse os países que participavam da ONU mobilizou um grupo de países a trabalhar em uma declaração de direitos sem força normativa vinculante, a fim de garantir a proteção de direitos prevista na Carta da ONU¹⁹⁰ - A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). A DUDH assumiu a feição de Resolução da Assembleia Geral da ONU, exatamente, para evitar que os países que fizessem parte da organização fossem constrangidos a concretizar os direitos previstos na declaração de maneira obrigatória¹⁹¹.

A Carta da ONU e a DUDH perfazem a base normativa da denominada proteção global extraconvencional (não está baseada em convenções e se estende a todos os países que fazem parte da ONU). Inicialmente desenvolvida pela Comissão de Direitos Humanos (1946-2006), enquanto órgão subsidiário do Conselho Econômico e Social da ONU, sua atuação incluía o auxílio à formalização de tratados, coordenação das instituições e órgãos de direitos humanos da ONU, organização de grupos de trabalhos e elaboração de relatórios temáticos ou de países¹⁹². Contudo, a Comissão foi duramente criticada por sua ineficácia, abordagem seletiva dos casos, inclinação política sobre as acusações de violações de direitos humanos e pela duvidosa escolha de seus membros¹⁹³. As práticas da Comissão foram assumidas por um novo órgão, o Conselho de Direitos Humanos, corpo subsidiário da Assembleia Geral¹⁹⁴.

O sistema global de proteção desenvolveu seu sistema convencional 20 anos após o estabelecimento da proteção extraconvencional, com a assinatura da Convenção Sobre A Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. À referida convenção, juntaram-se mais 08 tratados internacionais, que, juntos, formam a declaração de direitos humanos da

¹⁹⁰ Artigo 55 - *Com o fim de criar condições de estabilidade e bem estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão: (...) c) o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.*

¹⁹¹ Atualmente, poucos juristas questionam o estabelecimento de algumas obrigações internacionais vinculantes da DUDH aos Estados membros da ONU. Entretanto, a discussão não se resume ao aspecto jurídico da declaração, mas se todos os direitos nela previstos vinculam da mesma maneira (BUERGENTHAL; SHELTON; STEWART, 2002, p. 39).

¹⁹² A atuação da Comissão estava baseada na Resolução nº 1.235/67, do Conselho Econômico e Social (autorizava a Comissão debater em público as violações notórias e sistemáticas, como, por exemplo, o *apartheid*) e, posteriormente, na Resolução nº 1.503/70 (estabelecia o procedimento confidencial de comunicações individuais à Comissão).

¹⁹³ Tomavam assento na Comissão membros cujos países violavam, massivamente, direitos humanos.

¹⁹⁴ Os procedimentos do Conselho incluem a revisão periódica universal (RPU), que intenciona fiscalizar todos os 193 membros da ONU de forma periódica. O relatório consiste na avaliação de um período de 04 anos dos registros sobre direitos humanos no país relatado. Além da RPU, o Conselho desenvolve procedimentos especiais, tais como: 1) comunicações; 2) visitas aos países; 3) publicação de relatórios; 4) estudos temáticos e 5) comunicados à imprensa.

ONU. São eles: 1) Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965); 2) Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966); 3) Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); 4) Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979); 5) Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis (1984); 6) Convenção dos Direitos da Criança (1989); 7) Convenção Internacional para a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e Famílias (1990); 8) Convenção para a Proteção de Todas as Pessoas Contra Desaparecimentos Forçados (2006) E 9) Convenção Sobre Direitos das Pessoas com Deficiência (2006)¹⁹⁵.

Para a interpretação e implementação dos tratados, foram criados 10 comitês específicos¹⁹⁶. A principal forma de concretização dos preceitos dos tratados por parte dos comitês é o envio dos relatórios periódicos por parte dos Estados signatários, bem como a edição de Comentários Gerais (ou Recomendações Gerais, no caso do Comitê sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher) que interpretam os conteúdos dos direitos previstos nos tratados. O procedimento de petições individuais não está previsto para todos os tratados do sistema global, apesar de a maioria o permitir¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Da mesma forma que o sistema extraconvencional, o sistema baseado em tratados não está isento de críticas. André Ramos (2012a, p. 80-81) aponta a pouca flexibilidade do sistema convencional para combater situações graves e emergenciais de direitos humanos, ainda que a lentidão seja remediada com algumas visitas *in loco*, além dos sistemas de avisos imediatos como o alerta rápido (*early warnings*) e os procedimentos de urgência. O autor acrescenta que a concentração dos informes nas mãos dos Estados perpetua a seleção e filtragem das informações apresentadas aos comitês, apesar dos relatórios sombra (*shadow reports*) apresentados paralelamente por ONG's. De mais a mais, são vários comitês, o que sobrecarrega o Estado na apresentação de seus diversos relatórios, acarretando, por vezes, na redundância das informações prestadas. Em função da duplicação, existe o risco de os comitês editarem recomendações contraditórias. Porém, a ausência da vinculação minimiza o ponto anterior.

¹⁹⁶ 1) Comitê de Direitos Humanos: monitora a implementação do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1966) e seus protocolos facultativos; 2) Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: monitora a implementação do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); 3) Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial: monitora a implementação da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965); 4) Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher: monitora a implementação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979) e seu Protocolo Facultativo (1999); 5) Comitê contra a Tortura: monitora a implementação da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984); 6) Comitê sobre os Direitos da Criança: monitora a implementação da Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) e seus protocolos facultativos (2000); 7) Comissão de Trabalhadores Migrantes: monitora a implementação da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias (1990); 8) Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: monitora a implementação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006); 9) Comissão de Desaparecimentos Forçados: monitora a implementação da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados (2006) e 10) O Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

¹⁹⁷ São eles: 1) Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (previsto no art. 14 do tratado e de aceitação facultativa por parte dos signatários); 2) Pacto Internacional de Direitos civis e políticos (previsto no primeiro protocolo facultativo ao tratado); 3) Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (previsto no protocolo facultativo ao tratado); 4) Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (previsto no protocolo facultativo ao tratado); 5) Convenção contra a tortura e

No caso brasileiro, fazem parte dos direitos fundamentais os seguintes tratados internacionais do nível global (tratados ratificados pela República Federativa): 1) Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (Decreto Presidencial nº 65.810/69); 2) Pacto Internacional de Direitos civis e políticos (Decreto Presidencial nº 592/92); 3) Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Decreto Presidencial nº 591/92); 4) Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (Decreto Presidencial nº 4.377/02); 5) Convenção contra a tortura e outros tratamentos cruéis (Decreto Presidencial nº 40/91); 6) Convenção dos direitos da Criança (Decreto Presidencial nº 99.710/90) e 7) Convenção sobre direitos das pessoas com deficiência (Decreto 6.949/09). Portanto, o Brasil não ratificou a Convenção internacional para a proteção dos direitos dos trabalhadores migrantes e famílias e a Convenção para a proteção de todas as pessoas contra desaparecimentos forçados¹⁹⁸.

Quando voltamos os olhos para o sistema regional (seu funcionamento fora descrito mais acima) constatamos que fazem parte dos direitos fundamentais constitucionais os seguintes tratados estabelecidos pela OEA: 1) Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (Decreto Presidencial nº 98.386/89); 2) Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Decreto Presidencial nº 3.321/99); 3) Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos referente à Abolição da Pena de Morte (Decreto Presidencial nº 2.754/98)¹⁹⁹; 4) Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Decreto Presidencial nº 1.973/96) e 5) Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (Decreto Presidencial nº 3.956/01). Não fazem parte da proteção multinível constitucional, por ausência de ratificação, a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância e a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas²⁰⁰.

A proteção multinível dos direitos humanos pode ser esboçada por círculos concêntricos que se sobrepõem, contudo, tal sobreposição não implica relações de conteúdo e continente, em função de a lógica da proteção multinível seguir o aspecto do âmbito

outros tratamentos cruéis (previsto no art. 22 do tratado e de aceitação facultativa por parte dos signatários) e 6) Convenção sobre direitos das pessoas com deficiência (previsto no protocolo facultativo ao tratado).

¹⁹⁸ O Congresso Nacional aprovou o texto da Convenção por meio do Decreto Legislativo nº 661/2010.

¹⁹⁹ O Brasil efetuou reservas ao tratado, argumentando que imperativos constitucionais (art. 5º, XLVII, *a*) justificavam o recurso à possibilidade de reserva prevista no tratado em comento, que, em seu artigo 2º, assegurava aos Estados praticar a pena de morte em tempos de guerra, de acordo com o Direito Internacional, por delitos graves de caráter militar.

²⁰⁰ O Congresso Nacional aprovou o texto da Convenção por meio do Decreto Legislativo nº 127/11.

geográfico de abrangência da instituição que declara os direitos:



A estruturação da proteção de direitos humanos em diferentes níveis de acordo com a conceituação e com a ilustração apresentada implica em inevitáveis interações normativas, em decorrência da sobreposição normativa. A interação normativa dos direitos humanos protegidos nos diferentes níveis pode demonstrar a existência do aspecto descritivo do pluralismo constitucional, na medida em que as relações normativas dispostas de maneira não hierárquica demonstrariam uma das vias de interação entre ordenamentos jurídicos que reivindicam discursos constitucionais. É o que será demonstrado a seguir.

2.2.3. Interações normativas entre os diferentes níveis de proteção de direitos humanos: influências mútuas entre os níveis nacionais e regionais.

A proteção multinível de direitos humanos não pode ser confundida com o pluralismo constitucional. A previsão de direitos humanos em vários níveis de ordenamentos jurídicos, por instituições diversas, não implica na reivindicação, por parte de todos os ordenamentos, de um discurso constitucional. No caso do pluralismo constitucional na Constituição de 1988, apenas o nível regional sustenta discurso constitucionalista. Dessa forma, o nível global, representado pelos tratados internacionais de direitos humanos adotados pela ONU, não será analisado com maior profundidade. O que não significa, é importante ressaltar, que não haja interação entre os níveis (ou pluralismo jurídico), apenas que da interação entre o nível global com os demais, o primeiro não mobiliza argumentos constitucionais.

Diferentemente do discurso constitucional desenvolvido pela CtIDH, os comitês de direitos humanos não são órgãos judiciais que editam sentenças vinculantes ou exigem a

nulidade de leis internas. Além da configuração como órgãos quase-judiciais, os comitês da ONU não desenvolveram discursos de última palavra acerca da interpretação dos tratados que lhes incumbe interpretar²⁰¹, exigindo, por consequência, uniformidade de suas interpretações por parte dos Estados²⁰².

Difícilmente a relação entre os níveis global e nacional poderá caracterizar-se como de pluralismo constitucional. Concordamos que a relação pode ser configurada como um pluralismo jurídico, mas não como uma pluralidade de esferas constitucionais. Além de inexistente o aspecto descritivo, com precários indícios capazes de apontar uma constitucionalização dos tratados da ONU através dos trabalhos dos comitês²⁰³, normativamente, correríamos o risco de diluir o discurso do constitucionalismo, ao postular que o referido ideal político fosse capaz de abarcar mais de 100 países e diversas tradições políticas, culturais e sociais, sob um único ideário político a ser regido pelas premissas constitucionalistas.

²⁰¹ Uma tímida tentativa de alterar tal paradigma pode ser constatada no Comentário Geral nº 33, do Comitê de Direitos Humanos (§§ 11-15). De acordo com o CDH, suas decisões sob o protocolo opcional (comunicações individuais), apesar de não judiciais, delas se aproximam pela composição do comitê e pela forma decisória (imparcial e independente). O comitê acrescentou que suas decisões representavam um pronunciamento dotado de autoridade sobre o tratado, em razão do seu papel no desenvolvimento do instrumento internacional.

²⁰² Como aponta Crawford (2000, p. 03-11), diferentemente dos níveis regionais, o alcance da proteção global não vai muito além dos sistemas de entrega de relatórios. Além de mais habilitados a diminuir os problemas de coordenação e duplicação do nível global. O autor enumera alguns problemas que sugerem uma crise do sistema global: 1) há uma imensa quantidade de relatórios de países que ainda não foram analisados (os comitês gastariam até 24 anos, caso esforçassem para cumprir com os relatórios atrasados; 2) atrasos com o processamento de relatórios e, quando pertinente, nas comunicações individuais (a razão pela qual o CDH não viola o art. 14 do PIDCP por conta do atraso é, justamente, seu caráter não judicial) e 3) os Estados Partes não estão dispostos a melhorar o sistema (prioriza-se a ratificação dos tratados, ao invés de seu efetivo cumprimento, pois são aceitas reservas duvidosas ao tratado, entrega atrasada de relatórios e falhas no cumprimento das recomendações). Os problemas de financiamento e de duvidosa seleção dos membros dos comitês se refletem, ademais, no acompanhamento das produções dos comitês (ALSTON, 2000, p. 502). Os dados apresentados não estão desatualizados, pois Koneva (2014) e Rodley (2013, p. 642) identificaram todos os problemas anteriormente elencados na prática atual dos comitês. As propostas de alteração do sistema universal são muitas e há pouco consenso acerca do caminho a ser tomado. No entanto, o que fica claro nas constantes discussões acerca: da unificação/desmembramentos dos órgãos de fiscalização; sobre a criação de uma corte mundial de Direitos Humanos; sobre a força das observações conclusivas; da relação dos relatórios dos Estados com a Revisão Periódica Universal do Conselho e a tensa relação dos órgãos com a permanência de países não democráticos é que o sistema universal está em constante crise e não parece, em sua atual conformação, apresentar-se como sedimentada instituição de proteção de Direitos Humanos, como afirmam Bayefsky (1996, p. 200), Michael O'Flaherty (2010, p. 327) e Pedone e Kloster (2013, p. 80-83)

²⁰³ Schulutter (2012, p. 279-301) afirma que, diferentemente da CtEDH que utiliza a interpretação baseada no propósito e objeto do tratado lançando mão de fontes externas, os órgãos oriundos dos tratados da ONU seguem uma versão mais limitada da noção de interpretação de acordo com o objeto e propósito, pois interpretam as obrigações dos tratados sem o auxílio de nenhuma referência externa em muitos casos. O objeto e propósito dos tratados são, geralmente, extraídos dos Comentários Gerais e dos trabalhos preparatórios. Ainda que, por exemplo, o CDH esteja, nos últimos anos, citando mais fontes internacionais nos casos de desaparecimento forçado, limita-se à citação do Estatuto de Roma e da Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados, apenas como apoio interpretativo do PIDCP. Portanto, O CDH não cita instrumentos regionais ou Constitucionais.

2.2.3.1 Interação Nível Global <->Nível Regional.

A CtIDH, por meio da interpretação expansiva de sua competência para concretizar os direitos da CADH com base em outros instrumentos que veiculam normas de direitos humanos (LIXINSKI, 2010, p. 594), cita, além dos tratados internacionais de direitos humanos do nível global, as manifestações dos órgãos instituídos especificamente para fiscalizá-los e implementá-los²⁰⁴. O art. 29, *b*, da CADH prevê que a interpretação a ser realizada da convenção não poderá limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados, por essa razão, a CtIDH interpreta os tratados de direitos humanos do nível global como se a convenção fizesse parte de um mesmo conjunto de direitos humanos internacionais (LIXINSKI, 2010).

Quando da análise de caso em que Estado estava sendo acusado de ter violado o direito à vida e à integridade pessoal de menores internados em instituição carcerária²⁰⁵, a CtIDH interpretou as obrigações advindas do art. 19 (direitos da criança), da CADH com base na Convenção dos Direitos da Criança, da ONU²⁰⁶, em função da obrigação adicional que os Estados devem garantir em função da qualidade da pessoa encarcerada²⁰⁷. A fim de analisar se o Estado havia violado a vida digna e o projeto de vida dos menores, a CtIDH utilizou como critério o conceito de “desenvolvimento da criança” presente na Observação Geral nº 05/03, do Comitê dos Direitos da Criança²⁰⁸.

A CtIDH teve a oportunidade de citar relatórios periódicos e recomendações finais de comitês da ONU sobre países que estavam sendo demandados na corte por fatos e circunstâncias semelhantes aos expostos no nível global, como no caso *Raxcacó Reyes vs.*

²⁰⁴ As citações descritas serão limitadas às Observações Gerais e Relatórios dos Comitês que fiscalizam os 09 tratados da ONU, pois, ainda que a jurisprudência dos comitês seja importante para o desenvolvimento dos tratados que devem implementar (e são citadas pela CtIDH), nem todos os comitês possuem competência para analisar petições individuais. Dessa forma, a análise se restringirá às competências compartilhadas por todos os comitês de direitos humanos da ONU. Do ponto de vista do nível regional, apenas serão analisadas as situações em que se observou forte influência do nível global na interpretação da CADH. A utilização de materiais do nível global (relatórios, declarações, resoluções, tratados etc.) é abundante no SIDH e ocorre na maioria dos casos decididos pela CtIDH.

²⁰⁵ Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

²⁰⁶ *Idem*, § 148.

²⁰⁷ *Idem*, §160. A CtIDH citou sua jurisprudência desenvolvida na OC 17/02, § 54.

²⁰⁸ A CtIDH adotou o conceito amplo de “desenvolvimento” elaborado pelo Comitê da ONU (que incluía aspectos físicos, mentais, espirituais, morais, psicológicos e sociais) para sustentar o dever do Estado de proporcionar cuidados de saúde e educação às crianças que mantiver sob sua custódia, para que o projeto de vida das mesmas não fosse destruído.

Guatemala²⁰⁹, em que a corte, ao interpretar a limitação da imposição de pena de morte para casos não contemplados na legislação nacional anteriormente à ratificação da CADH (art. 4.2), lançou mão de importantes recomendações formuladas pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU especificamente para a Guatemala²¹⁰ e para outros países²¹¹ para declarar a violação da convenção americana.

Posteriormente, na análise de caso em que se discutia a responsabilidade internacional do Estado por não ter tomado medidas eficazes para reconhecer o direito de propriedade comunal do povo Saramaka²¹², a CtIDH discutiu direitos inerentes a uma comunidade específica, que se diferenciava da comunidade política nacional, o que implicava em um conjunto de direitos específicos, interpretados de acordo com suas tradições culturais. O direito à propriedade de tal povo se insere em uma perspectiva comunal (relação especial com seus territórios ancestrais de acordo com suas próprias categorias jurídicas)²¹³, tornando as concessões estatais às madeiras violadoras do direito à propriedade (art. 21 da CADH).

Tendo em vista que a jurisprudência da corte sobre propriedade comunal de povos indígenas foi construída com base na interpretação de leis latino-americanas que previam direitos indígenas²¹⁴ e no disposto na Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a análise do caso de Suriname sobre populações tradicionais deveria seguir um viés semelhante. No entanto, ao analisar o direito interno do Suriname, a corte verificou que o Estado não previa em suas leis a ideia de propriedade comunal e não ratificara a OIT nº 169, mas, afirmou a corte, o Estado fazia parte do PIDCP e o PIDESC²¹⁵. Incorporando

²⁰⁹ Corte IDH. Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133.

²¹⁰ *Idem*, § 59. O comitê expressou sua preocupação com a ampliação das hipóteses em que seria cabível a pena de morte na Guatemala. Afirmou, inclusive, que a norma questionada no caso perante a corte anos depois (ainda que sua redação tenha sido alterada quando da análise no SIDH, a norma manteve sua essência), não apresentava justificativa necessária para a imposição de pena tão severa (no caso de sequestros sem o resultado morte), portanto, seria contrária ao PIDCP (ONU, Comité de Derechos Humanos. Observaciones finales sobre Guatemala emitido el 27 de agosto de 2001, CCPR/CO/72/GTM, § 17).

²¹¹ A CtIDH considerou que a regulamentação do crime de sequestro determinara a imposição da pena de morte para os autores de forma automática e genérica, ou seja, ignorando-se a análise das circunstâncias particulares do caso, dificultando a análise da adequação da medida (pena capital) às disposições convencionais (Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala, § 79). A interpretação da corte estava baseada nas recomendações do Comitê de Direitos Humanos da ONU (Cfr. ONU, Comité de Derechos Humanos, Kennedy c. Trinidad y Tobago - Comunicación No. 845/1999; UN Doc. CCPR/C/74/D/845/1999 de 28 de marzo de 2002, párr. 7.3; ONU, Comité de Derechos Humanos, Thompson c. San Vicente y Las Granadinas - Comunicación No. 806/1998-; UN Doc. CCPR/C/70/D/806/1998 de 5 de diciembre de 2000, párr. 8.2; ONU, Comité de Derechos Humanos, Pagdayawon c. Filipinas, Comunicación 1110/2002, párr 5.2.)

²¹² Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

²¹³ *Idem*, §§ 84 – 86 e 91.

²¹⁴ Lei nº 28/87, da República da Nicarágua e Constituição do Paraguai.

²¹⁵ Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Suriname, § 93

manifestações do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais²¹⁶ e do Comitê de Direitos Humanos²¹⁷, a CtIDH considerou que a interpretação do art. 21, da CADH poderia ser integrada, baseada em seu art. 29, pelas interpretações dos Comitês da ONU, justificando a ideia de propriedade comunal naquele país.

Neuman (2008) analisa tais interações como importações realizadas pela CtIDH e as avalia com ceticismo. A importação seletiva da produção dos órgãos de direitos humanos da ONU não é acompanhada de maiores justificações e a CtIDH acaba por transformar obrigações não vinculantes e recomendações despidas de obrigatoriedade em obrigações convencionais. Por fim, a transformação de *soft law* em *hard law* fragiliza a legitimidade das decisões da CtIDH, porquanto ignora a busca de consenso regional acerca da institucionalização dos direitos humanos na América Latina. A evolução interpretativa das obrigações dos Estados que fazem parte da CADH não poderia estar desvinculada das experiências da comunidade regional americana (NEUMAN, 2008, p. 110-115).

Contudo, o movimento de interações é de via dupla (exportação). O nível global, especialmente a partir dos últimos cinco anos, tem citado casos julgados no nível regional.

Gerald Neuman (2011, p. 111), por exemplo, afirma que o Comentário Geral nº 29/01, do Comitê de Direitos Humanos incluiu em suas referências relatório que adotou a mesma linha de raciocínio desenvolvida pela CtIDH na OC nº 08/87, acerca da inderrogabilidade do *Habeas Corpus* em situações de emergência, apesar de o Comitê não ter realizado citação expressa do precedente americano.

O Comitê dos Direitos da Criança, na OG nº 08/06 (§ 24), que dispunha sobre o direito da criança à proteção contra castigos corporais e outras formas de punição cruel ou degradante, baseou-se na OC nº 17/02, da CtIDH para reforçar que a impossibilidade de aplicar a crianças castigos corporais também estava presente nos sistemas regionais de direitos humanos²¹⁸. O mesmo comitê, na OG nº 13/11, no intuito de estabelecer medidas para prevenir qualquer espécie de violência às crianças, estipulou a obrigação estatal de auxiliar as

²¹⁶ A CtIDH realçou a interpretação feita pelo Comitê de que o direito à autodeterminação dos povos presente no art. 1º, do PIDESC seria aplicável aos direitos indígenas, portanto, garantindo a eles o direito de dispor livremente de suas riquezas e recursos naturais, em função de serem garantias para que os referidos povos não fossem privados de seus meios de subsistência próprios (ONU, Comitê de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Consideración de Informes presentados por Estados Partes bajo los Artículos 16 y 17 del Pacto e Observaciones Finales sobre la Federación Rusa. N.U. Doc. E/C.12/1/Add.94, 12 de diciembre de 2003, § 11).

²¹⁷ A CtIDH utilizou a Observação Geral nº 23 (direito das minorias) do Comitê de Direitos Humanos para reforçar sua interpretação de que não serão negados às minorias (que podem ser indígenas) direitos de desfrute da sua própria cultura, [que] podem consistir em um modo de vida que está intimamente associado com o território e uso de seus recursos naturais (OG, nº 23/94, do Comitê de DH, §§ 1 e 3.2).

²¹⁸ Importante notar que a CtIDH, ao interpretar o art. 19, da CADH, utilizou na OC preceitos da Convenção da ONU.

famílias a promover medidas capazes de garantir a unidade da família e permitir o pleno exercício e gozo por parte das crianças dos seus direitos na esfera privada, abstendo-se de interferir indevidamente nas relações privadas e familiares de crianças, de acordo com as circunstâncias, baseado no caso Velázquez Rodríguez, julgado pela CtIDH²¹⁹.

O Comitê sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de Suas Famílias, na Observação Geral nº 02/13, ao analisar a situação das crianças migrantes, afirmou que o direito à educação dos menores deveria ser garantido, como o fizera a jurisprudência da CtIDH, ao interpretar o art. 19, da CADH. Importante salientar que o Comitê não especificou quais seriam os precedentes de referência²²⁰.

Mais recentemente, o Comitê sobre Desaparecimentos Forçados, em relatório apresentado em função de sua sexta sessão (17-18, de março de 2014, § 16), apontou, em discussão temática acerca da competência da justiça militar para julgar desaparecimentos forçados, que apesar de inexistir exposto posicionamento acerca do tema no tratado da ONU, a CtIDH havia decidido pela incompetência da justiça castrense para julgar as referidas violações de direitos humanos. Em seguida, salientou que tal posicionamento fora acompanhado pelos participantes do painel. O Comitê da ONU não citou o precedente da corte referenciado²²¹.

2.2.3.2 Interações Nível Nacional <-> Nível Global

O sistema global de proteção de direitos humanos não costuma utilizar, ao menos não de forma explícita, decisões e normas internas para fundamentar a produção jurisprudencial dos órgãos convencionais e extraconvencionais (relatórios, comunicações, observações

²¹⁹ ONU, Comitê dos Direitos da Criança, OG nº 13/11, § 47, vi.

²²⁰ Sobre o tema, poderíamos citar os seguintes precedentes da CtIDH: OC-17/02, § 86; Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, § 196; caso "Instituto de Reeduación del Menor" Vs. Paraguay, § 172; Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, § 185 e, por fim, o precedente que guarda mais semelhanças com o assunto discutido na OG - Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, § 169 (o desaparecimento forçado do indígena Maia Florencio Chitay Nech obrigou seus filhos a se deslocarem de seus locais de origem para escapar de ameaças que sofriram, violando seus direitos à unidade familiar, assim como seu direito à livre circulação. A situação das crianças indígenas implicou na violação dos direitos específicos de proteção das crianças estipuladas pelo art. 19, da CADH, dentre eles, o direito à educação)

²²¹ Como exemplo, podemos citar o caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, § 270-282 (ao reiterar sua jurisprudência acerca da incompetência da justiça militar em um regime democrático para julgar civis e assuntos alheios à questão militar, o tribunal assentou que a justiça castrense não poderia julgar o caso do desaparecimento forçado do Sr. Pacheco).

conclusivas, comentários gerais etc.), o que significa que a produção jurídica do direito do nível interno exerce pouco ou nenhum impacto no nível global (ao menos explicitamente).

Em contrapartida, a influência do nível global no nacional é tamanha.

A declaração de direitos fundamentais presente na Constituição de 1988 retira indisfarçável inspiração genética na DUDH e nos principais tratados de direitos humanos da ONU, ao ponto de Flávia Piovesan (1997, p. 115)²²² afirmar que a reprodução fiel dos enunciados dos tratados internacionais, longe de ser mera coincidência, implica na preocupação em equacionar o direito interno de modo que se ajuste, com harmonia e consonância, às obrigações internacionalmente assumidas pelo Estado brasileiro no campo dos direitos humanos.

Lindgren Alves (1997, p. 175) indica que a redação originária dos arts. 227 e 228 da CF/88 foi diretamente influenciada pelas discussões travadas no âmbito da ONU acerca da futura Convenção dos Direitos da Criança.

Após a promulgação da CF/88 a relação com o nível global se intensificou com a alteração da postura do Brasil para com os organismos da ONU²²³ e com a ratificação dos principais tratados de direitos humanos globais.

A submissão de relatórios à ONU, requisito do monitoramento dos comitês que compõem o sistema convencional, alterou-se com a democratização, em função da maior transparência das informações prestadas pelo país, cuja coleta contou, nos primeiros anos, com o diálogo cooperativo da sociedade civil (LINDGREN ALVES, 1997, p. 95)²²⁴. As observações finais e as recomendações dos comitês influenciaram o desenvolvimento de políticas públicas de direitos humanos no país logo após a redemocratização, como o Plano Nacional de Direitos Humanos, iniciado no governo de Fernando Henrique Cardoso. Dentre as recomendações feitas pelo Comitê de Direitos Humanos (CCPR/C/79/Add. 66, de 24/07/96), por exemplo, estava a previsão do que seria o embrião do Incidente de Deslocamento de Competência, incluído na CF/88 pela EC nº 45, pois o relatório sugeria a

²²² A autora exemplifica que: a) o art. 5, III é uma reprodução literal do art. V da DHDU, de 1948 e do art. 7º, do PIDCP; b) o art. 5º, *caput* reproduz o art. VII, da DUDH e o art. 26, do PIDCP e c) o art. 5º, LVII reproduz o art. XI da DUDH e o art. 14, 3, do PIDCP.

²²³ Originalmente, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher fora ratificada pelo Brasil com reservas ao artigo 15, parágrafo 4º, e ao artigo 16, parágrafo 1º alíneas a, c, g e h pelo Decreto nº 89.460, de 20 de 1984, que prescreviam a igualdade de gêneros. As reservas foram feitas em razão de o Código Civil vigente à época (1916) não reconhecer a igualdade entre os cônjuges. Contudo, a reserva foi retirada em razão, de acordo com Lindgren Alves (1994, p. 54), de sua patente inconstitucionalidade em face da nova Constituição.

²²⁴ Os primeiros relatórios entregues pelo Brasil pós-88 ao Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial (que cobriu o período de 1986 a 1995) e ao Comitê de DH contaram com o auxílio do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo.

responsabilidade da União nos casos de violações de direitos humanos, recomendação que foi, aliás, reprisada nas conclusões e recomendações do Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial (Cerd/C/104/Add. 11, de 27/09/96) (SABOIA, 1999, p. 233-235)²²⁵.

Uma das maiores influências exercidas pelo sistema global ocorreu na confecção do Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), legislação que absorveu inúmeras normas da Convenção dos Direitos da Criança (LIMA JR, 2000, p. 46), antes mesmo da vigência internacional e da ratificação do tratado no país (LINDGREN ALVES, 1994, p. 60)²²⁶.

Apesar de, como visto acima, o Brasil ter ratificado os principais tratados da ONU ao longo da década de 90, ainda havia resistência quanto à ratificação dos protocolos facultativos às convenções, especialmente os que previam mecanismos de peticionamento individual aos comitês. Como justificativa diplomática para a não ratificação, pode ser citada a intenção de inserção paulatina do país no sistema global, sem que sua imersão imediata provocasse eventuais constrangimentos. A situação começou a alterar-se no final dos anos 90, com o reconhecimento da competência contenciosa da CtIDH, da ratificação do protocolo facultativo à Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher em 2002 e com a promulgação da Declaração Facultativa prevista no art. 14 da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, reconhecendo a competência do Comitê Internacional para a Eliminação da Discriminação Racial para receber e analisar denúncias de violação dos direitos humanos cobertos na mencionada Convenção, em 2003 (BELLI, 2009, p. 178-180).

No plano jurisprudencial, o plenário do STF, em um punhado de casos, citou alguns dos principais tratados da ONU.

O Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos foi citado, por exemplo, nas ADI 3510, HC 96772, ADC 29, HC 96772, HC 82.424 e ADPF 54. No último caso, podemos encontrar uma das raras menções feitas à decisão de um Comitê do sistema convencional global. Na ADPF 54, o relator, Ministro Marco Aurélio, citou o caso K.L. contra Peru (2005), ocasião em que o Comitê de Direitos Humanos assentou ser equivalente à tortura obrigar uma mulher a levar adiante a gestação de um feto anencéfalo, conclusão semelhante a do STF no julgado em comento. Marco Aurélio, relator do RE 591.054/SC, citou o Comentário Geral nº

²²⁵ A federalização dos crimes contra direitos humanos estava prevista, poucos meses antes, no I Programa Nacional de Direitos Humanos (Decreto nº 1.904 de 13 de maio de 1996), seguido de proposta de PEC apresentada pelo Ministro da Justiça, Nelson Jobim no mesmo dia de publicação do programa (PEC 368/96). Tanto no Programa, quanto nas justificativas da emenda, não constam citações à atuação dos organismos internacionais, mas é inegável sua influência na sua concretização anos depois.

²²⁶ O ECA é de julho de 1990, a Convenção entrou em vigor em setembro de 1990 e o Decreto Executivo de internalização data de novembro de 1990.

32 do CDH como indicativo de que o Poder Público deveria abster-se de prejudicar o acusado, como corolário da garantia da presunção de inocência no direito constitucional brasileiro.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, que serviu, conjuntamente com outras normativas e decisões internacionais, como fonte de inspiração da lei 11.340/06, foi citada na ADC nº 19, que tinha por objeto a referida legislação.

A Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis foi lembrada na ADPF 153.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi citada na ADI 2649, mesmo que, à época, o Brasil tivesse apenas assinado o tratado. Ou seja, não havia aprovação congressional ou o decreto presidencial, que apenas foi editado no ano seguinte ao julgado²²⁷.

2.2.3.3 Interação Nível Nacional -> Nível Regional

A interação entre o nível nacional, caracterizado pelas normas de direitos fundamentais previstas na Constituição de 1988, e o nível regional, caracterizado pelas normas de direitos humanos previstas na CADH é o nosso principal foco. Tendo em vista que cada nível reivindica discursos constitucionais, exemplificados pelos argumentos do monopólio decisório acerca do conjunto normativo que lhes compete interpretar e das influências mútuas, variáveis de acordo com o ponto de vista epistemológico a ser considerado.

Do ponto de vista da Constituição de 1988, suas normas reconhecem o direito internacional, ou seja, não ignora a existência de normas produzidas além do direito Estatal. O reconhecimento do referido direito internacional não significa, necessariamente, superioridade daquele, mas que deve ser levado em consideração pelo direito nacional de alguma forma, que varia da rejeição à supremacia do direito internacional sobre o nacional.

Ralf Michaels (2005, p. 1.228-1.235) sugere 04 (quatro) hipóteses de interações possíveis entre o direito do Estado e o direito não estatal²²⁸, do ponto de vista constitucional.

São elas: 1) *rejeição*: as reivindicações normativas não estatais são rejeitadas como direito e não são aplicadas pelo direito estatal. O direito aplicável é apenas o direito produzido

²²⁷ Ainda que não tenha sido feita referência pelo pleno, as duas turmas já tiveram a oportunidade de citar a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, agora com status de norma constitucional, no RMS 32.732 e no RE 440.028.

²²⁸ No trabalho mencionado, o autor faz referência genérica ao direito não estatal, que inclui, por óbvio, o direito internacional dos direitos humanos.

pelo Estado²²⁹. A referida hipótese não descreve a realidade brasileira, uma vez que a Constituição não nega à CADH *status* jurídico; 2) *internalização*: nessa hipótese, o direito constitucional apenas reconhece o direito não estatal quando internalizado (o que poder ser feito pela aplicação automática do tratado ou pela transformação legislativa). A Constituição reconhece outras instituições como produtoras de normas, mas nega a elas *status* de direito autônomo. Ao reiterar o monopólio do reconhecimento do direito nas mãos do Estado por meio da exigência da internalização, a Constituição apenas atribui *status* jurídico às normas que perdem sua característica de direito não estatal ou que são autorizadas a produzir efeitos no plano interno. Ao menos do ponto de vista formal, a internalização das obrigações internacionais no Brasil não exigem sua transformação legislativa. A CADH é aplicada no direito interno como tratado²³⁰; 3) *deferência*: a incorporação exige procedimentos legislativos constitucionais que, por vezes, podem ser demorados e dificultosos do ponto de vista político, o que impossibilita que o Estado internalize todas as normas importantes do direito não estatal. Todavia, em função de sua importância, o direito Estatal faz referência às normas não estatais como se fossem fatos a serem analisados, mas não como direito autônomo e 4) *delegação*: a delegação considera o direito não estatal como direito, mas subordinado e não autônomo em relação ao direito estatal. A Constituição autoriza a auto regulação de grupos sociais, abrindo espaço para produção jurídica própria no âmbito privado (direito contratual; acordos coletivos entre sindicatos de trabalhadores e de empresários etc.).

Em suma, a internalização e a deferência negam aos ordenamentos não estatais a autonomia jurídica; a internalização remedia a questão da autonomia com o transplante e a deferência a nega por considerar a produção não estatal como fato. Por fim, a delegação considera a norma não estatal como direito, desde que subordinada e não autônoma.

Dentro das hipóteses elencadas, é possível concluir que o direito constitucional brasileiro lida com a CADH a partir da perspectiva da internalização. Dessa forma, à CADH não é negada a qualidade jurídica, no entanto, o *status* de direito interno apenas é alcançado após a internalização do tratado no ordenamento jurídico brasileiro por meio da promulgação. Uma vez internalizada, a convenção passa a ser considerada direito, mas sua posição no ordenamento jurídico estatal varia de acordo com a interpretação constitucional.

²²⁹ Rejeitar não significa ignorar. O direito constitucional de um país não ignora um direito não estatal, quando recusa atribuir-lhe a categoria de direito no plano interno.

²³⁰ Do ponto de vista material, não podemos ignorar o fato de que em nosso país nenhum tratado é mencionado sem a referência explícita ao Decreto Executivo que o promulgou e, mesmo quando o Judiciário faz a aplicação direta de um tratado, é muito comum que os juízes refiram-se ao artigo do Decreto, que é a norma nacional, ao invés do artigo do tratado, como identificado por Claudia Lima Marques e Lucas Lixinski (2009, p. 152).

A CADH, até 2008, era considerada lei ordinária; no entanto, atualmente, o STF a interpreta como norma supralegal (acima da lei ordinária e abaixo da Constituição). O que isto significa para as interações entre as normas constitucionais e a CADH?

Para chegarmos a posições mais concretas acerca das relações entre normas sup legais e constitucionais precisamos percorrer o caminho que o STF trilhou para chegar até à sup legalidade.

Os ordenamentos jurídicos estatais, geralmente, assumem decisões constitucionais acerca da “posição” do direito não estatal no direito interno influenciados pela necessidade de auto imunizar-se e assegurar o monopólio do controle da criação do direito dentro de seu território após a internalização. Mesmo os países que atribuem aos tratados internacionais de direitos humanos estatura constitucional poderão argumentar que o *status* constitucional daqueles foi “autorizado” pelo direito estatal.

A discussão acerca da categoria da CADH no ordenamento jurídico interno não é meramente semântica. Situa-la como lei ordinária implica em graves consequências na interpretação dos direitos elencados na convenção em relação aos direitos fundamentais previstos constitucionalmente. Além de favorecer uma interpretação subsidiária (primeiro os direitos fundamentais; depois, os convencionais), consequências procedimentais prejudiciais aos direitos humanos poderão ser defendidas (impossibilidade de manejo de ações constitucionais tendo como fundamento normas convencionais, possibilidade de figurar como objeto em ações que intencionam declarar a inconstitucionalidade de leis ordinárias etc.).

Podemos elencar, por outro lado, consequências da constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos internalizados: 1) paridade, do ponto de vista interno, das normas do tratado com as normas constitucionais; 2) os possíveis e prováveis conflitos entre as normas de direitos humanos e fundamentais não serão solucionados pelo critério hierárquico; 3) a incorporação da jurisprudência dos órgãos competentes para implementar o tratado no plano internacional; 4) rigidez constitucional dos tratados incorporados; e 5) aplicabilidade direta dos tratados de direitos humanos, sem posterior necessidade de desenvolvimento legislativo²³¹.

Mas e a sup legalidade? Quais características se perdem em relação à lista elencada acima? O STF ainda não teve oportunidade de desenvolver o ponto de forma satisfatória, nem mesmo descreveu o que, exatamente, significa uma norma sup legal. Essas perguntas podem, todavia, começar a ser respondidas ao trilharmos o caminho que levou o STF à sup legalidade.

²³¹ As consequências foram inspiradas e adaptadas de Ayala Corao (2002, p. 53-56).

O STF, anteriormente à CF/88, na década de 1950, em questão que envolvia direito tributário²³², decidiu que normas nacionais posteriores, ainda que contrárias às disposições de tratados internacionais, não são passíveis de revogá-los, na medida em que aqueles dependiam da atuação conjunta das partes contratantes para serem alterados, pois visavam, exatamente, excluir atuações unilaterais pela via legislativa constitucional dos Estados Partes. A questão fundamental para o Relator, Min. Lafayette de Andrada, era a forma específica de alteração do tratado: denúncia ou decisão conjunta das partes. Portanto, o tribunal não se debruçou, necessariamente, sobre questões relacionadas à hierarquia dos tratados na Constituição, ou seja, não afirmou que eram legais, supralegais ou supraconstitucionais, apenas que afastam leis posteriores que disponham sobre o mesmo assunto²³³. Além do mais, o tratado não versava sobre direitos humanos.

Na década de 1970, o posicionamento de nossa suprema corte foi diferente: em caso de direito cambiário²³⁴, o STF alterou sua jurisprudência sobre o tema, ao afirmar que os tratados internacionais se submetem às leis atuais do país, segundo a interpretação prevalecente no voto do relator para o acórdão, Min. Cunha Peixoto²³⁵.

De acordo com Cunha Peixoto, a questão principal seria analisar se do tratado poderia emanar, diretamente, direito positivo a ser aplicado no país. De acordo com o ministro, a obrigação interna seria diferente da externa, na medida em que a última precisaria de um

²³² Apelação Civil 9.587/51 (A Companhia Rádio Internacional do Brasil propôs a ação em face da União para receber restituição advinda de impostos recolhidos indevidamente. A Companhia requeria a aplicação do Decreto n. 542, de 24 de Dezembro de 1935, promulgando o Tratado de Comércio, que impunha regra de tributação diferente da aplicada pela alfandega brasileira no caso. Ademais, sustentava a inaplicabilidade do Decreto-lei n. 7.404, de 22 de Março de 1945).

²³³ Gómez Fernández (2004, p. 40-61) sustenta que a natureza internacional de um ato e a forma com que a Constituição lida com sua aplicação interna não significa, necessariamente, relações hierárquicas. Aferir a superioridade da Constituição pelo fato de os tratados estarem submetidos ao controle de constitucionalidade é colocar a premissa como consequência. Defender a superioridade da Constituição em face de tratado internacional porque os últimos figuram como objeto de controle não pode ser algo pressuposto sem a defesa de uma abordagem mais ampla acerca das relações entre direito internacional e constitucional. Ruiz Miguel (1988, p. 138-139) exemplifica o afirmado utilizando o exemplo dos países que, até bem pouco tempo atrás, não dispunham de nenhum mecanismo de fiscalização da constitucionalidade das leis, como a Inglaterra. Nesses países, apesar de as leis parlamentares não poderem figurar como objeto de controle judicial de constitucionalidade, a superioridade da Constituição era incontestável.

²³⁴ RE 80.004/SE (tratava-se de recurso extraordinário que visava resolver questão relacionada à cobrança de nota promissória não registrada com base no Dec.-Lei 427/69 e a consequente irresponsabilidade do avalista, uma vez que não atendida imposição criada pelo referido decreto. O recorrido apontou a consequente nulidade da nota promissória, na medida em que o Decreto Lei teria derogado a Convenção de Genebra sobre títulos de crédito, que, por sua vez, descreveu a obrigação do avalista como autônoma e não previu o registro como uma formalidade necessária para a validade da nota promissória).

²³⁵ O Ministro Xavier de Albuquerque, relator originário, confirmou o descrito anteriormente acerca do fundamento utilizado pelo STF na década de 1950 para sustentar a aplicação do tratado em detrimento da lei interna: o meio próprio de revogação do tratado é a denúncia, realizada por normas superiores às normas internas, as quais não poderiam dispor sobre aquela. O ministro adotou posicionamento do prof. Rubens Requião, para quem os tratados intencionariam a maior circulação dos títulos de crédito, estabelecendo os requisitos formais que deveriam constar nas notas, para serem consideradas válidas, não poderia, portanto, um país alterar unilateralmente, sem denúncia, o estabelecido pelas altas partes contratantes.

procedimento especial de adaptação, chamado ordem de execução, para ter aplicabilidade no país. As obrigações exteriores vinculam o governo na ordem externa, mas não o povo, na medida em que o tratado não seria lei. Apenas uma lei em sentido formal poderia adaptar as obrigações internacionais às internas. Dessa forma, os países que ratificaram a convenção e editaram leis formais internas posteriores, como o Brasil, não aceitaram, de pronto, o tratado como fonte de direito positivo.

No caso em comento, Cunha Peixoto afirmou que, como não houve transformação da norma internacional em lei brasileira por conta de erros de internalização, a convenção não seria vigente no país. A lei, ademais, vincularia os juízes, mesmo que contrariasse o tratado. No caso do art. 98 do CTN, afirmou que os tratados lá dispostos assumiriam feição contratual, e não normativa, uma vez que são realizados por governantes com o intuito de não serem desrespeitados ao atribuir-lhes direitos subjetivos. Tratar-se-ia de regra específica do direito tributário e não se aplicaria ao direito cambiário. Todavia, sugere a inconstitucionalidade do artigo. Cunha Peixoto, entretanto, ficou vencido no ponto em que afirmou a não vigência do tratado. Mas ressaltou que, para fins argumentativos, ainda que se considere a vigência do tratado, o mesmo não teria o condão de impedir modificações legislativas posteriores.

No caso, o STF considerou que o tratado teria validade no território brasileiro, porém não seria aplicável ao caso, em função de lei posterior nacional que previa regime diferenciado do estabelecido pela Lei Uniforme.

O Ministro Leitão de Abreu salientou que, em razão de o tratado ser revogado mediante denúncia, a lei nacional posterior apenas suspenderia a incidência de suas normas. Se a lei interna que suspende a incidência for revogada, o tratado voltaria a vigor. Carlos Velloso (2005, p. 16) sugere que a solução de Leitão de Abreu teria sido a prevalecente, uma vez que no RE 95.002/PR²³⁶, o STF considerou, após a edição do Decreto-Lei 1.700/79, válidas normas presentes nas convenções de Genebra. É válido ressaltar que no julgamento referenciado por Velloso, há apenas o voto do Relator (Min. Soares Munoz) e nenhuma menção acerca dos conflitos entre tratados internacionais e leis internas é feita. No entanto, o argumento de Velloso é importante, tendo em vista que o Dec-Lei 1.700/79 revogou, especificamente, as normas sobre títulos de crédito presentes no Dec-Lei 427/69, normativa aplicada no RE 80.004/SE.

Não é muito difícil concluir que a decisão do STF no RE 80.004/SE não significou que o tribunal acolheu o critério da lei mais moderna como a forma de resolução de conflitos entre

²³⁶ 1ª Turma, DJ 13/11/1981. Gilmar Mendes sustentou posicionamento semelhante no RE 466.343/SP, p. 1.146.

leis internas e internacionais²³⁷, como o julgado no RE 95.002/PR demonstrou (e como ficará mais claro a seguir). A revogação do Dec-Lei 427/69 não implicou, necessariamente, na automática repristinação do Decreto Executivo que internacionalizou o tratado (nem o referido efeito estava expresso no decreto-lei posterior de 1979)²³⁸. Reduzir a solução do conflito, desenvolvida pelo STF, entre tratados e leis nacionais como uma questão temporal²³⁹, ignora os pressupostos que fundamentaram a decisão da corte na mudança jurisprudencial da década de 1970 e que são importantes para compreender a decisão acerca da suprallegalidade dos tratados de direitos humanos.

A redução do problema à questão temporal no STF foi influenciada pela ideia de que o tratado internacional foi internalizado pelo ordenamento brasileiro, portanto, estaríamos diante de um conflito entre regras jurídicas situadas em um mesmo ordenamento jurídico e no mesmo âmbito de validade, condições cumulativas que possibilitam a identificação de antinomias (BOBBIO, 1999, p. 87)²⁴⁰. Ademais, das opções apresentadas ao intérprete desenvolvidas pela dogmática jurídica clássica, o critério cronológico parecia, à época, a melhor opção²⁴¹. Todavia, as consequências e justificativas do posicionamento do STF diferem sobremaneira da construção dogmática acerca da solução de antinomias temporais entre normas internas.

Norberto Bobbio (1999, p. 93) afirma que a adoção do critério cronológico justifica-se pela prevalência da vontade do legislador mais recente, sinalizadora do progresso social. No

²³⁷ José Magalhães (2000, p. 58) defende que a confusão dos votos, recheados de fundamentos diversos, dificulta a definição de qual fundamento tenha prevalecido.

²³⁸ Leitão de Abreu aponta para a mesma consequência (RE 80.004/SE, p. 985).

²³⁹ A construção do STF (Cordeiro Guerra, Cunha Peixoto e Leitão de Abreu) parece ter sido influenciada pela decisão da Suprema Corte Norte Americana em *Whitney v. Roberstson*, 124 U.S. 190 (1888), que interpretou a fraseologia *supreme law of the land* do artigo VI, da Constituição do EUA, que se referia aos tratados ratificados pelo país, no sentido de equipará-los às leis federais. Em caso de conflito, a regra mais recente (*later in time*) prevaleceria. A corte foi enfática, tempos depois, ao afirmar a supremacia da Constituição em relação a um tratado, em *Reid v. Covert*, 354 U.S. 1 (1957). O que não pode ser ignorado, no entanto, são as decisões da Corte em *Foster & Elam v. Neilson*, 27 U.S (1829), que afirmou a possibilidade de aplicação de regras extraídas de um tratado sem a necessidade de desenvolvimento legislativo em casos de tratados auto-executáveis (*self-executing*), em função do art. VI e a decisão em *Murray v. The Charming Betsy*, 6 U.S. (2 Cranch) 64 (1804), que afirmou que uma lei nacional deve ser interpretada de modo a não conflitar com a lei internacional. Complementou a corte que um ato do Congresso nunca deverá ser interpretado de forma a violar a lei das nações, se qualquer outra construção possível permanecer. De acordo com a Suprema Corte dos EUA, o Judiciário norte americano tende a conciliar a interpretação das provisões conflitantes dos tratados auto-executáveis e leis nacionais, apenas se a conciliação não for possível, a regra mais moderna será aplicada (JANIS, 2008, p. 95; SHAW, 2003, p. 149-150). Além de reforçar nosso argumento de que o critério da lei mais moderna não poder ser encarado de maneira tão simplista quando lidamos com as relações entre ordenamentos, as exceções construídas pela Suprema Corte dos EUA (aplicabilidade direta e interpretação favorável ao direito internacional), que estruturaram a regra *later in time* com base na natureza da norma internacional, não foram lembradas pelo STF.

²⁴⁰ Tal ponto pode ser observado na interpretação do voto do Min. Cordeiro Guerra feita pelo Min. Leitão de Abreu (RE 80.004/SE, p. 978).

²⁴¹ O critério hierárquico estava descartado, em função da paridade normativa entre o tratado e a lei federal. O critério da especialidade não seria aplicável, por conta da identidade de matérias regulamentadas pelos textos normativos.

caso do RE 80.004/SE, a justificativa para a aplicação da lei interna posterior não se encaixa perfeitamente na alegação de manutenção da vontade democrática mais recente, presumidamente mais justa. Como poderíamos justificar que o critério prevalecente no STF foi o cronológico, quando os ministros afirmaram que o Judiciário estaria apenas adstrito à lei nacional? Nesse sentido, caso haja conflito entre lei posterior e tratado, a vinculação judicial será ao produto legislativo interno, mesmo que isso resulte em conflitos no campo da política externa (Cordeiro Guerra e Leitão de Abreu). Se o tratado fosse posterior e estivesse em conflito com lei nacional, o juiz estaria adstrito à norma internacional mais moderna ou à lei nacional antiga? Parece-nos que a posição do STF é mais bem representada pela segunda opção.

Não bastasse o argumento da prevalência irrestrita do direito nacional, os ministros sustentaram a ideia de que os tratados internacionais não impediriam a atividade legislativa do Congresso Nacional, que poderia dispor de forma contrária ao tratado internalizado anteriormente (Cunha Peixoto, Cordeiro Guerra, Leitão de Abreu e Rodrigues Alckmin). Ou seja, não há nenhum constrangimento à atividade legislativa por conta de obrigações internacionais assumidas pela República.

Se os juízes devem dar primazia ao direito interno em detrimento do tratado internalizado e o Congresso não tem sua competência legislativa limitada pelo tratado internacional, em que momento o critério cronológico resolveria a antinomia?

Melhor seria reconstruir a interpretação do STF a partir de dois pressupostos substantivos presentes nos votos dos ministros: a natureza da obrigação internacional e a característica do tratado envolvido.

A interpretação do STF acerca das obrigações internacionais assumidas pela República é uma das principais bases para compreender a consequência da aplicação da lei nacional editada posteriormente ao tratado no caso do RE 80.004/SE. Para os ministros do STF, os tratados internacionais envolvem obrigações que se limitam ao plano das relações entre os governos dos países, conseqüentemente, não afetam as competências dos demais poderes, especialmente, a do Legislativo. Ainda que no referendo ao tratado o Congresso exerça participação decisiva ao autorizar o Executivo, a edição de leis nacionais formais posteriores à normativa internacional continua possível, uma vez que o tratado de cunho normativo apenas vincularia a República e não, diretamente, os cidadãos. De mais a mais, a Constituição não previra regra explícita autorizando a prevalência do tratado. Ora, se a obrigação internacional

não impede a manifestação legislativa nacional posterior (em qualquer momento), a não aplicação do tratado não decorreu em face de um postulado cronológico, mas hierárquico²⁴².

O argumento seguinte reforça o anterior, porquanto da análise do art. 98, do CTN, que afirma textualmente a regra da prevalência do tratado em relação às leis internas, os ministros distinguiram as espécies de tratados em normativos e contratuais²⁴³. O art. 98, do CTN não teria aplicação no caso do RE 80.004/SE, uma vez que a Lei Uniforme não seria um tratado contrato (portanto, seria normativo) e não dispunha sobre direito tributário (Cunha Peixoto, Cordeiro Guerra e Thompson Flores). Enquanto os tratados normativos estipulariam regras gerais, os tratados-contratos seriam acordos entre governos acerca de interesses recíprocos.

Ao invés de advogar que o STF adotou um critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) para solucionar um possível conflito normativo, melhor afirmar que a corte interpretou que as obrigações internacionais assumidas pela República não limitam as competências legislativas e os demais poderes constituídos, a não ser que o tratado seja classificado como contratual. Dessa forma, podemos inferir que, caso o tratado fosse de natureza contratual, o STF decidiria pela prevalência da normativa internacional²⁴⁴. Como a prevalência ou não do tratado dependeria da sua classificação em normativo ou contratual, o aspecto temporal não seria o mais importante.

A promulgação da Constituição de 1988 trouxe em seu bojo uma enorme gama de normas constitucionais que dispunham sobre direitos humanos. As inovações constitucionais no tocante aos direitos humanos ofertaram bases positivas para uma possível reinterpretação das relações entre direito internacional e direito nacional, especialmente em função da profusão de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil e inexistentes

²⁴² Atento às premissas de Itziar Gómez Fernández (2004, p. 69-113), afirmamos que a defesa do critério hierárquico não foi feita com base nas supostas consequências da superioridade hierárquica da Constituição (submissão ao controle de constitucionalidade), mas pela interpretação substantiva das normas constitucionais (soberania constitucional controla o conteúdo das obrigações internacionais e a soberania do parlamento não é afetada por compromissos governamentais normativos internacionais).

²⁴³ A distinção entre tratados contratuais e normativos, atualmente, perdeu espaço na doutrina, como apontam Rezek (2008, p. 28) e Celso Mello (2004, p. 220). A atribuição da natureza contratual aos tratados estaria relacionada à reciprocidade oriunda dos acordos presentes na norma internacional, estipulada para regular os interesses recíprocos dos pactuantes. Os tratados normativos, geralmente multilaterais, por outro lado, estariam relacionados ao estabelecimento de padrões de conduta normativos, semelhantes às leis nacionais (ACCIOLY, 1976, p. 121). Lima Marques e Lixinski (2009, p. 148) confirmam que a interpretação do STF foi acolhida pelo Judiciário, porquanto a provisão do art. 98 do CTN tem sido interpretada de maneira restritiva pelos juízes, que fazem a distinção entre “tratados contratuais” e “tratados normativos”, argumentando que o art. 98 aplicar-se-ia apenas aos tratados contratuais, pois criam obrigações suficientemente distinguíveis, em contraposição aos últimos, que possuem uma função de criação do direito. A diferenciação acarreta sérios problemas quando lidamos com tratados de direitos humanos, via de regra tratados multilaterais normativos. Seriam as leis tributárias mais importantes no plano interno, apenas porque regulam interesses intergovernamentais?

²⁴⁴ No ponto, Pinheiro (2001, p. 107) partilha do mesmo argumento.

ou escassos à época das decisões analisadas acima (PINHEIRO, 2001, p. 16-17; MAUÉS, 2013, p. 217).

Os direitos humanos e sua faceta internacional mais relevante, os tratados internacionais, inserem na relação entre os ordenamentos jurídicos uma importante variável ausente nas decisões do STF anteriores a 1988: as normas oriundas dos tratados internacionais de direitos humanos não intencionam atribuir padrões normativos aos Estados soberanos ou regulamentar seus interesses mútuos, mas aplicar normas acerca da responsabilidade dos Estados para com seus cidadãos. Em suma, tratados que se caracterizariam como normas que restringem ou limitam as ações estatais (que podem ser legislativas).

Com efeito, além da alteração dos pressupostos acerca das relações entre ordenamentos, em decorrência dos argumentos apresentados no parágrafo acima, esperava-se que o STF confirmasse a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, defendida por expressiva parcela dos autores nacionais²⁴⁵.

Todavia, na oportunidade em que a corte (à época, composta por significativa porção de ministros nomeados por presidentes militares)²⁴⁶ teve a chance de se manifestar sobre o tema na década de 1990, além de reiterar a hierarquia legal dos tratados de direitos humanos, desenvolveu outro método para solucionar possíveis conflitos normativos, o critério da especialidade.

Como afirmado páginas antes, o relator do HC 72.131, Ministro Marco Aurélio, sustentou a insubsistência do Decreto-Lei de 1969 que instituiu a prisão do depositário infiel em alienação fiduciária, em decorrência da posterior internalização da CADH em 1992 no mesmo nível hierárquico. Além do mais, ressaltou o relator originário, a Constituição de 1988, em seu art. 5º, § 2º, conferiu importância aos tratados de direitos humanos.

O Ministro Moreira Alves, por sua vez, afirmou a natureza legal dos tratados de direitos humanos internalizados e compreendeu que o tratado incorporado posteriormente à CF/88 não atrai o § 2º do art. 5º, pois não se admitiria emenda constitucional realizada por via de ratificação de tratado. E, mais importante, em função da dimensão legal, a CADH não poderia alterar as exceções previstas constitucionalmente, assim como não poderia restringir o direito fundamental do credor fiduciário. Por fim, acresceu que a CADH não revogou o Decreto-Lei por conta do aspecto genérico do tratado, em detrimento da especialidade da

²⁴⁵ Por exemplo: Flávia Piovesan (2010), André Ramos Tavares (2005), Ingo Sarlaet (2005), Valério Mazzuoli (2011b), Sidney Guerra (2008) e Cançado Trindade (2000).

²⁴⁶ Moreira Alves (Ernesto Geisel); Francisco Rezek (João Figueiredo e Collor de Mello); Néri da Silveira (João Figueiredo); Sydney Sanches (João Figueiredo); Octávio Gallotti (João Figueiredo); Sepúlveda Pertence (José Sarney); Celso de Mello (José Sarney); Carlos Velloso (Collor de Mello); Marco Aurélio (Collor de Mello); Ilmar Galvão (Collor de Mello); Maurício Corrêa (Itamar Franco).

previsão normativa nacional. Assim como Moreira Alves, Octavio Gallotti, Sidney Sanches e Néri da Silveira defenderam o caráter geral da CADH e seguiram o voto que abriu a divergência.

Mauricio Corrêa foi enfático ao afirmar que atribuir à CADH uma interpretação elástica com base no art. 5º, § 2º, seria minimizar a soberania do Estado-Povo disposta na Constituição. Corrêa, interpretando a CADH, sustentou que a limitação imposta pela convenção não abarcaria situações especiais e específicas de algumas obrigações contratuais. O Ministro foi além e sugeriu que os países que ratificaram o tratado não o fariam caso se emprestasse interpretação mais ampla do que se compreende tradicionalmente por prisão civil por dívidas. Ilmar Galvão aderiu à interpretação de Maurício Corrêa, ao afirmar que a CADH não impediria a prisão do depositário infiel, por não ser uma dívida em sentido estrito. Para Galvão, igualmente, não foi intenção dos países que ratificaram a CADH, subdesenvolvidos, excluir o meio coercitivo da prisão como garantia do crédito.

O Ministro Francisco Rezek reforçou o status legal da CADH e sua submissão à Constituição, no entanto, ressaltou que a autorização constitucional para a prisão do depositário infiel (o ministro interpreta o preceito constitucional do art. 5º, LXVII como uma autorização, não como uma obrigação para legislar) poderia ser invalidado pela assunção de um compromisso internacional.

O Min. Carlos Velloso trouxe pela primeira vez ao STF a tese da estatura constitucional dos tratados de direitos humanos. Salientou Velloso que os direitos fundamentais inscritos em tratados internacionais (art. 5º, § 2º) estariam em pé de igualdade aos demais expressos nas normas constitucionais. Pontuou que a revogação convencional da prisão do depositário infiel não eliminaria o texto constitucional, afetando apenas suas bases infraconstitucionais. Da mesma forma que o Ministro Marco Aurélio, sugeriu que o tratado posterior teria revogado a previsão do Decreto-Lei.

O Ministro Celso de Mello defendeu no caso (posteriormente, o ministro alterará, radicalmente, sua posição) a hierarquia legal dos tratados e acrescentou os seguintes argumentos: i) a indiscutível soberania da Constituição Federal, que não prevê a precedência ou prevalência dos tratados internacionais em face do direito positivo e estipula a possibilidade da prisão; e ii) a CADH não vincula o legislador constituinte; e iii) a interpretação do art. 5º, § 2º não contempla a limitação das competências institucionais do Congresso Nacional, cujas atividades não podem ser restringidas por convenções internacionais.

O Ministro Sepúlveda Pertence afastou a controvérsia acerca do status hierárquico da CADH em seu voto, por considerar desnecessária para seu convencimento.

Como havíamos afirmado anteriormente, a interpretação das relações entre direito internacional e nacional não se reduz a aspectos cronológicos. Caso o fosse, os ministros do STF teriam seguido a conclusão de Marco Aurélio no HC 72.131 - a CADH revogara o decreto-lei 911/69, porquanto norma mais moderna.

Para os ministros que compuseram a maioria do tribunal, a norma da CADH que permite a prisão civil quando a dívida for de natureza alimentar, deveria ser interpretada como uma disposição que regulamenta obrigações contratuais genéricas, devendo ser afastada nas hipóteses em que a prisão for prevista para contratos específicos, como o depósito ou a alienação fiduciária. O argumento da especialidade construído pelo STF, portanto, longe de espelhar a prevalência do desenvolvimento ou refinamento do legislador acerca do regramento de determinada categoria jurídica com vistas a garantir a isonomia pela via de um tratamento diferenciado²⁴⁷, estava baseado na interpretação restritiva que o tribunal atribuiu às normas da CADH. Podemos constatar o argumento por meio da interpretação que o STF fez da intenção dos países que ratificaram a CADH. De acordo com o tribunal, caso a prisão por dívidas alcançasse as hipóteses do depositário infiel, o tratado não seria assinado.

Da mesma forma que o RE 80.004/SE não foi solucionado por uma questão cronológica, o HC 72.131 não foi solucionado por conta da especialidade da norma interna²⁴⁸. O argumento será complementado com a análise do HC 79.785.

Além do argumento da interpretação restritiva da CADH, o tribunal precisou, necessariamente, interpretar o art. 5º, § 2º, em função da expressa previsão constitucional que atesta a não exclusão de direitos fundamentais previstos em tratados internacionais. Podemos elencar os seguintes argumentos utilizados pelo STF para limitar o alcance do art. 5º, § 2º: a) tratados internalizados posteriores à 88 não possuem status constitucional, porque o art. 5º, § 2º, não estabelece um mecanismo de alteração formal da Constituição (art. 60, da CF/88); b) o art. 5º, § 2º não poderia minimizar a soberania do povo brasileiro ao restringir norma constitucional (no caso, o art. 5º, LXVII) e c) o art. 5º, § 2º não tem o poder de convalidar obrigações internacionais que limitam o poder do Congresso Nacional (normas do Título IV, Capítulo I, da CF/88).

²⁴⁷ Esta seria a justificativa, segundo Bobbio (1999, p. 96), para a regra *lex specialis derogat legi generali*.

²⁴⁸ Apesar de não concluir pela inutilidade do critério da especialidade, Carla Pinheiro (2001, p. 113), ao analisar o HC 72.131, levanta importante questionamento: partindo do pressuposto aceito anteriormente pelo tribunal de que a norma constitucional é sempre superior, seria necessário o recurso à argumentação da especialidade, uma vez que um critério exclui o outro? Ora, se uma norma é considerada superior, não cabe perquirir qual delas será especial ou geral.

Os três argumentos utilizados pela corte para limitar o alcance da previsão constitucional do art. 5º, § 2º, apesar de relacionados a outras normas constitucionais (o que poderia levar o STF a interpretá-los sistematicamente, a fim de harmonizá-las, caso compreendesse cabível), demonstrou que o tribunal ignorou o mesmo argumento que utilizou para estipular a natureza genérica da norma da CADH – a intenção dos legisladores. O art. 5º, § 2º foi proposto por Cançado Trindade (1991, p. 631-632), para quem o referido artigo teria o condão de inserir o Brasil no rol dos países que atribuíam status especial para os tratados internacionais de direitos humanos, que se incluem ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Por fazerem parte dos direitos fundamentais, os tratados de direitos humanos devidamente internalizados prescindiriam de leis internas para serem aplicáveis, por conta do art. 5º, § 1º²⁴⁹. Não obstante a fragilidade de uma argumentação baseada na intenção dos constituintes²⁵⁰, destacamos o ponto para evidenciar a seletividade do STF quanto aos argumentos utilizados a fim de interpretar a Constituição e sua relação com os direitos previstos em tratados internacionais (para limitar a aplicação da CADH, o STF, supostamente, acessou a intenção dos Estados Partes²⁵¹, mas não justificou porque limitou norma constitucional sem citar a intenção constituinte).

No último julgado do STF, antes da virada jurisprudencial que determinou a supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, o tribunal teve de decidir se condenada em processo de competência originária de tribunal de justiça por atração do foro privilegiado do corrêu, teria direito a recurso inominado ao STJ com base na garantia do duplo grau de jurisdição previsto na CADH.

O relator, Ministro Sepúlveda Pertence, na primeira parte de seu voto, afasta a incidência material do duplo grau de jurisdição argumentando que a Constituição prevê competências originárias aos Tribunais para julgar em única e última instância diversos procedimentos, inclusive penais. Concluiu que a Constituição quando não o afasta ela mesma, não garante às partes o duplo grau de jurisdição, no entanto, confirmou que a Constituição permitiria que a lei ordinária, em alguns casos excepcionais, previsse recurso.

Em seguida, Pertence reconhece a existência de antinomia entre a CADH e a CF/88. Dessa forma, por estar em contrariedade com a Constituição, a CADH apenas seria aplicável caso o tratado fosse considerado como constitucional. Com fundamento na soberania da

²⁴⁹ Para uma crítica acerca da interpretação divergente da intenção do criador do artigo constitucional em comento, cf. Cançado Trindade (2003, p. 624).

²⁵⁰ Sobre o tema, Cf. Dworkin (1985), especialmente a primeira parte do capítulo 02.

²⁵¹ Nenhum trabalho preparatório, manifestações oficiais, memorandos ou relatórios das comissões que representaram o Brasil na assinatura da CADH foram citados para avaliar a intenção dos contratantes.

Constituição (nenhuma convenção internacional é superior à Constituição), defende que o juiz, como órgão de Estado instituído pela Constituição e de onde retira autoridade e legitimidade para atuar, apenas pode buscar nela a solução para antinomias. Por consequência, como a Constituição não prevê o duplo grau, a CADH não poderia ser aplicada.

Apesar de infraconstitucionais, dissertou o ministro, os tratados internacionais de direitos humanos não se igualariam às leis, pois, na ordem interna, direitos fundamentais se caracterizam como limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis, portanto, e com base no art. 5º, § 2º, identificar os tratados às leis ordinárias seria esvaziar o sentido da norma constitucional. Os tratados seriam normas supralegais, alterando as leis, mas não a Constituição. A posição foi exposta lateralmente ao mérito.

O Ministro Marco Aurélio, em voto divergente, sugeriu que alguns recursos não estão previstos na Constituição, mas na legislação infraconstitucional. Em seguida, indagou se não poderia, com base no art. 3º, CPP, aplicar o recurso do art. 105, II, da CF/88 para concretizar a CADH. Alertou para o fato de que a via recursal aberta pela CADH ao acusado seria a ordinária, onde não há fundamentação vinculada, como a extraordinária. Ao ser questionado acerca da posição do STF em face do duplo grau (inexiste órgão hierarquicamente superior), Marco Aurélio lembrou os embargos infringentes previstos no Regimento Interno do tribunal e assegurou que a exigência seria garantida pelo reexame pelo próprio tribunal.

Em voto que seguiu o relator na conclusão (indeferimento da ordem), Moreira Alves afirmou que a Constituição não prevê diferentes níveis hierárquicos aos atos infraconstitucionais, vide a não submissão da lei ordinária à lei complementar. Ademais, concluiu que o art. 5º, § 2º apenas alcançaria os tratados ratificados anteriormente à CF/88 em relação à sua constitucionalização.

Em voto que resgatou os argumentos esboçados no HC 72.131, o Ministro Carlos Velloso definiu a garantia do duplo grau de jurisdição expresso na CADH como direito fundamental em pé de igualdade aos demais. Nesse diapasão, sendo direito fundamental constitucionalmente protegido, seria possível o recurso inominado interposto pela paciente.

Os principais precedentes posteriores a 1988 e anteriores a 2008 demonstram a resistência do tribunal em diferenciar os tratados internacionais de direitos humanos das demais tratativas internacionais, o que pode ser constatado pela superficial discussão acerca da natureza da obrigação internacional ínsita aos referidos tratados, diferente daquela identificada pelo STF nos casos cambiários. Apesar de a distinção realizada pela corte entre tratados normativos e contratuais ter sido, aparentemente, abandonada, os ministros não

discutiram as consequências do descumprimento para os titulares dos direitos previstos nos tratados.

A interpretação atribuída aos tratados internacionais de direitos humanos foi afetada pelo alcance restrito atribuído pelo tribunal ao disposto no art. 5º, § 2º. Em oposição à maior parte dos autores e da posição do proponente da norma na constituinte, o STF preferiu manter a hierarquia legal dos tratados de direitos humanos com base na supremacia constitucional, apesar de alguns ministros reconhecerem sua importância. A principal fundamentação para o referido posicionamento seria a natureza de órgão constituído do Poder Judiciário. Sendo órgão criado pela Constituição, que lhe confere autoridade e legitimidade, não poderia o juiz decidir de forma a contrariá-la. Da mesma forma, as convenções internacionais não poderiam limitar as competências constitucionais de outros poderes, como o Legislativo, por exemplo²⁵².

A posição de supremacia da Constituição afasta a crença de que o tribunal teria adotado critérios para a solução dos possíveis conflitos entre as normas dos tratados e as internas com base no aspecto cronológico ou na especificação da norma. No HC 72.131, a edição posterior da CADH em relação ao Decreto-Lei não foi suficiente para aplicação daquela, em função, basicamente, da norma constitucional que previa, expressamente, a prisão do depositário infiel. Na hipótese do duplo grau, mesmo que os ministros tenham afirmado que a Constituição não previra tal direito, não deixaram de reconhecer (especialmente o relator) que a garantia genérica do devido processo legal brasileiro, produziria hipóteses de revisão das sentenças criminais condenatórias. Por sua vez, a CADH estabeleceu previsão expressa, específica (condenações criminais), em relação à previsão genérica da Constituição do devido processo, e, ainda assim, a CADH não foi aplicada. Como afirmado anteriormente, a ideia de especialidade foi desenvolvida pelo STF ao interpretar as obrigações internacionais emanadas da CADH, e não por meio de sua contraposição com outra norma nacional tida como genérica (que poderia ser a Constituição ou o CPP).

Todavia, após expressivas alterações na composição da corte (QUIXADÁ, 2009, p. 60) e no texto constitucional por conta da EC 45/04 (MAUÉS, 2013, p. 214), o STF reinterpretou a posição dos tratados internacionais de direitos humanos em um caso que envolvia matéria velha conhecida da corte: a prisão do depositário infiel nos contratos de alienação fiduciária.

²⁵² Recuperando o afirmado nas notas 232 e 241, *supra*, são essas as razões para a superioridade constitucional, e, não, simplesmente, o fato de os tratados serem objeto de controle de constitucionalidade.

No julgamento do RE 466.343/SP, dois votos se destacam por defenderem posições conflitantes acerca da hierarquia dos tratados internacionais. O primeiro, do ministro Gilmar Mendes, ao retomar o dito de passagem no voto de Sepúlveda Pertence no RHC 79.895, sustentou a supralegalidade dos tratados de direitos humanos; e o voto de Celso de Mello, que alterou sua posição tradicional, para defender a constitucionalidade dos tratados internacionais²⁵³.

Em seu voto, o ministro Gilmar Mendes, reconhece que o art. 5º, § 2º favoreceria o desenvolvimento de, pelo menos, quatro teses acerca da hierarquia dos tratados: supraconstitucionalidade²⁵⁴, constitucionalidade, supralegalidade e legalidade.

Em síntese, o ministro refuta a *supraconstitucionalidade* citando a supremacia formal da Constituição, que, em tese, viabilizaria o controle de constitucionalidade do tratado. Ademais, para que o tratado fosse tido como válido, os órgãos competentes para ratificá-los precisariam respeitar o processo de ratificação constitucionalmente estabelecido. Por fim, o ministro temia que a tese da compatibilidade de valores e da confluência pudesse levar a inclusão de temas que não estivessem sujeitos ao controle material da constitucionalidade,

²⁵³ Nossa análise focará nos votos dos ministros citados por terem desenvolvido com maior profundidade seus argumentos sobre a hierarquia dos tratados internacionais.

²⁵⁴ A tese da supraconstitucionalidade dos tratados internacionais, até o presente momento, foi sustentada no direito brasileiro, isoladamente, por Celso Albuquerque de Mello (1999). Em confuso artigo, o autor parece mais preocupado com a defesa da aplicabilidade de direitos humanos sociais e econômicos em face da liberalização do capital realizada pelo neoliberalismo, do que argumentar em defesa da natureza supraconstitucional dos tratados de direitos humanos. Para o autor, os direitos sociais estariam desprotegidos enquanto fossem relegados a meros programas ou promessas constitucionais, abrindo espaço para que o capital internacional os violasse por meio da omissão estatal. Ao citar o exemplo da União Europeia, sugeriu que a CJE previra a superioridade do direito comunitário em relação às Constituições dos Estados, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais. Após criticar a posição “supostamente” dualista do Brasil, sugere que o monismo dever ser aplicado porque o direito internacional limita as competências do Estado. Celso A. Mello sustenta que a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, porquanto esta seria a tendência do direito Europeu, que prevê a aplicação da norma mais benéfica ao indivíduo, seja ela interna ou internacional. O autor tece críticas à formulação do §2º do art. 5º pela sua posição no texto constitucional, uma vez que pressuporia sua aplicação apenas ao art. 5º, isto é, aos direitos e deveres individuais e coletivos, não abrangendo os direitos sociais. Em síntese, o autor intenciona proteger direitos sociais por meio dos tratados internacionais, porquanto tais direitos poderiam ser vulnerados, caso estivessem à mercê do direito constitucional. Sem embargo da louvável preocupação, a defesa da supraconstitucionalidade dos tratados de direitos humanos baseado em uma contingência (que o autor não demonstra em seu texto, apenas sugere) revela a fragilidade da argumentação: caso as Constituições e o poder judiciário efetivassem os direitos sociais com base nas prescrições internacionais, os tratados ainda seriam supraconstitucionais? O exemplo europeu é, igualmente, questionável. Apesar das decisões da CJE que indicavam o efeito direito do direito comunitário, sua aplicação pelas cortes constitucionais, especialmente a Alemã e italiana, não foi tão bem recebida quanto o autor demonstra. A forma de recepção das decisões das referidas cortes pela academia, inclusive, inaugurou corrente que defende a coexistência de várias Constituições e não uma supraconstitucionalidade europeia. Ademais, o princípio da aplicação da norma mais favorável ao indivíduo não implica, necessariamente, na hierarquia superior dos tratados em relação à Constituição, porque o tratado pode ser afastado em detrimento daquela, além de a posição hermenêutica ser, igualmente, defendida pelos defensores da posição constitucional dos tratados de direitos humanos, demonstrando a não exclusividade do argumento. Por último, a mera posição topográfica do parágrafo § 2º não indica sua limitação aos direitos individuais, pois os direitos fundamentais não estão dispostos na Constituição como uma lista ou limitados ao art. 5º (ADI 939).

com o risco de normatizações camufladas de direitos humanos que dificultariam o controle de constitucionalidade, em razão do alargamento do parâmetro. Em seguida, Mendes refutou a *constitucionalidade* dos tratados ratificados anteriormente à EC 45/04 (como a CADH, por exemplo), por conta da eloquente declaração do art. 5º, § 3º de que apenas os tratados oriundos do procedimento previsto na referida norma seriam dotados da hierarquia constitucional. Contudo, prosseguiu o ministro, as alterações constitucionais serviram para ressaltar o caráter privilegiado da posição de tais tratados e sua importância no direito brasileiro, capazes de afastar a tese da sua mera *legalidade*.

A premissa construída para defender a *supralegalidade* dos tratados internacionais de direitos humanos estava baseada na necessidade da defesa cooperativa ou conjunta dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. Para o ministro, a fim de garantir a máxima eficácia dos direitos humanos, era imperioso aproximar o direito internacional do constitucional. A legalidade dos tratados internacionais de direitos humanos enfraqueceria o ideal cooperativo ao estimular a violação unilateral das disposições internacionais.

Como consequência da supralegalidade, os tratados deteriam o poder de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina infraconstitucional conflitante (paralisar não é revogar nem tornar inconstitucional, porque caso o tratado seja denunciado, a norma infraconstitucional poderia retornar sua eficácia). A posição de Mendes foi majoritária²⁵⁵.

Dessa forma, com relação ao conjunto de consequências da constitucionalização de tratados de direitos humanos que se perdem com a supralegalidade, podemos observar a ausência de dois pontos: da paridade, do ponto de vista interno, das normas do tratado com as normas constitucionais e da rigidez constitucional dos tratados incorporados (pontos 1 e 4, respectivamente).

Em posição que se distancia radicalmente de seus posicionamentos anteriores, Celso de Mello passou a defender a constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos. Em seu voto, o ministro destacou que o judiciário, como instituição concretizadora dos direitos humanos, deveria dar concretude aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, no intuito de outorgar-lhes máxima eficácia. Considerando a redefinição do direito internacional, acarretada pela posição do indivíduo como objeto do direito internacional, e as declarações internacionais que possuem o mesmo sentido (limitação do

²⁵⁵ Seguiram a interpretação de Gilmar Mendes, os ministros Carlos Britto, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. Apesar de não citar expressamente, podemos incluir o Ministro Menezes Direito, que recusou a constitucionalidade e a legalidade dos tratados internacionais de direitos humanos.

poder estatal) e fundamento (dignidade da pessoa humana) no plano interno, os direitos nelas previstos devem ser igualmente efetivados.

Ponderou o ministro que as normas constitucionais que previam exceções à prisão por dívidas não seriam vinculantes, estabeleceriam permissão, não obrigatoriedade de legislar sobre o tema. O que abriria margem para o legislador restringir ou suprimir a prisão por dívida. Nesse caso, inexistindo uma vinculação do legislador, o espaço de autonomia normativa possibilitado pela Constituição poderia ser preenchido pelos tratados internacionais de direitos humanos.

Para o ministro, os tratados internacionais incorporados antes da emenda 45/04 estariam insertos no que denominou bloco de constitucionalidade. Sua constitucionalidade estaria garantida pela recepção do art. 5º, § 2º; em contrapartida, o art. 5º, § 3º apenas conferiria formalidade aos tratados materialmente constitucionais, ao equipará-los às emendas constitucionais²⁵⁶.

Em delicado momento de seu voto, o ministro, admitindo a *mea culpa* de ter influenciado a inclusão do parágrafo terceiro no artigo 5º, correndo o risco de relegá-lo à inutilidade, ao expor que seu principal proponente mudara de opinião acerca de sua funcionalidade²⁵⁷, sustentou que poderíamos utilizar a alteração constitucional feita em 2004 como indício para a construção de uma nova hermenêutica acerca da adequação da Constituição às novas perspectivas sociais, políticas e econômicas.

Concluiu o ministro que não descarta a supremacia da Constituição brasileira frente aos tratados de direitos humanos, desde que tais tratativas importem em alteração, supressão, restrição ou modificação gravosa dos direitos fundamentais previsto na Constituição, isto porque os direitos fundamentais são mecanismos de limite do poder de reforma do Congresso Nacional no exercício do poder de celebrar tratados²⁵⁸.

Além das alterações na composição da corte e na Constituição que influenciaram sobremaneira a decisão do STF no RE 466.343/SP acerca da atribuição de uma hierarquia diferenciada aos tratados internacionais (supralegal e constitucional), outros fatores que parecem ter influenciado, igualmente, a decisão precisam ser ressaltados para compreendermos o alcance de tais alterações para a relação entre tratados e Constituição.

²⁵⁶ Para uma crítica da distinção entre tratados materialmente e formalmente constitucionais, cf. Magalhães *et. al* (2014).

²⁵⁷ Utilizando palavras do próprio, sua sugestão ao Congresso visava “superar a polêmica doutrinária e jurisprudencial em torno do alcance do § 2º do art. 5º da Constituição”.

²⁵⁸ Votaram pela constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos os ministros Eros Grau, Ellen Gracie e Cezar Peluso.

Segundo a reconstrução da jurisprudência do STF anterior a 2008, acerca da relação entre direito constitucional e direito internacional dos direitos humanos, podemos observar que o critério hierárquico foi prevalecente nos precedentes analisados, todavia, os ministros preferiram abrandar seus posicionamentos com a inserção de supostos critérios que seriam capazes de solucionar possíveis antinomias entre ordenamentos, o cronológico e o da especialidade.

Caso adotássemos o critério cronológico para o RE 466.343 e pressupondo, na linha jurisprudencial anterior, que os tratados de direitos humanos equivaleriam às leis ordinárias, a CADH (1992) teria revogado o DL 911/69 (ambas no mesmo nível hierárquico), no entanto, a convenção teria sido derogada (ou teria suas normas sobre o tema afastadas) pelo advento do Código Civil (CC) de 2002²⁵⁹. Por outro lado, e agora tendo por base o postulado da especialidade, a CADH não seria, uma vez mais, aplicável, por prever normas gerais, quando contrastada com o DL, e quando contrastada por outra normativa genérica posterior no tempo, o CC. Ou seja, em qualquer dos critérios, a CADH enquanto legislação ordinária não teria aplicação.

Outro aspecto a ser destacado, e o mais importante, foi a expressa previsão textual da prisão do depositário infiel no art. 5º, LXVII, da CF/88.

A interpretação do referido inciso demonstra que a prisão civil no Brasil é vedada: contudo, a Constituição excetua as hipóteses do devedor de alimentos e a do depositário infiel. O direito fundamental é a proteção do indivíduo contra prisões que envolvam dívidas pecuniárias decorrentes de obrigações civis ou legais. A justificativa da proteção constitucional repousa na gravidade ou desproporcionalidade da prisão como meio coercitivo corporal para solver obrigações civis. No entanto, uma das hipóteses excetuadas pela Constituição decorreria, exatamente, de uma espécie de obrigação civil de natureza contratual.

O indício textual da Constituição desempenhou importante papel nos precedentes analisados anteriormente²⁶⁰ e pode ser descrito com base nos seguintes argumentos: a) o direito de propriedade seria, da mesma forma que o direito à liberdade, fundamental e, portanto, digno de proteção; b) a omissão da CADH acerca do depositário infiel não significaria sua exclusão da compreensão do tratado (complementada pela vontade dos

²⁵⁹ Marcelo Neves (2009, p. 146) observa que a manutenção da legalidade dos tratados, no julgado em comento, poderia acarretar a revogação da CADH pelo aspecto temporal.

²⁶⁰ Como exemplo da preocupação da higidez textual da Constituição no campo doutrinário, Araújo (2008, p. 191) sugere que o problema do depositário infiel em alienação fiduciária poderia ser resolvido no plano infraconstitucional, sem alteração de conteúdo da Constituição, uma vez que o Decreto Legislativo que internalizou a CADH teria revogado o Decreto-Lei. Entretanto, reconhece que, mesmo após a revogação do Decreto-Lei, a Constituição continuaria permitindo ao legislador editar leis que estipulassem a prisão do depositário infiel, para o autor, apenas a lei que regia o tema, à época, fora revogada.

estados partes); e c) a CADH não poderia limitar as disposições normativas estabelecidas pelo legislador constituinte. Portanto, para decidir o RE 466.343/SP o STF precisava, inescapavelmente, lidar com pontos sensíveis acerca da interpretação constitucional desenvolvidos nos casos pretéritos.

Inicialmente, os ministros consideraram que a identificação do contrato de alienação fiduciária com o de depósito se configuraria como medida desproporcional, dessa forma, a ficção jurídica não poderia ser defendida para fins de extensão da prisão ao caso, que deveria permanecer restrita às hipóteses estipuladas no contrato de depósito clássico; os ministros argumentaram, também, que a Constituição, quanto às exceções à prisão por dívidas, não impunha uma obrigação, mas mera faculdade legislativa, por essa razão, o Congresso Nacional não estaria obrigado a legislar sobre o tema. Para solucionar o caso paulista, bastaria o primeiro argumento, como pode ser comprovado pela primeira manifestação do relator, Cezar Peluso, que julgou desnecessário reavaliar o impacto da CADH na interpretação constitucional.

No entanto, a possibilidade de prisões por infidelidade depositária ainda permaneceriam possíveis para as demais situações (excluídas as de alienação fiduciária) e o STF não poderia, simplesmente, recorrer ao texto da Constituição para extrair do conteúdo do direito à liberdade de locomoção (ou do devido processo legal), em sua vertente de proteção do indivíduo contra prisões de natureza civil, uma justificativa para limitar a prisão civil apenas às hipóteses por dívidas de natureza alimentar. Os argumentos da proporcionalidade e da faculdade de legislar não seriam suficientes. O STF precisava recorrer a outro documento para afastar do direito constitucional brasileiro a prisão do depositário infiel: a CADH²⁶¹.

Entretanto, como visto acima, para que pudesse lançar mão da CADH como conjunto normativo para interpretar a Constituição, o STF não poderia mantê-la no nível da legislação ordinária²⁶². Mas não é só. O STF não alçou simplesmente a CADH a um nível superior à legislação ordinária, mas atribuiu sentido à Constituição com base na interpretação que realizou do tratado internacional. Recorde-se que no HC 72.131/RJ, os ministros que compuseram a maioria, além de afastarem a CADH para decidir a questão, interpretaram as

²⁶¹ Como demonstração da força do argumento da interpretação constitucional, podemos citar um dos poucos teóricos que defendiam a prisão do depositário infiel, mesmo em face da CADH, Maurício Rodrigues (1999). O autor sustenta que um tratado internacional, mesmo de status constitucional, não poderia contrariar a vontade constituinte, uma vez que existiriam limites à reforma constitucional. Além do mais, argumenta o autor, o meio coercitivo da prisão seria importante mecanismo para o cumprimento de certas obrigações contratuais, ponto moral que fora captado pela constituinte, a fim de garantir efetividade processual e acesso à justiça. Portanto, mesmo que o STF atribuísse força constitucional ao tratado, seria necessário interpretar a Constituição à luz das disposições internacionais para justificar a ilegalidade de leis que regulamentassem a prisão do depositário infiel.

²⁶² Maués (2013, p. 216) defende posição semelhante, ao argumentar que o STF precisava reavaliar o lugar da CADH no ordenamento jurídico para que a Constituição fosse interpretada à luz da convenção.

normas convencionais para concluir que, além de não impedirem a prisão do depositário infiel (a ausência da disposição não significaria sua proibição), caso a prisão do depositário infiel fosse excluída da CADH, o Brasil não teria a ela aderido.

O conteúdo constitucional do direito fundamental à liberdade de locomoção²⁶³, que inclui a impossibilidade de ser preso por dívidas, foi reconstruído de acordo com a interpretação que o STF fez da CADH e da Constituição²⁶⁴, concomitantemente, para extrair que nenhuma possibilidade de prisão por depósito será aceita pela Constituição (e não apenas a vedação daquela prevista no DL 911/69, portanto²⁶⁵). Maués (2013, p. 218-220) reforça a assertiva, ao defender que a supralegalidade da CADH esvaziou a força normativa da disposição constitucional que prevê a prisão do depositário infiel, em função da retirada da competência do legislador ordinário de regulamentar a hipótese, restringindo o alcance da exceção nele prevista. Em suma, a interpretação que o STF fez do tratado internacional de direitos humanos (o tratado vedaria todas e quaisquer prisões civis que não estivessem relacionadas a dívidas alimentares) alterou o conteúdo substancial de direito fundamental constitucional.

A decisão do STF no RE 466.343 redimensionou a discussão acerca do impacto do Direito Internacional dos Direitos Humanos, especialmente da CADH, sob a jurisdição

²⁶³ A prisão do depositário infiel foi incluída em nosso ordenamento pelo Código Civil de 1916 (art. 1.287), constitucionalizada pela Constituição de 1946 e repetida nas subsequentes. A maioria dos manuais que intenciona interpretar o conteúdo do referido artigo da Constituição de 1988 raramente discute o conteúdo do direito com maior profundidade; quando pouco, apenas repetem os termos do texto da norma alterando a ordem das palavras na oração (MORAES, 2005, p. 105; SILVA, 2010, p. 440; FERREIRA FILHO, 2013, p. 340); quando muito, justificam (ou justificavam) a exceção constitucional ao preceito geral impeditivo da prisão civil por dívidas por meio do argumento da violação da confiança do depositante, que seria a base do contrato de depósito. Acrescentam que a prisão do depositário infiel não seria pena, mas meio coercitivo estipulado para forçar a restituição do objeto, portanto, não seria medida desproporcional. Dessa forma, não seria, propriamente, uma prisão por dívidas, mas medida para garantir a restituição dos bens (BASTOS; GANDRA, 1989b, p. 309-310; DANTAS, 1994, p. 272). A exposição da posição doutrinária serve para demonstrar como a inclusão do fator interpretativo ofertado pela CADH foi determinante para a solução do caso RE 466.343/SP, ao alterar a interpretação substancial do conteúdo do direito fundamental. Difícil deixar de reconhecer que os comentários apenas replicaram os argumentos feitos por comentadores de outras constituições (JACQUES, 1983, p. 438). Não podemos deixar de lembrar, igualmente, que uma parcela de autores era contrária à prisão do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária, no entanto, reconheciam a legitimidade da prisão do depositário infiel nos casos clássicos com os mesmo argumentos expostos anteriormente (CENEVIVA, 2003, p. 85; NERY JUNIOR; NERY, 2006, p. 138).

²⁶⁴ Em trabalho acadêmico, o ministro Gilmar Mendes (2012, p. 648), ao comentar a previsão constitucional da prisão do depositário infiel parece confirmar o argumento defendido no parágrafo acima ao pontuar que a Constituição, por conta da evolução da jurisprudência e “com base no conteúdo do Pacto de San José da Costa Rica, não mais autoriza a prisão civil por dívida”. Outro indício pode ser colhido de trecho da ementa redigida pelo ministro Cezar Peluso no RE 466.343/SP (... Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas. *Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos – grifos nossos).*

²⁶⁵ Nesse sentido, a Súmula Vinculante nº 25 (É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito).

constitucional brasileira²⁶⁶. Ainda que o STF defenda a superioridade normativa e hierárquica das normas constitucionais; atualmente, a tese da supralegalidade inseriu novas e importantes variáveis na discussão acerca do papel a ser desempenhado pela CADH na interpretação do conteúdo dos direitos fundamentais.

A denominada eficácia paralisante, ainda que não tenha o condão de reformar ou revogar normas constitucionais no sentido formal tradicional (pela via de emenda à Constituição), permite a inserção de um padrão normativo intermediário na fiscalização da legislação infraconstitucional capaz de afetar o significado constitucional. Consequentemente, o STF precisará interpretar o ordenamento nacional, não apenas com base nas normas constitucionais, mas, também, com base nos tratados e com a jurisprudência internacional que versem sobre direitos humanos, uma vez que tais parâmetros interpretativos têm a força de: 1) paralisar a legislação infraconstitucional a eles contrária; 2) estimular a relação da interpretação constitucional com a desenvolvida pelos órgãos do SIDH e 3) afastar a aplicação de métodos de solução de conflitos baseados na hierarquia da Constituição de 1988²⁶⁷.

Do ponto de vista descritivo do pluralismo constitucional, a supralegalidade funciona como a porta de entrada do direito internacional dos direitos humanos desenvolvido pela CtIDH (indicativa da influência mútua por parte do ordenamento brasileiro). A Constituição de 1988, tal como interpretada pelo STF, permanece como o conjunto normativo de maior hierarquia do ordenamento jurídico por ela constituído, no entanto, a CADH, não obstante sua estrutura jurídica de nível supralegal, representa padrão normativo capaz de influenciar decisivamente a interpretação do conteúdo de um direito fundamental.

A CADH, alçada ao status supralegal, foi lembrada pelo STF em um pequeno número de casos, embora considerados emblemáticos para o constitucionalismo brasileiro, como, por exemplo: 1) no caso da decisão acerca da não recepção da Lei de Imprensa pela CF/88 (ADPF 130²⁶⁸); 2) na declaração de inconstitucionalidade de DL que previa a diplomação superior

²⁶⁶ Marcelo Neves (2009) não trata das interações entre os ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais pela ótica do pluralismo constitucional, mas da transversalidade de problemas e questões caracterizadas como constitucionais e compartilhadas pelos ordenamentos. No entanto, o autor concorda, também, que a decisão pela supralegalidade pode ser interpretada como uma via para a formação de uma racionalidade transversal (pontes de transição viabilizadoras do aprendizado e intercâmbio recíprocos entre dois sistemas ligados através de acoplamentos estruturais) suportável para a CF/88 e para a CADH (NEVES, 2009, p. 146).

²⁶⁷ Características que, de alguma forma, refletem as outras consequências da constitucionalização de um tratado de direitos humanos expostas anteriormente. São características que concretizam os pontos 2 (conflitos solucionados por critérios não hierárquicos), 3 (incorporação da jurisprudência internacional) e 5 (aplicabilidade direta do tratado).

²⁶⁸ ADPF 130, DJe 06/11/2009, Rel. Ayres Britto. A CADH foi citada pelo Ministro Menezes Direito para pontuar que a convenção previa a proteção, além do direito à liberdade de expressão, de direitos acerca do patrimônio moral do indivíduo (art. 19), que implicavam na possibilidade de alguma forma de intervenção legislativa no tema. O Ministro Celso de Mello citou a CADH para lembrar que a liberdade de expressão não

como requisito para exercício da profissão de jornalista, no RE 511.961/SP²⁶⁹; 3) no julgado em que permitiu a extraditando o direito à assistência consular (EXT 1.126²⁷⁰); 4) nas hipóteses de manutenção de decreto presidencial que estabelecia ampla área de terras indígenas demarcadas, na Pet. 3.388/RR²⁷¹; 5) ainda que para se afastar da interpretação atribuída à CADH pela CtIDH na ADPF 153 que decidiu pela constitucionalidade da Lei de Anistia brasileira²⁷²; 6) na decisão conjunta das ADPF 132 e ADI 4277, em que se discutia possibilidade de extensão às uniões homoafetivas a mesma proteção outorgada à família²⁷³; 7) no julgamento da AP 470, quando se discutia a possibilidade de julgamento dos réus atraídos pela conexão à julgamento em última instância pelo STF²⁷⁴ e, posteriormente, como norma capaz de justificar a aplicação e o julgamento dos embargos infringentes previsto no Regimento Interno do STF²⁷⁵ e 8) na decisão acerca da inconstitucionalidade da utilização de inquéritos e ações penais em curso como antecedentes para fins de majoração da pena acima do mínimo legal no RE 591.054/SC²⁷⁶.

franqueia qualquer manifestação, como o ódio racial (art. 13) e citou a OC 07/86, da CtIDH, para sustentar que o direito à liberdade expressão inclui o direito de todos a obter a informação certa e precisa.

²⁶⁹ RE 511.961/SP, DJe 13/11/2009, Rel. Gilmar Mendes. O relator citou extenso trecho da OC 05/85, da CtIDH, que defendia a impossibilidade de diploma para jornalistas, com base na liberdade de expressão.

²⁷⁰ Ext 1.126 (Alemanha), DJe 11/12/2009, Rel. Joaquim Barbosa. A OC 16/99, da CtIDH, foi citada pelo Ministro Celso de Mello para garantir assistência consular ao extraditando, assim como, ainda com base na opinião consultiva, de outras garantias oriundas do devido processo legal desenvolvidas pela CtIDH.

²⁷¹ Pet. 3.388/RR, DJe 01/07/2010, Rel. Ayres Britto. O caso *Awas Tingni v. Nicaragua* (2001) foi citado pelo Ministro Menezes Direito para alertar, negativamente, que os direitos indígenas de propriedade eram considerados como importantes para a comunidade internacional. O Ministro Marco Aurélio, ao criticar a ideia do relator de que o modelo de demarcação contínua de terras indígenas seria constitucionalmente exigido, alertou que o Brasil poderia ser responsabilizado internacionalmente por violação do art. 21, da CADH (direito de propriedade) titularizado pelos fazendeiros.

²⁷² ADPF 153, DJe 06/08/2010, Rel. Eros Grau. O relator afastou os precedentes da CtIDH denominados pelo próprio de fantasmas, com base na data anterior à ação da aceitação da jurisdição contenciosa da CtIDH. O Ministro Celso de Mello citou os casos *Barrios Altos v Peru* (2001), *Loayza Tamayo v. Peru* (1997) e *Almonacid Arellano v Chile* (2006) para afastar sua aplicabilidade ao caso, argumentando que nos casos julgados pela CtIDH as leis eram de autoanistia, portanto, diversas da lei brasileira, fruto de acordo político. O Ministro Lewandowski, divergindo do relator, citou os casos *Baldeón-García v. Peru* (2006), *Massacre de Pueblo Bello v. Colômbia* (2006) e *Masacre de Mapiripán v. Colômbia* (2005) para justificar o dever do Estado brasileiro de investigar e punir os delitos que implicaram em violações graves de Direitos Humanos.

²⁷³ ADPF 132 e ADI 4277, DJe 14/10/11, Rel. Ayres Britto. A CADH foi citada pelo Ministro Luiz Fux para afirmar que o preceito da igualdade previsto na Constituição era uma explicitação proveniente de tratados internacionais, a fim de demonstrar que os casais homossexuais deveriam possuir tratamento semelhante ao casal heterossexual e o Ministro Marco Aurélio, no desenvolvimento da ideia de que caberia a cada indivíduo formular as escolhas de vida que levarão para o desenvolvimento da personalidade, remeteu ao conceito desenvolvida pela CtIDH de “projeto de vida” e citou os casos *Loayza Tamayo v. Peru* (1997); *Cantoral Benavides v. Peru* (2001) e *Gutiérrez Soler v. Colômbia* (2005).

²⁷⁴ QO de na AP 470, DJ 22/04/2013, Rel. Joaquim Barbosa.

²⁷⁵ 26º AgR na AP 470, DJ 17/02/2014, Rel. Roberto Barroso. Na ocasião, foram citados os casos *Barreto Leiva v. Venezuela* (2009) pelos Ministros Luiz Fux (ainda que para afastar sua aplicabilidade ao caso), *Lewandowski* (indiretamente) e *Celso Mello e Mohamed v. Argentina* (2012), citado pelo Ministro Teori Zavascki.

²⁷⁶ Relator Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 26/02/2015. O ministro Marco Aurélio citou os casos *Cantoral Benavides* (2000), *Ricardo Canese* (2004), *Tibi* (2004) *Cabrera García* e *Montiel Flores* (2010) para reforçar a incidência da presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Independentemente do impacto de tais citações nos casos constitucionais apresentados, o que será analisado posteriormente, após a decisão da suprallegalidade, os ministros do STF passaram a utilizar a CADH e a jurisprudência da CtIDH, ainda que não na frequência desejada, sugerindo formas de interação com o direito internacional que se distanciam de perspectivas, meramente, hierárquicas, na medida em que a CADH passa a ser encarada como fator a ser levado em consideração na interpretação constitucional.

2.2.3.4 Interações Nível Regional -> Níveis Nacionais

Quando analisamos a Constituição de 1988, pudemos constatar que a decisão acerca da suprallegalidade dos tratados internacionais de Direitos Humanos permitiu ao STF incluí-los como relevante fator para a interpretação da Constituição que, apesar de superior hierarquicamente, pode ter seu conteúdo construído com base nas prescrições e interpretações internacionais.

Para fazer o inverso, ou seja, para explicitar as formas com que a CtIDH, ainda que se autoproclame intérprete final da CADH, interpreta e reconhece as normas constitucionais dos países do SIDH para construir os sentidos e conteúdos dos direitos humanos, será necessário analisar as vias interpretativas que o discurso constitucional da corte concede à interação entre os ordenamentos, tal qual a suprallegalidade no caso brasileiro.

Para o leitor familiarizado com a jurisprudência da CtIDH, demonstrar que a corte de San José utiliza normas constitucionais americanas e suas interpretações jurisprudenciais parece tarefa impossível, uma vez que a utilização de decisões judiciais ocorre, geralmente, para “anulá-las”, em decorrência de sua incompatibilidade convencional²⁷⁷. Diferentemente dos precedentes oriundos do SEDH, mais particularmente, da CtEDH²⁷⁸, a CtIDH raramente faz menções ao direito constitucional americano para fundamentar suas sentenças. Como podemos, então, descrever a interação entre os ordenamentos dentro da perspectiva da proteção multinível, capaz de demonstrar o pluralismo constitucional?

A resposta é longa e se confunde com o desenvolvimento institucional do SIDH. A abordagem, no entanto, focará na atuação da CtIDH.

²⁷⁷ Cesti Hurtado v. Peru, § 08; Cantoral Benevides v. Peru, § 77-78; Tristán Donoso v Panama, § 19. Os exemplos foram retirados de Pasqualucci (2013, p. 221-222).

²⁷⁸ Burgogue-Larsen e Cespedes (2013, p. 189), analisando os pronunciamentos da CtIDH até 2012, identificaram que a CtIDH citou a CtEDH 159 vezes em suas decisões, dentre as quais, 11 foram em Opiniões Consultivas.

O SIDH passou, ao longo dos anos, por diversas fases em seu percurso institucional que podem explicar as motivações e a suposta ausência de interações entre ordenamentos nos seus primeiros anos²⁷⁹.

Desde sua estruturação orgânica atual, no final da década de 1970, o SIDH tem diante de si um continente americano marcado por regimes ditatoriais ou democracias frágeis, situações que afetavam a prestação judicial e a garantia de direitos fundamentais nos planos internos. Os órgãos subsidiários de proteção regional de direitos humanos, por essa razão, durante algum tempo, foram a principal válvula de escape para a denúncia das precárias condições jurídicas existentes nos países da região. Seguindo a periodização proposta por Jorge Contesse (2011, p. 164-170), o desenvolvimento do sistema se estende por três grandes períodos sobrepostos e inter-relacionados²⁸⁰.

O primeiro, que compreende o período de entrada em vigor da CADH (1978) até 1990²⁸¹, representa a época em que inúmeros países do continente americano praticavam violações sistemáticas e em massa de direitos humanos como parte da política estatal²⁸². A demora da CIDH em apresentar casos contenciosos perante a CtIDH após sua instauração, somada à incerteza quanto à atitude de um Estado em face de uma possível condenação

²⁷⁹ Apesar da similaridade institucional (quanto aos órgãos, até a entrada em vigor do Protocolo nº 11) e normativa (quanto aos textos base) entre o sistema regional europeu e americano, a maior diferença entre eles reside nos seus desenvolvimentos diferenciados, em função do contexto político dos governos autoritários e militares dos países que faziam parte da CADH e que, inicialmente, eram raros no Conselho da Europa nos seus anos de consolidação (ALSTON; GOODMAN, 2013, p. 980). No mesmo sentido, cf. Pasqualucci (2013, p. 04). Alexandra Huneeus (2011, p. 112-113) afirma que, em função do contexto político diferenciado de seu desenvolvimento, a jurisprudência e o procedimento da CtIDH foram diferentes da CtEDH. Enquanto a CtEDH supervisionava, na ocasião de sua criação, um pequeno grupo de democracias funcionais e comprometidas com o Estado de Direito, a CtIDH iniciou suas atividades lidando com crimes em massa sistemáticos patrocinados pelo próprio Estado. Além de desenvolver uma pioneira jurisprudência acerca do desaparecimento forçado e leis de anistia, o contexto diferenciado americano fez com que a CtIDH desenvolvesse medidas de reparação únicas e diferenciadas do sistema europeu, que extrapolavam a mera reparação pecuniária, cuja natureza poderia ser considerada insuficiente para reparar, prevenir e garantir a não repetição daquelas espécies de violações.

²⁸⁰ Claudio Grossman (2009, p. 50-51), igualmente, caracteriza a evolução do SIDH em três grandes fases inter-relacionadas e sobrepostas. No entanto, apesar da aproximação de conteúdo com a de Contesse, a caracterização de Grossman está focada em três decisões consideradas pelo autor como paradigmáticas para o SIDH. Para Grossman, a primeira fase inicia-se com o surgimento do sistema e finda em 1980, época em que o sistema lidava com as consequências das violações em massa oriundas de regimes ditatoriais (o caso paradigmático é *Velásquez Rodríguez*). A segunda fase compreende o ressurgimento das democracias nas Américas e a rejeição do legado ditatorial, ocasião em que o sistema ocupou-se do desenvolvimento das obrigações de processar e punir os responsáveis pelas violações em massa de direitos humanos da primeira fase (*Barrios Altos*). A última e atual fase expõe o SIDH aos problemas de desigualdade e exclusão de grupos vulneráveis (mulheres, indígenas, crianças etc.), que podem por em risco os avanços alcançados durante o segundo período (*Mayagna (Sumo) Awas Tingni*).

²⁸¹ O período marca o ano em que todos os governos dos países que compunham a OEA estavam sob o comando de civis (GONZÁLEZ, 2009, p.113).

²⁸² Para utilizar a noção desenvolvida por Medina Quiroga (2009, p. 21), violações maciças e sistemáticas são aquelas caracterizadas por servir de instrumental para a realização e sucesso de determinada política governamental, perpetradas em tal quantidade e de tal maneira a criar uma situação em que os direitos à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal da população de um Estado, como um todo ou de um ou mais setores, são continuamente violados ou ameaçados.

judicial e a natureza sistemática das violações, cuja solução imediata não adviria de uma sentença judicial (MEDINA QUIROGA, 2009, p. 21), foram fatores que estimularam a corte a desenvolver importantes interpretações da CADH por meio de sua competência consultiva (GONZÁLEZ, 2009, p. 112)²⁸³.

As referidas demandas, que dificilmente seriam solucionadas propriamente no plano interno, foram levadas aos órgãos do SIDH²⁸⁴. Nesse período, os poucos casos contenciosos que chegavam à corte e a parca jurisprudência do sistema estavam focados em situações de desaparecimentos forçados, execuções extrajudiciais, penas de morte, conflitos armados, direitos de detentos e à garantia do devido processo legal, os quais podem ser paradigmaticamente representados pelos casos hondurenhos (Velasquez Rodriguez, Fairen Garbi e Solis Corrales e Godinez Cruz). A ausência de respostas devidas e efetivas por parte dos Estados acarretava, invariavelmente, em sua condenação a reparar as vítimas de violações em massa. O papel do sistema foi, portanto, o de último recurso de justiça para as vítimas daquelas violações, desamparadas nos sistemas internos (ABRAMOVICH, 2009, p. 09).

O período seguinte (1990-1995) caracteriza-se pela progressiva redemocratização dos países, principalmente, da América-latina, que anteriormente estavam sob o jugo de governos militares. Ainda que a pauta da corte estivesse substancialmente ocupada com os tipos de casos originados nos períodos de exceção indicados no parágrafo anterior, o sistema começa a abrir-se para demandas de grupos específicos politicamente minoritários, como as mulheres, as crianças e os indígenas (GONZÁLEZ, 2009, p. 122). Na medida em que os Estados vão deixando para trás suas características autoritárias, o sistema passa a desempenhar o papel de auxiliar do robustecimento dos regimes democráticos recém-instalados (direito à justiça, à verdade, à reparação de graves violações em massa e sistemáticas, invalidação de leis de anistia, invalidação de tribunais militares para julgar civis e casos de direitos humanos, proteção do *habeas corpus* e às garantias processuais). A atuação passa a ser de participação conjunta, e não adversarial. Como afirma Víctor Abramovich (2009, p. 10), a preocupação do

²⁸³ Considerando que a primeira decisão de mérito da corte ocorreu em julho de 1988, a CtIDH editou 43% (09) de suas opiniões consultivas antes de 1989. 21 opiniões consultivas foram exaradas até meados de 2015.

²⁸⁴ Nancy Thede e Hughes Brisson (2011, p. 27) apontam o perfil dos candidatos indicados por governantes democraticamente eleitos para ocupar cargos nos órgãos do sistema como um dos fatores do desenvolvimento institucional desfrutado a partir da década de 1990. Atualmente, muitas críticas são feitas ao processo de seleção dos juizes que compõem a CtIDH. São citados desde problemas quanto à qualidade dos indicados (PASQUALUCCI, 2013, p. 31), como críticas quanto à sub-representação de mulheres na CtIDH (GROSSMAN, 2012, p. 654-659).

sistema no período era estabelecer princípios capazes de influenciar a qualidade dos processos democráticos dos países²⁸⁵.

O terceiro e último período (1996-2001) está caracterizado pelos debates acerca de alterações procedimentais do sistema e a um desenvolvimento substantivo da jurisprudência do sistema para outros temas antes inexplorados, alavancados pela estabilidade e fortalecimento dos regimes democráticos americanos. A estabilidade política e democrática no continente abriu espaço para novas interações entre o sistema e os Estados (maior uso de soluções amistosas) e dos atores da sociedade civil com o sistema, que trouxeram casos aos órgãos do SIDH que envolviam demandas que não floresciam através da linguagem dos direitos humanos em contextos autoritários (liberdade de expressão em face de autoridades públicas, direito à identidade, direitos reprodutivos, direitos relacionados à igualdade de orientação sexual etc.)²⁸⁶.

O último período foi sedimentado com a Carta democrática da OEA de 2001, que solidificou a importância da democracia representativa no continente para a estabilidade, paz e o desenvolvimento da região. Ao longo dos arts. 07 a 09, a carta estipula a interconexão entre direitos humanos e democracia, enfatizando o compromisso dos Estados de fortalecer o SIDH, considerado como importante via para consolidação da democracia²⁸⁷.

As violações de direitos em massa e sistemáticas que a corte teve de lidar no primeiro período referenciado estavam ligadas aos padrões considerados básicos e elementares para a defesa de Direitos Humanos, como a dignidade, vida e liberdade de locomoção. Direitos que, mesmo dentro de uma estrutura constitucional nacional em períodos de normalidade institucional, seriam garantidos aos indivíduos²⁸⁸. Entretanto, a conjuntura autoritária dos países que ratificaram a CADH inibia, à época, a CtIDH de citar decisões judiciais internas ou mesmo Constituições internas, porquanto o material poderia ser, ele próprio, o objeto de violação de direitos humanos. Ainda que guarde desconfiança quanto à referenciada estratégia

²⁸⁵ Para argumento similar acerca da preocupação com a qualidade da democracia dos países do sistema, cf. Nancy Thede e Hughes Brisson (2011, p. 28).

²⁸⁶ Abramovich (2009, p. 11), na linha do exposto, confirma que “no novo cenário político regional, além de uma mudança de enfoque, é possível identificar também uma variação na agenda”.

²⁸⁷ Em 2009, Honduras foi suspensa da OEA, em função da expulsão de Manuel Zelaya da presidência do país por meio de um golpe militar que o exilou na Costa Rica, o que foi seguido de posterior remoção pelo Congresso, sem que houvesse um processo constitucional específico com ampla defesa e contraditório. O país foi readmitido em 2011, com o retorno do presidente.

²⁸⁸ Burgorgue-Larsen (2011, p. 618-619) explica a ausência de uma maior e mais substancial jurisprudência acerca de direitos sociais na CtIDH com base em dois fatores, um deles era o político. Segundo a autora, o fator político pode ser explicado pela pauta da corte ainda se ocupar das graves e maciças violações de direitos humanos disseminados por regimes autoritários que ocorreram no continente durante os anos 1970. Não por outra razão, os principais direitos violados foram os arts. 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal) e 7 (direito à liberdade pessoal).

interpretativa utilizada pela corte, Neuman (2008, p. 101-102) lembra que, em seus primeiros anos, a corte olhou para fora do sistema americano e buscou o Europeu e o da ONU como pontos de referência interpretativa da CADH²⁸⁹, em função das situações políticas e contextuais das Américas (pobreza, democracia frágeis, sociedades divididas, cortes nacionais frágeis e conflitos internos).

Pensemos no primeiro período de desenvolvimento do sistema: como poderia a CtIDH citar uma decisão de um tribunal constitucional cujo governo autocrático interferia na independência judicial e cuja política governamental caracterizava-se pela prática de tortura, desaparecimentos forçados e censura, como o Chile, o Peru e a Argentina²⁹⁰? A natureza das violações de direitos humanos e a conjuntura política e social, especialmente, dos países das Américas do sul e central, podem explicar porque a CtIDH evitou apontar como fontes de interpretação da CADH, as normas constitucionais dos países que a ratificaram nos dois primeiros períodos.

O terceiro período remanescente demonstra o surgimento de demandas diversas em função da instauração e posterior estabilidade dos regimes democráticos na região e do reconhecimento, por parte dos atores sociais, do âmbito regional como respeitável via alternativa de garantia de direitos humanos. O primeiro fator, a democratização constitucional das Américas latina e central, influencia a alteração na abordagem dos casos pela Corte, que, ao menos nos casos em que precisava expandir a interpretação da CADH para abarcar situações que se distanciavam das violações referentes à atuação de governos autoritários, passou a utilizar os direitos convencionais com base nas normas e interpretações internas²⁹¹.

O exemplo emblemático ocorre no caso da Comunidade (Mayagna) Awas Tingni v. Nicaragua (2001)²⁹². Além de afirmar que os tratados internacionais de direitos humanos precisam ser interpretados de acordo com as perspectivas políticas e sociais atuais, de maneira evolutiva, a corte, interpretando o art. 29, *b*, da CADH, declarou que a referida norma

²⁸⁹ O que indica que as interpretações da CtIDH não foram “inventadas” ou advieram de algum conjunto de direitos naturais. Ponto que será retomado posteriormente.

²⁹⁰ González (2009, p. 106-107) explica que a contraditória edição de um tratado de direitos humanos no âmbito da OEA em uma época (final da década de 1960) em que inúmeros países membros da organização eram governados por regimes autoritários pode ser explicada por dois fatores, sendo o último mais importante para o reforço do argumento do parágrafo acima: i) comprometimento retórico dos países, o que explica a demora na entrada em vigor do tratado, que aguardou e coincidiu com a transição democrática de muitos países (foi o caso do Brasil); e ii) a crença de que as provisões da CADH seriam cláusulas não operativas, da mesma forma que as declarações de direitos fundamentais presentes nas Constituições nacionais. Se as cortes constitucionais não obtinham sucesso na defesa dos direitos fundamentais, qual a preocupação com uma declaração internacional?

²⁹¹ Pasqualucci (2013, p. 13-14) defende posição semelhante.

²⁹² Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

permitia a utilização de normas internas como instrumentos interpretativos dos direitos da convenção, pois a CADH impõe a não restrição dos direitos internamente garantidos.

A corte, antes de analisar se houve violação do art. 25, da CADH, considerou importante aferir se no ordenamento interno da Nicarágua existia procedimento de titulação de terras que fosse eficaz para proteger os direitos dos indígenas²⁹³. Para afirmar a existência de um direito à propriedade comunal (que ensejaria a necessidade de demarcações em face da ausência de títulos reais de propriedade), a corte analisou os arts. 5, 89 e 180, da Constituição da Nicarágua, bem como as leis internas 14/1986 e 28/1987. O conjunto normativo, em suma, reconhecia e protegia o direito à propriedade comunal indígena²⁹⁴. Não obstante a expressa previsão normativa interna, a corte decidiu que o Estado não estabeleceu mecanismos eficazes para a demarcação e delimitação das terras indígenas²⁹⁵.

Em seguida, analisando o direito à propriedade previsto na CADH, a CtIDH afirmou que a ideia de “bens” presente no texto do art. 21 incluiria coisas materiais e imateriais que se agregam ao patrimônio de uma pessoa e são suscetíveis de serem valorados. A noção de bens foi preferida em detrimento da construção civil tradicional de propriedade privada nos trabalhos preparatórios da CADH²⁹⁶. Na conclusão de seu raciocínio, e evocando a interpretação evolutiva da CADH²⁹⁷, a CtIDH afirmou que o art. 29, *b*, não permite uma interpretação que limite (ou restrinja) os direitos previstos no direito interno²⁹⁸ e considerou que o artigo 21 da Convenção protegeria o direito à propriedade em um sentido que inclui, entre outros, os direitos dos membros das comunidades indígenas sob o marco da propriedade comunal, que também é reconhecido na Constituição da Nicarágua²⁹⁹.

Burgogue-Larsen (2011, p. 510-511), ao comentar o caso, afirma que a fórmula da não restrição do direito interno presente no art. 29, *b*, e a interpretação evolutiva foram utilizadas para construir a noção de propriedade comunal sem o recurso ao direito internacional, fonte amplamente utilizada pela CtIDH, e possibilitou à corte interpretar a CADH evolutivamente sem se afastar dela.

²⁹³ *Idem*, § 115.

²⁹⁴ *Idem*, § 122.

²⁹⁵ *Idem*, § 137.

²⁹⁶ *Idem*, §§ 143-144.

²⁹⁷ *Idem*, § 146.

²⁹⁸ *Idem*, §§ 147-148.

²⁹⁹ *Idem*, § 148. Apesar de não estar presente no voto concorrente conjunto dos juízes Cançado Trindade, Pacheco Gómez e Abreu Burelli, a interpretação de que o direito à propriedade comunal já estava previsto e garantido nas normas constitucionais do continente americano foi ressaltada nos votos concorrentes dos juízes Hernán Salgado Pesantes (§ 01) e Sergio García Ramírez (§ 10), o último acrescentou, inclusive, que, à luz do art. 29, *b*, o direito à propriedade comunal deve ser reconhecido na hora de interpretar e aplicar a CADH e, apesar de citar extensa legislação internacional, sustenta que as mesmas respaldam o direito nacional que o previu anteriormente (§ 12).

Portanto, em um caso delicado para o sistema (direito de propriedade de comunidades indígenas), a CtIDH construiu a ideia de propriedade comunal com base no direito constitucional nicaraguense³⁰⁰.

A ideia de que a CADH foi interpretada de acordo com o direito interno ganha força quando Burgogue-Larsen (2011, p. 512) e Pasqualucci (2009, p. 66) questionavam se a construção interpretativa da propriedade comunal atribuída ao art. 21, da CADH dependeria da previsão jurídica interna ou da ratificação de outros tratados internacionais por parte do Estado para ter efeito. Nos casos julgados pela CtIDH de 2010 até 2014 relativos ao tema (e não abrangidos pelas pesquisas das autoras citadas), nenhum dos países requeridos se enquadrava nas seguintes categorias: a) omissão de previsão constitucional ou legislativa do direito à propriedade comunal às comunidades indígenas ou populações tradicionais; e/ou b) ausência de ratificação dos principais instrumentos internacionais sobre o tema (OIT 169 e/ou o PIDESC)³⁰¹.

Outro caso em que a proteção do direito no plano nacional foi determinante para a interpretação da CADH foi o caso dos Cinco Pensionistas³⁰². Sem adentrarmos na problemática acerca da proteção de direitos sociais no âmbito da CADH e o alcance do art. 26, a tradicional abordagem da corte de proteger direitos que podem ser considerados como sociais através dos direitos civis se fez presente no caso citado³⁰³, mesmo que a CtIDH tenha afirmado que, no caso, não tenha havido violação do art. 26³⁰⁴, ao invocar a garantia do pagamento das pensões pela via do direito patrimonial adquirido.

³⁰⁰ A CtIDH, ao analisar o direito político de comunidades indígenas na Nicarágua, realizou o mesmo iter interpretativo para estabelecer que o Estado violou direitos constitucionalmente assegurados (Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, §§ 203 - 205).

³⁰¹ Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, §§ 88-89; Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, § 149 e 162-163; Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270, § 347. Antkowiak (2013, p. 160) defende que a preocupação das autoras pode ter sido sanada no caso Saramaka v. Suriname (2008), ocasião em que a CtIDH reforçou o art. 21 da CADH como a fonte dos direitos comunitarios.

³⁰² Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, § 101-103.

³⁰³ Sobre o tema, cf. Terezo (2014, p. 258).

³⁰⁴ Idem, § 147-148. A decisão baseou-se na criticada posição da corte de considerar que a dimensão coletiva dos direitos sociais apenas poderia ser compreendida de maneira a abarcar toda a população de um país, em decorrência de um critério de equidade social, e não conforme o caso de um grupo específico de pessoas, como os pensionistas. Para críticas da posição da CtIDH no caso, cf. Rossi e Abramovich (2007, p. 44-46). A posição da corte fica mais clara e refinada no julgamento do Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198. Em circunstâncias fáticas quase idênticas às do caso dos pensionistas, a CtIDH, além de afirmar que é competente para analisar possíveis violações que tenham como objeto o art. 26 (§§ 16-19), afirmou que o artigo pode ser acionado para servir de fundamento a uma demanda por estar, da mesma forma que os direitos

A CtIDH analisou a Constituição Peruana e decisões do Tribunal Constitucional Peruano para atestar que o direito à pensão fora adquirido em face do direito interno peruano. A corte, para justificar a utilização do parâmetro interno, lançou mão da mesma argumentação exposta acima, representada pelo binômio, vedação de interpretação restritiva dos direitos previstos no direito interno (art. 29, *b*) e interpretação evolutiva da CADH³⁰⁵.

A partir de tais decisões e da mudança no caráter institucional do SIDH, que passa a atuar como parceiro dos Estados para fortificar e incrementar suas democracias constitucionais, a CtIDH passa a citar decisões judiciais e normas constitucionais dos países americanos (ainda que de maneira restrita). Os casos em que a Corte cita pronunciamentos e normas internas ocorrem, da mesma forma como anteriormente exposto, nas hipóteses em que precisa construir direitos humanos não previstos explicitamente na CADH ou controversos do ponto de vista político, moral e social.

Em 2011, a paradigmática decisão da CtIDH no caso *Gelman* (2011)³⁰⁶ contou, pela primeira vez, com inúmeras referências a decisões constitucionais de Estados americanos que não figuravam como requeridos no julgado.

De acordo com os fatos do caso, a filha recém-nascida de perseguida pela ditadura uruguaia, atuando com base nas prescrições da Operação Condor, fora subtraída de sua mãe biológica logo após o parto e entregue a policial que registrou a criança como se fosse sua. Anos depois, após descobrir a verdade sobre sua origem genética, a filha biológica dos desaparecidos da ditadura empreendeu ações judiciais para recuperar sua identidade. Ademais, o caso lidava com o desaparecimento forçado dos pais biológicos da vítima acima citada, contudo, investigações a respeito do desaparecimento não prosperaram em face da Lei de Caducidade (concessão de anistia aos delitos cometidos por militares) uruguaia.

A CtIDH, ao ressaltar as medidas ilegais que levaram à omissão dos vínculos familiares das crianças retiradas dos seus pais e registradas com outros nomes por famílias diversas³⁰⁷, e em razão de sua condição de criança na época dos fatos, sustentou que os

civis e políticos, apto a ensejar a reponsabilidade estatal presente nos arts. 1.1 e 2, da CADH (§ 100). Contudo, a CtIDH decidiu não analisar se houve violação do citado artigo da convenção (§§ 102-106). *Damián González-Salzberg* sustenta que a nova posição da corte (a competência para conhecer os casos que envolvem o art. 26 e a justiciabilidade dos direitos sociais perante a CtIDH com base nos arts. 1.1 e 2) teria alterado o paradigma de avaliação global em favor de uma análise dos grupos que apresentarem seus casos envolvendo direitos sociais (*GONZÁLEZ-SALZBERG*, 2011, p. 132). Sobre os direitos sociais no SIDH, cf. *Terezo* (2014).

³⁰⁵ Vale ressaltar que a assertiva foi reconhecida pela própria corte no caso *Apitz Barbera y otros* ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Na nota de rodapé 234, correspondente ao parágrafo 217, a CtIDH afirmou que, à luz direito interno, a CtIDH permitiu a inclusão do direito de propriedade sobre os efeitos econômicos do direito à pensão, no artigo 21 da Convenção.

³⁰⁶ *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No.221.*

³⁰⁷ *Idem*, § 120.

direitos violados da filha do casal desaparecido seriam analisados com base nos direitos da criança³⁰⁸. Para defender que na ocasião houve violação ao direito à identidade, conceituado como o conjunto de atributos e características que permitem a individualização da pessoa em sociedade, não previsto na CADH, a CtIDH recorreu à lei interna do Uruguai (Código de la Niñez y la Adolescencia) e à jurisprudência constitucional de países que ratificaram a CADH (Colômbia e Peru)³⁰⁹, cuja conceituação constitucional acerca do direito à identidade foi, praticamente, replicado pela corte³¹⁰. Em seguida, para defender a inconveniência da lei de caducidade uruguaia, que, apesar de ter sido promulgada sob os auspícios de um regime democrático e, posteriormente, confirmada por mecanismos de participação democrática direta³¹¹, a CtIDH afirmou que as obrigações internacionais oriundas de tratados internacionais de direitos humanos limitam as decisões de maioria e citou decisões de tribunais constitucionais que realçaram a limitação da regra de maioria pelos direitos fundamentais³¹².

Outra decisão emblemática é o caso Atala Riffo (2012)³¹³, que tratava sobre a discriminação sofrida por Karen Atala na disputa judicial da guarda de três crianças, porquanto o pai biológico, que ganhou a guarda das crianças na justiça chilena, sustentava que a convivência das menores com a mãe, que mantinha relação homoafetiva, poderia lhes causar danos educacionais e psicológicos. No julgamento, a CtIDH utilizou decisão da Suprema Corte do México³¹⁴ que tratou sobre questão semelhante, nas seguintes oportunidades: para desabonar a alegação de que a convivência com casais homoafetivos poderia causar danos psicológicos aos menores, pois não é cientificamente ou empiricamente verificável³¹⁵ e na interpretação de que o direito à dignidade inclui o direito ao livre desenvolvimento da personalidade em sua intimidade, o que abarca a escolha da pessoa com quem o indivíduo estabelece relações amorosas³¹⁶.

³⁰⁸ *Idem*, § 121.

³⁰⁹ Corte Constitucional Colombiana (T-477/1995, de 23 de octubre de 1995) e Tribunal Constitucional do Perú (Segunda Sala, sentencia de recurso de agravio constitucional de 25 de julio de 2005)

³¹⁰ Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones, § 122.

³¹¹ O povo rejeitou moção para referendar ou não a lei em 1989 e a inconstitucionalidade dos artigos da lei que implicavam na prescrição dos delitos perpetrados no regime militar, posteriormente, a invalidação da lei foi rejeitada em plebiscito realizado em 2009.

³¹² La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (Sentença nº 2010013313) e a Corte Constitucional da Colômbia (Sentença C-141 de 2010 de 26 de febrero de 2010).

³¹³ Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2012. Serie C No. 254.

³¹⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010, 16 de agosto de 2010.

³¹⁵ Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, § 126.

³¹⁶ *Idem*, § 137. Na oportunidade, a CtIDH citou, também, julgado da Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia T-499 de 2003.

Ainda no ano de 2012, a corte interamericana interpretou o direito à vida presente na CADH de maneira inédita no sistema, com base na existência ou não de direitos do embrião no caso de fertilizações *in vitro*.

Tratava-se de caso em que o Estado da Costa Rica, por meio de decisão de sua Suprema Corte, vedou, ao declarar inconstitucional decreto executivo, técnicas de fertilização *in vitro* por, supostamente, ter violado o direito à vida do embrião, de acordo com o art. 4.1, da Convenção Americana sobre Direitos humanos³¹⁷.

Lançando mão de inúmeros recursos interpretativos a fim de verificar se a expressão “desde a concepção” presente no art. 4.1 impediria fertilizações *in vitro* (interpretação sistemática e histórica, com base nos trabalhos preparatórios da CADH, nos sistemas universal e europeu de direitos humanos), a CtIDH, fundamentada na interpretação evolutiva, citou inúmeras decisões de cortes constitucionais nacionais para afirmar que, apesar de a vida pré-natal ensejar cuidados especiais referentes a interesses inerentes a ela, não significa que não possa ser harmonizada com outros direitos fundamentais, como os da mãe³¹⁸.

A deferência aos padrões interpretativos constitucionais dos países que ratificaram a convenção é a principal evidência de um pluralismo constitucional no âmbito da CADH e a prática pode ser explicada pela subsidiariedade do sistema.

Ínsita à estruturação de um sistema internacional de direitos humanos há um princípio de pretensões harmonizadoras entre um discurso de soberania da CADH e o desenvolvimento de interpretações diversas da CADH no âmbito dos ordenamentos constitucionais: a subsidiariedade.

A proteção internacional dos direitos humanos está calcada em uma premissa básica – a sua subsidiariedade em relação à proteção nacional. Ou seja, o acesso ao âmbito internacional apenas está franqueado àquele que tenha exaurido todas as instâncias e recursos³¹⁹ nacionais. A subsidiariedade na convenção americana pode ser exemplificada pela regra da exaustão dos recursos internos presente no art. 46, 1, *a*.

³¹⁷ Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257.

³¹⁸ Suprema Corte dos Estados Unidos (Caso Roe Vs. Wade, 410 U.S. 115, 157, 1973); Corte Constitucional da Colômbia (Sentencia C-355 de 2006, VI.5); Corte Suprema de Justiça da Argentina (“F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, Sentencia de 13 de marzo de 2012, F. 259. XLVI., Considerando 10) e Suprema Corte de Justiça da Nação (acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007). Em nota de rodapé, cita a seguinte frase “Para que ao embrião ‘in vitro’ fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição” oriunda da ADI 3.510/DF.

³¹⁹ O conceito apresentado de recursos não se confunde com o instituto no sentido usual processual ao brasileiro.

A subsidiariedade surge³²⁰ como um princípio que se desenvolve para afirmar graus de autonomia inerentes à pessoa, não em um sentido próximo às tradições políticas libertárias, mas em uma perspectiva que torna a existência humana completa quando realizada em conjunto com a sociedade que, no entanto, e independentemente do grupo social analisado (família, nação ou sociedade internacional) deve respeitar o valor intrínseco inestimável do indivíduo. A inevitabilidade das interações sociais não exige que sejam garantidas à pessoa, em todos os níveis interativos³²¹, na perspectiva de sua individualidade, liberdades para seu desenvolvimento pessoal³²².

Dessa forma, o Estado tem limites de atuação no espaço da liberdade individual (subsidiariedade negativa), mas, a fim de garantir que o desenvolvimento da dignidade ocorra e o agir seja livre, o Estado deve prover os meios e bens necessários para tanto (subsidiariedade positiva – semelhante à noção comum de subsídio) (CAROZZA, 2003, p. 42-45).

Não é difícil observar a correlação entre subsidiariedade e direitos humanos, pois os últimos, como direitos que independem do reconhecimento estatal e que perfazem importantes facetas da vida da pessoa, caracterizam-se pela garantia da busca dos bens e interesses da pessoa. Não apenas no aspecto das liberdades negativas (vida, igualdade, expressão, religiosa, educação, trabalho etc.), mas, igualmente, na garantia de direitos sociais, capazes de permitir a livre busca dos bens e interesses (CAROZZA, 2003, p. 46-49)³²³.

Ao transpormos o princípio para o plano internacional dos direitos humanos, algumas construções procedimentais (subsidiariedade no acesso aos órgãos supranacionais de proteção dos direitos humanos) e substantivas (subsidiariedade no conteúdo dos direitos humanos) tradicionais aos tribunais internacionais de direitos humanos podem ser justificadas, tais como a exaustão dos remédios locais e a margem de apreciação (ou deferência, para nossa análise), respectivamente (CARTER, 2009, p. 323)³²⁴. A subsidiariedade presente nas referidas construções postula que as comunidades políticas possuem a principal responsabilidade de

³²⁰ Sobre a origem da ideia de subsidiariedade nas idades antiga e média, cf. Paolo Carozza (2003, p. 42-45).

³²¹ Tara Melish (2009, p. 439) oferece a seguinte representação do descrito acima: a subsidiariedade pode ser visualizada como uma série de círculos, com a pessoa humana localizada no centro, rodeada concentricamente por agrupamentos sociais progressivamente maiores, como a família, associações civis, o governo local, o Estado nação, e, finalmente, organismos intergovernamentais e redes sociais transnacionais.

³²² Ao que Neuman (2013, p. 362) denominou de subsidiariedade pessoal.

³²³ Os direitos humanos não impõem posições éticas aos indivíduos, pelo contrário, asseguram que tenham a liberdade de fazer suas próprias escolhas, ao assegurar que o Estado e, em alguma medida, outros particulares não interfiram naquelas. A liberdade religiosa, por exemplo, permite que a pessoa escolha professar ou não alguma fé e que o fará sem interferência. Do ponto de vista dos direitos sociais, o subsídio necessário para que a pessoa desenvolva suas escolhas éticas de maneira livre justificaria a intervenção estatal.

³²⁴ O que distancia o princípio esboçado no trabalho da sua contraparte desenvolvida no âmbito das disputas sobre competências na UE, mais afeta ao federalismo norte-americano (TARISH, 2009, p. 439).

proteger os direitos humanos de seus cidadãos, e que a proteção internacional apenas estará disponível após constatação de que a proteção da unidade nacional não foi suficiente. A proeminência da proteção interna favorece o desenvolvimento interpretativo e procedimental específico do conteúdo dos direitos humanos³²⁵. Isto porque a proteção internacional não visa substituir, mas oferecer subsídios para reforçar a proteção no nível menor (TORO HUERTA, 2007, p. 26).

A parte final do parágrafo acima descreve, inspirado na exposição de William Carter (2009, p. 319-320), as preocupações pragmáticas e normativas do princípio da subsidiariedade em sua feição de estruturação dos regimes internacionais de proteção de direitos humanos. Pragmaticamente, tendo em vista que a efetividade da proteção internacional dos direitos humanos depende do comprometimento dos órgãos internos, as autoridades locais estão em posição privilegiada para desenvolver as melhores políticas de implementação dos direitos humanos. Normativamente, o princípio espelha a deferência aos discursos de soberania dos Estados, demonstrando que o nível internacional não substitui o nacional na proteção dos direitos humanos³²⁶.

Todavia, há um elemento de dependência ínsito à subsidiariedade que deve justificar o subsídio, uma vez que uma utópica organização política que pudesse solucionar seus problemas solitariamente não encontraria espaço para o princípio. Tendo em vista que na configuração política atual nenhum país se enquadra na descrição acima, o que se acentua nos casos de ratificação de sistemas regionais de proteção de direitos humanos, o sistema internacional de direitos humanos funciona como importante incentivo para que as unidades menores (do ponto de vista geográfico) realizem seus objetivos efetivamente. A subsidiariedade, portanto, justifica a intervenção e o auxílio do nível internacional, mas o proíbe de intervir em assuntos em que o nível nacional possa cumprir por si mesmo (CAROZZA, 2003, p. 57-67).

Nesse sentido, Carozza (2003, p. 57-58) aponta três facetas da subsidiariedade aplicada no plano da proteção internacional dos direitos humanos: 1) as comunidades políticas devem garantir os direitos de seus cidadãos, sempre que for possível fazê-lo, de maneira independente; 2) a subsidiariedade estimula a integração das interpretações nacionais e supranacionais em uma única comunidade discursiva intencionada a preservar a ideia de bem

³²⁵ O desenvolvimento específico de interpretações acerca de direitos humanos compartilhados pelos Estados que ratificam um tratado de direitos humanos coloca em xeque a ideia de universalidade dos direitos humanos e pode enfraquecer sua defesa ao abrir espaço para o temido relativismo cultural. Voltaremos ao assunto nas seções seguintes.

³²⁶ A aplicação da subsidiariedade possibilita a manutenção da relação entre os sistemas de proteção interno e internacional sem que o último seja negado completamente, em função do argumento da soberania nacional.

comum inerente aos direitos humanos; 3) quando os órgãos locais não puderem cumprir com suas responsabilidades, a comunidade mais ampla deve prestar auxílio, desde que o subsídio não represente usurpação ou suplementação dos propósitos legítimos dos primeiros.

A CtIDH já teve a oportunidade de discorrer acerca da subsidiariedade do SIDH.

Em sentença que remete à ideia de proteção multinível, a corte sustenta que a convenção, tratado multilateral e pedra angular do sistema, conta com um nível nacional de proteção, caracterizado pela obrigação dos Estados em garantir os direitos nela previstos e de sancionar as violações. A convenção permite o acesso ao nível internacional apenas na hipótese de um caso concreto não solucionado no nível nacional. Concluiu a corte que não é necessária sua aprovação ou confirmação de uma questão resolvida no plano interno que tenha como base cláusulas da convenção³²⁷. A corte baseou sua interpretação da subsidiariedade no preâmbulo da CADH³²⁸. Uma das principais consequências da subsidiariedade é o reconhecimento do Estado como o principal garantidor dos direitos convencionais, o qual deve reparar as violações antes do acesso ao nível internacional³²⁹.

O aspecto procedimental da subsidiariedade no SIDH está representado pelas seguintes regras: a) esgotamento dos recursos da jurisdição interna e b) a fórmula da quarta instância³³⁰.

A exaustão dos recursos internos³³¹ é um requerimento exigido pela CADH (art. 46, 1, a) para que a CtIDH possa conhecer de um caso contencioso. Se bem compreendido, e de acordo com os delineamentos traçados pela CtIDH à regra procedimental, o esgotamento não significa que a vítima tenha de lidar com a necessidade de cumpri-lo como se fosse um desgastante obstáculo a ser ultrapassado, mas como uma via para que o Estado encontre os meios necessários para que a violação não ocorra ou cesse. Para tanto, os recursos a serem

³²⁷ Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, § 33.

³²⁸ A corte transcreveu o seguinte excerto: “proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos”.

³²⁹ Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 157, § 66 e Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012 Serie C No. 259, § 142.

³³⁰ Toro Huerta (2007), igualmente, cita as duas regras como caracterizadoras da subsidiariedade procedimental.

³³¹ Anteriormente relacionada aos avisos enviados aos países que antecederiam a prática das represálias privadas, o esgotamento dos recursos internos como meio de defesa de um Estado solucionar uma controvérsia por si mesmo, sem aplicação de represálias ou intervenções, passa para o século XIX como postulado inerente à responsabilidade do Estado em face da proteção de estrangeiros na seara diplomática (CANÇADO TRINDADE, 1997a, p. 23-25). Sua transposição para o campo dos direitos humanos implicou em alterações sensíveis às suas fórmulas originais, na medida em que o indivíduo é protegido enquanto tal, e não como nacional de algum país, e a proteção é exercida por órgão internacional e não pelo Estado interventor estabelecido mediante tratado internacional (CANÇADO TRINDADE, 1997a, p. 125).

previstos no direito interno devem ser efetivos e adequados, caso não o sejam, a vítima não precisa demonstrar que os esgotou (PASQUALUCCI, 2013, p. 96).

Héctor Ledesma Faúndez (2004, p. 296-345), ao tratar do tema, aponta a regra do esgotamento dos recursos internos como um direito do Estado e não como uma condição de admissibilidade da petição. Por ser direito, o Estado poderia dispor dele, desde que o fizesse expressamente. Contudo, o autor reconhece que a corte possui interpretação restritiva quanto à possibilidade de a renúncia ser expressa, pois admite a renúncia tácita.

Analisando o julgamento de exceções preliminares entre 2005-2008, González Serrano (2010, p. 263) identificou os seguintes delineamentos jurisprudenciais para que a CtIDH analise a arguição da exceção: a) deve ser suscitada na Comissão, na fase de admissibilidade, ou seja, antes de qualquer análise de mérito do caso³³²; b) não deve existir renúncia tácita (extemporânea) ou expressa (reconhecimento da inexistência de recursos adequados e efetivos)³³³; c) após a arguição na Comissão, o Estado deve carregar o ônus probatório de demonstrar quais são os recursos adequados e efetivos³³⁴; d) não haja reconhecimento da responsabilidade do Estado quanto ao mérito do caso (o reconhecimento da responsabilidade é interpretado como autorização para que a CtIDH conheça do caso)³³⁵; e) demonstração perante à corte de que houve violação da paridade de armas na análise da preliminar na CIDH capaz de justificar a reanálise³³⁶; e f) que a invocação das exceções à regra do esgotamento não estejam relacionadas com a inefetividade do recurso ou com a violação do devido processo legal, uma vez que os argumentos se confundiriam com o mérito do caso³³⁷.

González Serrano (2010, p. 262) conclui, de acordo com a análise anterior, que o esgotamento dos recursos internos não seria um meio efetivo de defesa estatal (discorda, portanto, de Ledesma Faúndez), uma vez que o cumprimento de todos os requisitos procedimentais da arguição (que são muitos e rigorosos) não será garantia de sucesso do

³³² Caso Loayza Tamayo. Excepciones Preliminares, § 40.

³³³ Caso de la Comunidad de Mayagna (Sumo) Awas Tigni. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de febrero de 2000. Serie C No. 66, §. 53; e Caso Castillo Páez. Excepciones Preliminares. Sentencia de 30 de enero de 1996. Serie C No. 24, § 40.

³³⁴ Caso de la Comunidad de Mayagna (Sumo) Awas Tigni. Excepciones Preliminares, supra nota 25, § 53; Caso Durand y Ugarte Excepciones Preliminares. Sentencia de 28 de mayo de 1999. Serie C. No. 50, párr 33; e Caso Cantoral Benavides. Excepciones Preliminares. Sentencia de 3 de septiembre de 1998. Serie C No. 40, § 31.

³³⁵ Caso de las Masacres de Ituango Vs Colombia. Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No 148 de julio de 2006, § 104.

³³⁶ Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, § § 29 e 84. Para a CtIDH, por se tratar de uma questão interpretativa dentro do domínio da CADH, a reanálise estaria contida na sua jurisdição.

³³⁷ Caso Castañeda Gutman Vs Estados Unidos Mexicanos. Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 184 de agosto de 2008, § 32.

Estado, caso a vítima tenha suscitado a cláusula de exceção e construído o argumento com base no devido processo legal, entrando, portanto, no mérito do caso³³⁸.

A CADH, entretanto, prevê exceções à regra do esgotamento no art. 46, 2. Trata-se de condições previstas na convenção que permitem o processamento das petições individuais dispensando o esgotamento dos recursos internos. Burgorgue-Larsen (2011, p. 138) salienta a importância das mesmas em função do histórico dos regimes políticos do continente. A interpretação mais flexível e favorável à vítima da comissão e da corte foi crucial para que os casos chegassem ao sistema, especialmente, por conta da natureza das violações.

O rol das exceções foi expandido na OC nº 11/90³³⁹, para incluir hipóteses em que a pobreza ou o temor generalizado dos advogados para representar o requerente perante a

³³⁸ Não é objeto do presente trabalho analisar a interpretação da corte acerca das exceções preliminares ou contestar a conclusão de González Serrano (2010), exposta em razão do minucioso trabalho que realizou sobre o tema, mas parece problemático sugerir que o esgotamento não seja efetivo meio de defesa do Estado analisando o ponto sob a seguinte ótica: se o Estado alegou e a CtIDH não acatou o pedido, então a arguição de esgotamento não foi meio de defesa efetivo. A improcedência de um pedido não significa, necessariamente, a inefetividade de uma exceção. Caso contrário, e se todas as vezes que suscitada, fosse acatada? Seria o indício de sua efetividade? Parece-nos inapropriado equiparar a arguição da exceção e o julgamento de sua improcedência com inefetividade, pois demonstraria que nestas ocasiões a CtIDH nunca poderia estar interpretando a CADH corretamente. Burgorgue-Larsen (2011, p. 132-135), por exemplo, compreende as arguições prolongadas da exceção ao longo do processamento do caso como estratégia para desestabilizar a credibilidade da corte e para questionar sua jurisdição. Ademais, a análise da exceção é feita na Comissão e a Corte apenas reavalia a decisão feita anteriormente, o que demonstra que para concluir sobre uma possível inefetividade da preliminar seria melhor analisar os argumentos da Comissão quanto à exceção e o índice de petições não conhecidas com base no não esgotamento. Por exemplo, se analisarmos os informes de inadmissibilidade julgados pela CIDH durante o mesmo período analisado por González Serrano (2005-2008), em 2005 foram proferidos 16 informes de inadmissibilidade; em 2006, 14; em 2007, 14 e em 2008, 10. Do total de 54 informes de inadmissibilidade, 25 (46%) não cumpriram o requisito de demonstrar violações à CADH; 19 (35%) tiveram como fundamento o não esgotamento dos recursos internos; 09 (16,5 %) foram julgadas improcedentes por não terem cumprido a regra dos seis meses e 01 (2,5%) em função de litispendência. Os casos que a CIDH julgou não terem comprovado o esgotamento foram os seguintes: Informe Nº 86/05, Petición 4416/02, Peru, Luis Edgar Vera Flores, § 37; Informe Nº 37/05, Petición 11.433, Nicaragua, Benjamín Guerra Duarte, §57; Informe Nº 36/05, Petición 12.170, México, Fernando A. Colmenares Castillo, § 46; Informe Nº 104/05, Petición 65/99, Estados Unidos, Víctor Nicolás Sánchez y otros, § 74; Informe Nº 81/05, Petición 11.862, Canadá, Andrew Harte y familia, § 96; Informe Nº 102/06, Petición 97-04, Honduras, Miguel Ricardo De Arriba Escolá, § 30; Informe Nº 107/06, Petición 12.318, Perú, Jorge Teobaldo Pinzás Salazar, §§ 28-29; Informe Nº 63/07, Petición 625-01, Costa Rica, Luis Fernando Astorga y otros, § 64; Informe Nº 24/07, Petición 860-01, Ecuador, Segundo Cartagena Rivadeneira, § 33; Informe Nº 88/07, Petición 630-06, Panamá, Erick D. Bravo Dutary, § 63; Informe Nº 66/07, Petición 4481-02, Paraguai, Silvia Graciela Sánchez Silva, § 25; Informe Nº 69/07, Petición 1145-03, Suriname, Stanley Johan Wilfried Brug, § 47; Informe No. 2/08, Petición 506-05, Bolívia, José Rodríguez Dañín, § 62; Informe No. 15/08, Petición 1163-05, Costa Rica, Alex Solís Fallas, § 48; Informe Nº 57/08, Petición 283-06, Guatemala, Mario Roberto Chang Bravo, § 51; Informe No. 3/08, Petición 445-99, Perú, Ricardo Urbano Poma, § 28; Informe No. 59/08, Petición 11.277, Perú, Eduardo Carlos Carrillo Hernández y otro, § 52; Informe No. 5/08, Petición 1066-04, Suriname, Swami Yogdev Roberts, § 59; Informe No. 6/08, Petición 1402-05, Suriname, Esbert Edques Victor Vriesde, § 42. Enquanto González Serrano não identificou acolhimento da exceção perante a Corte, pudemos observar que 35% das denúncias perante a CIDH nos anos de 2005-2008 não foram conhecidas, em razão do não esgotamento de recursos internos. Não pretendemos ir adiante, cumprindo apenas relativizar as conclusões do autor. A análise do ponto deve focar nos trabalhos da CIDH. Não por outra razão, Cançado Trindade sugere que a análise da Comissão sobre esgotamento seja definitivo (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 93).

³³⁹ Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11

Comissão impedisse o regular manejo de todos os recursos internos necessários para proteger algum direito convencional.

Por sua vez, a regra da quarta instância prevê que a CtIDH não substituirá o papel das autoridades nacionais, transvestindo-se em uma corte de apelação de quarto grau³⁴⁰, capaz de corrigir erros interpretativos de fato e de direito supostamente cometidos no exercício de suas jurisdições. As interpretações realizadas pelas cortes nacionais, desde que não violem direitos humanos convencionais, não podem ser reformadas ou submetidas à jurisdição da CtIDH sob a alegação de que foram erradas ou injustas (PASQUALUCCI, 2013, p. 125-126).

A Corte, acerca do tema, postula que sua competência deve ser exercida de forma subsidiária e complementar, daí porque não executa funções judiciais como uma quarta instância. Isto significa que a corte não poderá ser considerada como tribunal de apelação para resolver as divergências que as partes têm sobre avaliações probatórias ou de aspectos da aplicação da legislação nacional em áreas não diretamente relacionadas com o cumprimento das obrigações internacionais³⁴¹.

Felipe González Morales (2009, p. 48-50) chama a atenção para a importância que a regra da quarta instância tem adquirido nos últimos vinte anos nos trabalhos da Comissão. Em primeiro lugar, o processo de democratização das Américas e o reforço dos sistemas judiciais nacionais proporcionaram maior independência e imparcialidade do que no passado. Além disso, na medida em que se diversificaram as matérias das denúncias, a Comissão passou a se ocupar da caracterização dos fatos para aferir o cumprimento, ou não, da regra. Portanto, o fortalecimento do sistema constitucional realça o papel da regra da quarta instância e do esgotamento nas relações entre os níveis de proteção, na medida em que o nível regional tende a ser mais deferente às escolhas interpretativas dos ordenamentos nacionais (RODRIGUEZ-PINZON, 2001, p. 377).

O aspecto substancial da subsidiariedade, por sua vez, caracterizado pela margem de apreciação, implica, em uma de suas facetas, na deferência nacional acerca da interpretação do conteúdo dos direitos humanos presentes nos tratados internacionais.

A noção de margem de apreciação é oriunda da doutrina do contencioso administrativo francês (*marge d'appréciation*, utilizada pelo *Conseil d'Etat*), que estabelece a impossibilidade de revisão do mérito de atos administrativos discricionários (sua legalidade

³⁴⁰ A ideia de “quarta instância” remete à estrutura procedimental dos Estados internos e baseia-se na errônea pressuposição de que todos os sistemas preveem sistemas recursais de três graus ou instâncias (GONZÁLEZ MORALES, 2009, p. 50). Para uma análise da regra na CIDH, ver Rodríguez-Pinzon (2001).

³⁴¹ Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220, § 16.

pode ser questionada, não o seu mérito), autorizando espaço de ação executiva dentro dos limites impostos pela lei. Entretanto, a aplicação da doutrina pela corte de Estrasburgo guarda mais relação com o nome do que com a natureza em si de sua contraparte administrativa (BREMS, 1996, p. 241). No contexto do sistema europeu de proteção de direitos humanos, a margem de apreciação foi desenvolvida pelos órgãos do sistema (Comissão e Corte)³⁴², na medida em que não estava prevista no texto da convenção ou nos seus trabalhos preparatórios (GREER, 2006, p. 222). Inicialmente, a doutrina se desenvolveu com base no art. 15 (derrogação dos direitos convencionais em caso de estado de necessidade), da CEDH, mas, com o passar do tempo, espalhou-se para quase todos os artigos da CEDH³⁴³ e aos artigos de seus protocolos (BREMS, 1996, p. 242).

A aplicação da margem está longe de ser unanimidade entre os estudiosos da CtEDH³⁴⁴, contudo, alguns elementos interpretativos da doutrina podem ser identificados nos diferentes escritos sobre o tema.

Em um primeiro lugar, os autores que analisaram a jurisprudência da CtEDH acerca da doutrina apontam para a natureza casuística de sua aplicação, a inexistência de uma teoria consistente e coerente a ser aplicada pela corte (daí a referência à “doutrina” e não teoria), a incerteza quanto à sua profundidade e sobre quais provisões convencionais estariam sob a margem de apreciação dos Estados³⁴⁵.

Em segundo lugar³⁴⁶, os comentadores sustentam que a margem de apreciação seria uma doutrina que habilitaria aos Estados, em razão de sua proximidade com as situações

³⁴² A extinta comissão desenvolveu a doutrina no Informe n° 176/56, *Greece v. United Kingdom*, 1958-1959. Pouco tempo depois, a CtEDH reforçou o argumento em *Lawless v. Ireland*, 1961, §§ 23 - 30.

³⁴³ Greer (2010, p. 04) observa que a margem de apreciação nunca foi invocada na interpretação dos arts. 2° (o direito à vida), 3° (o direito de não ser submetido à tortura, nem à penas ou tratamentos desumanos ou degradantes), e artigo 4° (o direito de não ser mantido em escravidão ou servidão, ou sujeito à trabalho forçado ou obrigatório). Contreras (2012, p. 44) vai além: afirma que a CtEDH considera os direitos dos arts. 3° e 4° como fundamentais, restringindo ao máximo a margem do Estado para limitá-los. Anos antes, Yourow (1995, p. 189), para explicar o alcance da margem de apreciação dos Estados quanto aos direitos convencionais, lança mão da analogia do sistema solar: a amplitude da margem é variável (como as órbitas dos planetas), dessa forma, quanto mais os direitos distanciam-se dos direitos nucleares (o sol), maior será a margem de apreciação. Os direitos presentes no centro das órbitas (fundamentais) são interpretados pela CtEDH como invioláveis e inalienáveis, tais como a vedação à tortura e à escravidão, e, portanto, fora da margem de apreciação. Nos casos *Chahal v. United Kingdom* (1997, § 80), *Saadi v Italy* (2009, §127) e *Gäfgen v. Germany* (2010, §§ 94-108), envolvendo violações ao art. 3°, a CtEDH assentou, respectivamente, o caráter absoluto da proteção contra a tortura, independentemente da condição do indivíduo (suspeito de práticas terroristas), de argumentos sobre interesses da comunidade internacional pós 11/09 ou mesmo que a tortura tenha sido praticada para extrair da pessoa confissão acerca do cativo de sequestrado. Quanto às violações do art.4°, a CtEDH afirmou, nos casos *Siliadin v. France* (2005, § 112) e *C.N. v. the United Kingdom* (2013, § 65), que a CEDH não estabeleceu, em nenhuma ocasião, a possibilidade de exceções ou derrogações.

³⁴⁴ Cf., Letsas (2009, p. 81), Benvenisti (1999, p. 844) e Carvalho Ramos (2005, p. 118-120) são contrários a ela.

³⁴⁵ Cf. Kratochvíl (2011, p. 327), Letsas (2009, p.81), Shany (2005, p. 909-910) e Brems (1996, p. 242).

³⁴⁶ López Guerra (2013, p. 181), Queralt Jiménez (2008, p. 106-108), Condé (2004, p. 156) e Brems (1996, p. 293).

fáticas do caso e com a realidade social e política do país, dispor de espaços de atuação para as autoridades locais na implementação e interpretação das disposições convencionais.

Kratochvíl (2011) e Letsas (2009), analisando a jurisprudência da corte europeia de direitos humanos e partindo do segundo elemento interpretativo identificado pela doutrina, criaram duas categorias principais de aplicação da doutrina da margem de apreciação³⁴⁷: uma substancial e outra estrutural.

Nos casos em que se observa uma margem substancial de apreciação, a corte lida com a definição de um direito convencional, afetando o conteúdo e as obrigações do Estado sob a convenção (KRATOCHVÍL, 2011, p. 330). Geralmente, são situações em que a corte deve analisar se houve um balanceamento justificável entre liberdades fundamentais individuais e objetivos coletivos. A margem de atuação está nas diferentes escolhas que podem ser feitas pelas autoridades locais para cumprir com a legalidade das interferências nas liberdades individuais em prol de objetivos coletivos. A corte reconhece a interferência e considera-a legítima – ou seja, no caso há margem de apreciação (LETSAS, 2009, p. 85). Por vezes, a corte lança mão do teste da proporcionalidade para avaliar se a restrição ou afetação do conteúdo do direito atende aos parâmetros convencionais³⁴⁸.

Por outro lado, a margem de apreciação estrutural significa, essencialmente, que a corte acolherá, integralmente, o julgamento das autoridades do Estado na aplicação da Convenção. Em outras palavras, a corte, até certo ponto, acata, em favor dos Estados, a avaliação da proporcionalidade da medida (KRATOCHVÍL, 2011, p. 328). A margem, no caso, justifica-se pela limitação da competência institucional da CtEDH, enquanto órgão internacional, de revisar as decisões tomadas pelas autoridades nacionais, porquanto sua atuação seria mais restrita do que a dos tribunais constitucionais. Nesse sentido, as

³⁴⁷ Kratochvíl prefere a seguinte nomenclatura: aplicação normativa (estrutural) e definição normativa (substancial), seguindo a classificação de Shany (2005, p.910-913). Em razão da impossibilidade de cindirmos aplicação e interpretação, correndo o risco de tornar a distinção entre as categorias tênue, utilizaremos a nomenclatura de Letsas (2009), que, é importante frisar, posiciona-se contrariamente à aplicação da margem de apreciação.

³⁴⁸ Consoante o indicado acima, Letsas (2009) é contrário à ideia de margem de apreciação. Ao tratar da margem substancial, afirma que a doutrina não é importante para a definição do direito convencional, pois a CtEDH limita-se, após a aplicação do teste da proporcionalidade, a afirmar que nenhum direito fora violado e o recurso à doutrina nada acrescentaria à caracterização do conteúdo direito. Portanto, a decisão sobre o balanceamento justo entre direitos civis e objetivos comunitários seria uma conclusão alcançada pela corte sobre o conteúdo do direito, atestando que o Estado não violou suas obrigações internacionais com base na convenção. Nestes casos, a doutrina não oferece indícios acerca do que estaria dentro da margem de apreciação de um país. Consideramos que a afirmação é parcialmente correta. Afirmar que o Estado possui margem de apreciação após a realização de um escrutínio com base na proporcionalidade para afirmar que a intervenção não violou um direito pode parecer apenas um recurso retórico. Contudo, a observação de Letsas subestima o fato de que a análise da margem substancial da corte possibilita que o conteúdo dos direitos (e consequentemente, das obrigações internacionais) varie de acordo com o país e com as circunstâncias políticas, sociais e econômicas analisadas, incentivando a construção plural do conteúdo dos direitos convencionais, pois o padrão resultante do teste nunca será o mesmo.

autoridades possuirão uma margem de apreciação livre de interferência da CtEDH (LETSAS, 2009, p. 90). Dois argumentos são identificados nas hipóteses em que a margem de apreciação estrutural é arguida: 1) ausência de consenso entre os Estados membros, por isso as autoridades locais possuiriam informações e posicionamentos privilegiados; e 2) casos morais sensíveis e delicados vivenciados pelo Estado, justificando o acatamento às avaliações nacionais.

A identificação das duas categorias de margem de apreciação no âmbito europeu nos servirão de base para identificarmos a presença (ou não) da construção da doutrina na jurisprudência da CtIDH.

Identificar a margem de apreciação na jurisprudência da CtIDH pode parecer uma tarefa árdua. Não apenas pela parca citação expressa nas sentenças, mas, especialmente, pela resistência dos comentadores da corte em reconhecer que a margem de apreciação pudesse ser acolhida pela CtIDH.

André Ramos (2012a, p. 171), por exemplo, é enfático ao afirmar que “a Corte Interamericana de Direitos Humanos não aceita a teoria da margem de apreciação nacional” e Cançado Trindade (1998, p. 582) acolhe com entusiasmo o fato de a CtIDH não ter desenvolvido com maior profundidade a doutrina. Héctor Ledesma Faúndez (2004, p. 63), mesmo reconhecendo a inevitabilidade de sua presença na CADH³⁴⁹, vê a doutrina com receio e, caso seja aplicada, sugere precaução. Fuentes Torrijo (2002, p. 242) sugere que a não emergência e a desnecessidade da margem de apreciação no SIDH pode ser explicada pelo maior consenso sobre os direitos convencionais³⁵⁰. Benavides Casals (2009, p. 308-309) atribui o incipiente desenvolvimento da doutrina no SIDH ao pequeno número de casos julgados (em comparação com o sistema europeu) e à postura universalista da linguagem jurisprudencial da CtIDH. Pablo Contreras (2012, p. 28-29) defende que, além do pequeno número, os tipos de casos analisados pela CtIDH são as principais razões para o não desenvolvimento de doutrinas deferentes aos Estados³⁵¹.

³⁴⁹ David Harris (1998, p. 12) previu que a margem de apreciação surgiria no sistema à medida que a pauta dos casos da corte se afastasse de violações em massa de direitos humanos.

³⁵⁰ A autora, entretanto, considera que o fortalecimento das democracias latino-americanas pode levar à alteração do paradigma, em função da exigência de acomodação de objetivos coletivos e liberdade de expressão.

³⁵¹ Contreras (2012, p. 61) postula que, ao menos, três posições podem ser destacadas do debate teórico acerca da margem de apreciação no SIDH: a) completa rejeição; b) não rejeição expressa da doutrina, mas abordagem cautelosa sobre a doutrina é sugerida; e c) reconhecimento de doutrinas que impliquem em maior deferência às instituições internas.

As duas categorias delineadas acima no contexto europeu na aplicação da doutrina da margem de apreciação servirão de base para identificarmos, pelo menos³⁵², duas principais características da jurisprudência da corte interamericana: a) acomodação da diversidade interpretativa acerca dos conteúdos dos direitos convencionais que, não obstante sua diversidade, são considerados como compatíveis às prescrições da convenção - a compatibilidade do conteúdo será aferida pela existência de fórmulas interpretativas na figura de testes (como o da proporcionalidade, por exemplo); e b) decisões em que a corte reconheça que, por estarem em uma melhor posição, as autoridades locais terão suas avaliações e interpretações acerca dos conteúdos dos direitos convencionais mantidas, principalmente nos casos em que não houver consenso sobre o tema nos países que fazem parte da CADH (quanto menor o consenso, maior a margem e vice-e-versa) ou quando a questão envolver um tema sensível do ponto de vista moral.

a) a margem de apreciação substantiva:

A generalidade dos direitos presentes na convenção abre margem para que os Estados que a ratificaram desenvolvam diferentes interpretações acerca de seu conteúdo, em vários âmbitos (legislativo, executivo, judicial e teórico). Dessa forma, é inevitável que a CtIDH reconheça que o conteúdo dos direitos humanos não seja idêntico nos diferentes Estados pela via da margem de apreciação substantiva. No entanto, a citação à doutrina não é feita pela corte na análise de tais situações. A identificação da margem, portanto, será feita, provisoriamente, com base na característica da margem substancial desenvolvida na Europa. Dito de outra forma, apesar de a CtIDH não reconhecê-la expressamente em suas sentenças, faz uso da margem de apreciação substantiva na interpretação dos direitos convencionais, que será, posteriormente, renomeada de deferência, em razão de suas particularidades.

³⁵² Uma das facetas da margem de apreciação presente nos sistemas internacionais de direitos humanos é aquela relativa aos meios empregados pelos Estados para cumprir com as determinações dos órgãos dos sistemas. Aos Estados é permitido escolher os meios jurídicos e políticos para atingir os resultados estipulados pelos órgãos internacionais (KRATOCHVÍL, 2011, p. 333). Manuel Nuñez Poblete (2012, p. 31-32) identifica essa categoria de margem de apreciação na construção jurisprudencial da CtIDH, quando a corte determina que os Estados podem dispor dos meios que acharem necessários para concretizar a sentença da corte, desde que não a torne ineficaz (Caso Molina Theissen Vs. Guatemala. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 16 de noviembre de 2009, § 06 e Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 142, §§ 21-26). Não focaremos na margem de apreciação nas escolhas dos meios de cumprimento das decisões da CtIDH, uma vez que não se relaciona, ao menos não diretamente, com a definição do conteúdo direito convencional, e, portanto, com as principais obrigações que o Estado tem de cumprir (arts. 1º e 2º, da CADH). Não negligenciamos que o fator reparação seja importante na concretização do direito, mas, para os fins da pesquisa, nos deteremos às hipóteses em que a corte considera legítimo que os direitos (portanto, as obrigações internacionais) tenham conteúdos diversos e não uniformes entre os Estados.

Um dos exemplos diz respeito às normativas concernentes ao direito de nacionalidade previsto no art. 20, da CADH.

Na opinião consultiva nº 04/84³⁵³, a corte afirmou que a convenção, ao tratar da nacionalidade, limitou a discricionariedade dos Estados de dispor livremente sobre o tema, em função de sua importante função para o gozo de direitos civis e políticos³⁵⁴. A previsão do assunto em tratado internacional retira da órbita exclusiva do Estado sua regulamentação, pois a nacionalidade passa a ser encarada como um direito humano, portanto, independente de aspectos ligados à soberania do país.

De acordo com a CtIDH, o direito à nacionalidade convencional possui dois aspectos: oferece ao indivíduo proteção jurídica mínima nas relações internacionais, através do vínculo a um Estado particular, e o protege contra a privação da nacionalidade de forma arbitrária, porquanto implicaria na privação de todos os direitos políticos e civis vinculados à nacionalidade³⁵⁵.

Após delinear as referidas diretivas, a corte considerou que alterações nas regras de aquisição para a nacionalidade não são contrárias à Convenção, ainda que ocorram para dificultá-las³⁵⁶. As mudanças, no entanto, não podem ser estipuladas para implicar em situações discriminatórias que violem o direito à igualdade. Ou seja, distinções normativas estabelecidas para a aquisição da nacionalidade podem ser estabelecidas entre os pleiteantes (menor critério temporal para os oriundos de países que compartilham a língua e cultura do país receptor), mas estas não poderão basear-se em aspectos discriminatórios (gênero ou nacionalidade do pleiteante, por exemplo).

Conclui a corte que a escolha dos critérios e sua regulamentação está dentro da margem de apreciação dos Estados³⁵⁷.

A interpretação do direito à nacionalidade na CADH e sua relação com a margem de apreciação podem ser resumidos da seguinte forma: os Estados possuem ampla margem de apreciação para regulamentar e estabelecer os critérios de aquisição da nacionalidade, desde que não privem o indivíduo de nacionalidade de forma arbitrária (destituição indireta de direitos civis e políticos), favoreça a apatria e que os critérios não estejam baseados em circunstâncias discriminatórias injustificadas³⁵⁸.

³⁵³ Opinión Consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.

³⁵⁴ *Idem*, § 32.

³⁵⁵ *Idem*, § 34.

³⁵⁶ *Idem*, § 42.

³⁵⁷ *Idem*, § 62-67.

³⁵⁸ Pablo Contreras (2012, p. 59) apresenta dois argumentos para explicar o recurso à margem de apreciação pela CtIDH na OC nº 04/84. O primeiro consiste na natureza da opinião consultiva (procedimento judicial de limitado

Nos casos em que identificou violações ao direito à nacionalidade, a corte reforçou as exceções à margem presentes na OC nº 04/84. Em *Ivcher Bronstein (2001)*³⁵⁹, a CtIDH condenou o Estado peruano por ter criado mecanismos que facilitaram o cancelamento da naturalização do indivíduo de maneira arbitrária, privando-o dos direitos civis inerentes aos peruanos.

Em outra oportunidade, no julgamento *Niñas Yean e Bosico (2005)*³⁶⁰, a corte pôde reforçar importante fator limitador da margem de apreciação dos Estados na regulamentação da aquisição da nacionalidade: o critério discriminatório. A corte considerou que a situação de imigrante do indivíduo não pode servir de critério impeditivo para a concessão de nacionalidade³⁶¹. Importante notar que a legislação interna impedia a concessão de nacionalidade ao estrangeiro em trânsito, critério que a corte considerou como legítimo, o que violou os direitos das meninas foi interpretá-los como mecanismo indireto de discriminação aos imigrantes haitianos na República Dominicana. Não por outra razão, o Estado foi condenado porque as vítimas não se enquadravam na condição de estrangeiro em trânsito, pois nasceram no país e porque eram filhas de mãe dominicana³⁶².

Portanto, o que não está nas circunstâncias delineadas pela CtIDH em sua jurisprudência, pode ser considerado como critério situado na discricionariedade dos países. Isto implica na diversidade de regulamentos acerca da concessão do direito à nacionalidade no âmbito dos países que ratificaram a CADH. Amaya Ubéda de Torres (2011, p. 583-584) reconhece a dificuldade em estabelecer a linha que separa a prerrogativa discricionária estatal e aquilo que estará sob o escrutínio internacional, mas pontua que a corte considera legítimo atribuir tratamentos diferenciados a nacionais e estrangeiros com base na soberania.

No que diz respeito aos direitos intimamente relacionados à nacionalidade, os políticos, a CtIDH reconhece que a CADH garante os direitos previstos no art. 23, mas não impõe um sistema eleitoral específico aos países para dar cabo aos direitos de votar e ser votado. A CADH limita-se a oferecer padrões dentro dos quais os Estados podem, legitimamente, regulamentar os direitos políticos, desde que proporcionalmente e que

alcance para revisões fáticas, em razão da abordagem abstrata do assunto e, além do mais, a corte ainda não havia julgado nenhum caso contencioso para avaliar seu posicionamento interpretativo). O segundo reside no fato de o objeto da consulta ser uma emenda constitucional (assunto intimamente relacionado às escolhas políticas de quem fará parte da comunidade democrática de um país, interferindo em sua autodeterminação e identidade).

³⁵⁹ Caso *Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.

³⁶⁰ Caso de las *Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

³⁶¹ *Idem*, § 156.

³⁶² *Idem*, § 157-158.

atendam aos princípios da democracia representativa³⁶³. Concluiu a corte que a obrigatoriedade de filiação partidária para pleitear cargos eletivos não violava a convenção, porque as disposições do tratado precisam ser, necessariamente, legislativamente desenvolvidas com detalhes pelos Estados para que tenham efetividade e que, por esta razão, novas regras poderiam ser criadas³⁶⁴. A análise da corte sobre a restrição foi feita com base na proporcionalidade da exigência da filiação e se eximiu de analisar se um sistema de filiação obrigatória seria melhor ou pior do que um de eleição avulsa³⁶⁵.

A violação dos direitos políticos ocorre, no entanto, nas hipóteses em que uma das exceções para o exercício dos direitos políticos é descumprida pelo Estado: quando, por exemplo, a perda do direito político e a consequente impossibilidade de habilitação para o exercício do direito de ser votado é feito por via administrativa e não judicial, como estipulado pelo art. 23.2, da CADH³⁶⁶.

Da mesma forma que a CADH não prescreve a adoção de um sistema eleitoral específico, a CtIDH decidiu, igualmente, que os Estados possuem margem de apreciação para regulamentar o processo penal em seus países, desde que não violem o que a corte considera a essência de algum direito convencional.

Na interpretação da garantia de recorrer da sentença condenatória a juiz ou tribunal superior (art. 8, 2, *h*, da CADH), a CtIDH considerou que os Estados possuem margem de apreciação para regulamentar o procedimento do recurso (sistema recursal e a denominação do meio de impugnação), desde que não infrinjam o direito de maneira à impossibilitá-lo ou torná-lo ineficaz³⁶⁷.

Da análise dos casos dispostos, podemos observar que a CtIDH lida com a linguagem da margem de apreciação substantiva de maneira cautelosa. Ao invés de apresentar como um aspecto inerente à jurisdição de tribunais internacionais de direitos humanos ou importante

³⁶³ Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, § 149.

³⁶⁴ *Idem*, § 157-159.

³⁶⁵ *Idem*, § 204.

³⁶⁶ Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 Serie C No. 233.

³⁶⁷ Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, § 161; Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, § 90 (tendo em vista que, no caso, o indivíduo foi julgado por tribunal de última instância, a corte, após considerar a convencionalidade do instituto da conexão, sugeriu que a corte suprema poderia julgar o caso atribuindo competência originária para uma fração do colegiado e o recurso poderia ser apresentado ao plenário. Tratou-se de uma possibilidade aventada pela corte, não de uma imposição de formatação procedimental); Caso Vélez Lóor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, § 179 e Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276, § 53.

corolário da subsidiariedade, a corte prefere lidar com o tema reforçando as exceções e dando pouca atenção ao aspecto mais geral: o foco de sua interpretação é no limite que os países não podem ultrapassar, sem que violem suas obrigações internacionais e não na margem que possuem para desenvolver o direito convencional de acordo com sua própria interpretação local³⁶⁸. Não bastasse a retórica cautelosa, a CtIDH não cita nenhuma jurisprudência da CtEDH acerca dos temas em que a última identificou margens de apreciação dos Estados em ocasiões parecidas (CONTRERAS, 2012, p. 58).

No caso Castañeda Gutman, por exemplo, os direitos políticos não foram violados, porque a CtIDH considerou que não poderia avaliar o sistema eleitoral mexicano, mas sua argumentação pouco chamou atenção para este ponto e a condenação do país por violação de direitos judiciais ofuscou a atenção para a não condenação pela inexistência de obrigação internacional no caso das leis eleitorais. Por fim, ainda que não tenha citado o termo “margem de apreciação” na sentença, sua decisão deferiu margem de ação para as autoridades nacionais, o que demonstra a equivalência de efeitos (CONTRERAS, 2012, p. 80).

Argumentação parecida pode ser encontrada nos casos relacionados ao direito de nacionalidade. Não tivesse o Peru cancelado a nacionalidade de Bronstein de maneira arbitrária e se a República Dominicana não tivesse negado nacionalidade às meninas Yean e Bosico com base na postura do país em relação aos imigrantes haitianos, a interpretação que fizeram do direito à nacionalidade seria considerada compatível com a CADH, apesar de diferentes em seus critérios constitucionais.

A defesa de um discurso constitucional hierárquico feito pela CtIDH em relação à CADH acomoda diversas interpretações acerca dos direitos convencionais, que não são tidos como direitos uniformes e dispostos, de antemão, de cima para baixo pela CtIDH.

A margem de apreciação substancial é um importante meio de relação entre o nível regional e nacional, na medida em que permite à CtIDH conhecer das interpretações feitas pelos ordenamentos internos dos direitos da CADH e, quando avalia que aquelas não violaram o que considera a essência do direito convencional, reconhece, sem juízos de valor acerca da interpretação (não analisa o modelo de processo penal, de concessão de nacionalidade ou sistema eleitoral), que o Estado dispõe de liberdade para desenvolver o direito humano de acordo com suas próprias interpretações.

³⁶⁸ Yuval Shany (2005, p. 929), após analisar a jurisprudência da CtEDH, da CJE, da CIJ e dos painéis da OMC, demonstra que, com exceção da CtEDH, as demais organizações internacionais e tribunais internacionais de direitos humanos têm recusado a utilização explícita da margem com receio de maiores questionamentos acerca das suas competências judiciais e de sua legitimidade. No entanto, muitas de suas decisões revelam escolhas metodológicas que são consistentes com a doutrina - ou seja, fornecem aos governos latitude na aplicação das normas pertinentes a aplicação do tratado - sem invocar explicitamente à margem de apreciação.

b) margem de apreciação estrutural:

Se é possível constatar uma abordagem muito próxima à margem de apreciação substancial na CtIDH (ainda que escassa, em função dos casos julgados), a margem de apreciação estrutural não se apresenta como um recurso utilizado pela CtIDH.

A margem estrutural poderia ser resumida pela decisão de não decidir motivada pela subsidiariedade nas relações institucionais entre cortes. Em casos sensíveis ao direito local, a Corte abster-se-ia de pronunciar-se em detrimento das avaliações realizadas pelas autoridades locais, melhor posicionadas para alcançar a solução para um problema moralmente sensível ou que não tenha encontrado consenso no continente. Não se trata, portanto, de uma decisão que se alcança após um teste ou avaliação como a proporcionalidade, mas decisão que não entra na substância dos direitos.

Da análise do desenvolvimento do SIDH, pudemos observar que poucos casos foram julgados que envolvessem questões delicadas do ponto de vista moral e que necessitassem de um consenso continental para que a corte pudesse exercer sua jurisdição, contudo, nos últimos anos, alguns casos foram julgados pela corte em que o Estado alegara a subsidiariedade do SIDH com base nos dois elementos da margem de apreciação estrutural: a sensibilidade moral do caso e a ausência do consenso dos Estados ratificadores da convenção.

No caso *Gelman* (2011), que foi descrito acima, a CtIDH teve de lidar com lei uruguaia concessiva de anistia que fora matizada no ordenamento jurídico pela via das formas de democracia direta: referendo (que não ocorreu por falta de assinaturas necessárias) e plebiscito (projeto que emendaria a Constituição uruguaia e revogaria a lei de anistia). Importante observar que a Suprema Corte de justiça declarou importantes artigos da lei inconstitucionais em duas oportunidades, uma antes e outra depois do plebiscito³⁶⁹.

Após discorrer acerca da responsabilidade dos Estados em proceder à investigação e responsabilidade dos envolvidos nos casos de desaparecimento forçado e a caracterização das leis de anistia (em qualquer de suas formas) como obstáculos à realização das referidas obrigações³⁷⁰, a corte afirma que em inúmeros casos (*Gomes Lund*, *Almonacid* e *Barrios Altos*) e em diversos países (Chile, Peru, Brasil e Argentina) os órgãos do sistema declararam a incompatibilidade das leis de anistia com a convenção americana. Ademais, no sistema global, europeu e africano de direitos humanos e em diversas cortes constitucionais dos países

³⁶⁹ Caso *Gelman vs Uruguai*, §§ 144-150.

³⁷⁰ *Idem*, § 183-194.

que ratificaram a convenção (Argentina, Chile, Peru, Colmbia, Honduras, El Savador e, inclusive, a do Uruguai), tais leis são consideradas como violadoras de direitos humanos.

Nem mesmo o fato de ter sido editada no regime democrático do país e referendada pela democracia direta faz com que a lei seja considerada compatível com a obrigação do país sob o direito internacional. A necessidade de investigar e punir os culpados por violações graves de direitos humanos impõe limitações à regra de maioria democrática. Como justificativa, afirmou que a Suprema Corte de Justiça uruguaia reconheceu a argumentação da CtIDH ao declarar a inconstitucionalidade da lei por meio do controle de convencionalidade³⁷¹.

De acordo com a CtIDH, não apenas aquelas leis de anistia que foram editadas ainda sob o jugo de governos autoritários são tidas como inválidas, mas, igualmente, leis editadas por governos democráticos e referendas pela maioria da população de um país. O que demonstra que a CtIDH não está disposta à deferir às decisões majoritárias de governos democráticos para assuntos relacionados a graves violações de direitos humanos (CANDIA, 2014, p. 19). A decisão no caso Gelman limita o espaço de atuação das decisões majoritárias das comunidades políticas de dispor livremente sobre como lidar com situações referentes à justiça de transição.

Gargarella (2012) critica a decisão em inúmeros sentidos e de acordo com os seguintes argumentos: 1) a diferença no grau de deferência democrática das diversas leis de anistia editadas no continente (o autor compara a legislação uruguaia às leis peruanas e argentinas) e sua relação com os processos políticos de estabilidade nos diferentes países, que encararam de formas diversas a transição para a democracia; 2) a presunção de que os direitos estão situados em uma esfera impermeável às deliberações democráticas ignora o problema do desacordo entre quais direitos devem ser garantidos e assume as decisões de maioria como um processo decisório irracional e não razoável; e 3) a anulação da lei de anistia retira da decisão democrática dos Estados as escolhas para lidar com os crimes de transição para além da sanção criminal. Algumas das críticas a essa abordagem e suas possíveis respostas serão retomadas no último capítulo.

No caso Atala Riffo (2012)³⁷² uma importante exceção foi proposta pelo Estado para afastar a jurisdição da CtIDH e as alegações de discriminação em relação à orientação sexual da vítima: a ausência de consenso regional. De acordo com o Estado requerido, a subsidiariedade do sistema exige que a CtIDH tome em consideração as decisões majoritárias

³⁷¹ *Idem*, § 238-239.

³⁷² Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, 2012.

dos Estados acerca do conteúdo dos direitos humanos, especialmente, nos casos em que não haja consenso entre os Estados que ratificaram a CADH. Ressaltou o Estado que à época da decisão que ensejou o recurso ao SIDH inexistia o consenso que, recentemente, se esboçara, o que tornaria a exigência de conformação do Chile impossível³⁷³.

Acerca das referidas alegações, a corte iniciou suas considerações com a construção do direito à igualdade convencional. Segundo a Corte, a noção de igualdade se depreende diretamente da unidade da natureza do gênero humano e é inseparável de sua dignidade essencial, a qual é incompatível com toda situação que conduza a qualquer forma de discriminação quanto ao gozo de direitos que se reconhecesse aos que não se consideram em situação de inferioridade. A CtIDH reforçou que o princípio da igualdade e da não discriminação foram admitidos como normas de *jus cogens*.

Ao interpretar o artigo 1.1 da CADH, a corte considerou que a locução “qualquer outra condição social”, abarcaria, com base na interpretação evolutiva e na norma mais favorável ao ser humano, a orientação sexual e a identidade de gênero das pessoas como categorias protegidas pela Convenção. Concluiu que seria vedado pela CADH qualquer norma, ato ou prática discriminatória baseada na orientação sexual da pessoa³⁷⁴. Em seguida, a corte afirmou que a falta de consenso em alguns países acerca do pleno respeito dos direitos das minorias sexuais não poderia ser considerado um argumento válido para negar ou restringir seus direitos humanos ou para perpetuar e reproduzir a discriminação histórica e estrutural que essas minorias sofrem. Em arremate, a corte afirmou que:

“El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana”³⁷⁵
(grifos nossos).

A abordagem interpretativa da sentença antecipa a análise da Corte acerca do consenso como argumento para a não violação da CADH.

A corte prefere reforçar sua jurisprudência acerca da igualdade e seu caráter central no sistema, lembrando sua suposta característica de norma cogente (*jus cogens*), e incluir a

³⁷³ *Idem*, § 74-75.

³⁷⁴ *Idem*, § 78-91.

³⁷⁵ *Idem*, § 92. Em uma tradução livre: “O fato de que isso poderia ser matéria controversa em alguns setores e países, e que não seja, necessariamente, matéria de consenso não pode levar o Tribunal a abster-se de decidir, pois ao fazê-lo deve remeter-se exclusivamente às disposições das obrigações internacionais contraídas por decisão soberana dos Estados através da Convenção Americana”.

orientação sexual como categoria protegida com base na impossibilidade de discriminação oriunda de “qualquer outra condição social” presente na CADH, ao invés de discutir inicialmente acerca do consenso. Após a argumentação da CtIDH, fica óbvio para o leitor que não haverá espaço para discussões acerca do consenso quando a norma é erigida à categoria de *jus cogens* e se insere como prescrição da CADH.

Ainda que não tenha sido exposta expressamente, podemos, outrossim, incluir o caso *Atala Riffo* como uma questão delicada do ponto de vista moral, o que demonstra que as ocasiões de margem de apreciação procedimental, geralmente, andam de mãos dadas: nos casos em que haja uma questão delicada do ponto de vista moral, dificilmente haverá consenso nos países.

Outro caso em que questões morais e consenso estão inter-relacionados é *Artavia Murillo* (2012).

A interpretação do art. 4.1, da CADH no caso estava centrada na questão do estabelecimento, ou não, de um marco convencional acerca do começo da vida. O Estado agregou importantes argumentos morais e consensuais: 1) a intenção dos Estados na formulação da CADH foi proteger os estágios mais primitivos da vida humana³⁷⁶; 2) outros tratados internacionais, a DUDH e o PIDCP, estipularam suas normas sobre o tema de maneira ampla para albergar a margem de apreciação dos Estados acerca da proteção dos não nascidos, como o fez a Costa Rica³⁷⁷; e 3) a margem de apreciação apenas pode ser reduzida nos casos em que o consenso moral seja claro e evidente³⁷⁸

A corte não lidou, diretamente, com a questão moral e consensual. Pelo contrário, preferiu interpretar a locução “Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção” do art. 4.1, da CADH. Após extensa análise interpretativa, esboçada acima, chegou à conclusão de que o art. 4.1 indica a necessidade de um balanceamento entre interesses e, que, para o caso em questão, não significa que o direito à vida seja absoluto para que o direito dos embriões se sobressaia aos demais. Portanto, o embrião não é pessoa para fins da proteção do art. 4.1 e “desde o momento da concepção”, para fins convencionais, apenas pode ocorrer com a implantação do embrião no útero materno. Dessa forma, antes de tal fato, não incide a proteção do art. 4.1. Ademais, a proteção ao não nascido é gradual, uma vez que aumenta com o tempo. A metodologia interpretativa de decidir acerca do sentido do

³⁷⁶ Caso *Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica*, 2012, § 168.

³⁷⁷ *Idem*, § 169.

³⁷⁸ *Idem*, § 170.

art. 4.1 foi suficiente para a CtIDH, no final de um parágrafo, recusar-se à analisar as alegações de que o Estado teria margem de apreciação para lidar com o assunto³⁷⁹.

Da mesma forma que avaliação feita em Atala, a CtIDH em Artavila analisou o conteúdo do direito convencional, para, em seguida, previsivelmente, afastar as alegações de margem de apreciação estrutural (moralidade e consenso) do Estado. Portanto, e concordando com Candia (2014), a CtIDH não está disposta à reconhecer uma margem de apreciação que lhe isente de analisar casos em que inexista consenso no continente americano ou toque em assuntos que possam ser considerados delicados do ponto de vista moral.

Candia (2014) aponta duas razões para explicar a aproximação intrusiva da CtIDH. Em primeiro lugar, a atividade da CtIDH, na maioria dos casos iniciais, estava focada exclusivamente em disputas sobre fatos e não sobre complexos casos de interpretação jurídica (desaparecimentos forçados, violações em massa de direitos, execuções extrajudiciais, justiça de transição etc.). Em segundo lugar, a CtIDH, corretamente, considerou impróprio demonstrar deferência a regimes que não tinham qualquer autoridade democrática. Para o autor, mesmo com as mudanças democráticas dos Estados que ratificaram a CADH, a corte, porém, não alterou seu posicionamento mais incisivo.

2.2.4. Deferência: a interpretação da margem de apreciação substancial pela CtIDH.

A margem de apreciação europeia foi seccionada em duas perspectivas: uma substantiva e outra estrutural. A CtIDH parece adotar uma abordagem substantiva, mas distancia-se da margem estrutural adotada pela corte europeia. O que isso significa para nossa análise?

De um lado, significaria que a CtIDH aplica uma forma de deferência às interpretações nacionais diferente daquela observada pela CtEDH (que está fincada no acoplamento da margem de apreciação substancial + estrutural). Por outro lado, e somado à resistência da CtIDH em mencionar a doutrina, a estrutura argumentativa³⁸⁰, bem como as constantes críticas da literatura especializada acerca da adoção da doutrina pela corte, a margem de apreciação parece ser um tabu na jurisprudência da corte e insistir na sua aplicação poderá obscurecer importante faceta interpretativa da corte (quando reconhece e/ou constrói direitos

³⁷⁹ Idem, § 316. (...) teniendo en cuenta estas conclusiones sobre la ponderación y lo ya señalado respecto al artículo 4.1 de la Convención (supra párr. 264), *la Corte no considera pertinente pronunciarse sobre los alegatos del Estado respecto a que contaría con un margen de apreciación para establecer prohibiciones como la efectuada por la Sala Constitucional* (grifos nossos).

³⁸⁰ A CtIDH interpreta substantivamente o direito para, posteriormente, negar margem de apreciação ao Estado.

convencionais inspirada na diversidade dos padrões nacionais). É exatamente nesta faceta que precisamos focar a luz do pluralismo constitucional.

É inegável que a CtIDH reconhece amplitude interpretativa aos Estados, e que utiliza os padrões nacionais gestados pela diversidade para interpretar os direitos convencionais com base na interpretação evolutiva, mas, ao invés de caracterizarmos tal prática interpretativa como margem de apreciação (até porque ausente um de seus pilares na jurisprudência de São José), vamos utilizar a forma genérica de *deferência* para caracterizá-la.

A deferência ocorre como produto da prática de avaliar o peso de uma decisão com base em fatores externos a ela, que no nosso caso, são representados pela produção normativa e jurisprudencial das cortes do continente³⁸¹. A deferência caracteriza-se como a inserção de fatores externos (razões de segunda ordem não excludentes) que não afastam ou previnem a análise das razões de primeira ordem, mas que influenciam na decisão final, a depender do peso de suas postulações em face das razões de primeira ordem. A análise das duas é feita conjuntamente (LEGG, 2012, p. 17-21).

A escolha pela deferência explicaria a rejeição da margem de apreciação estrutural por parte da CtIDH (o peso dos fatores externos não exclui a necessária análise das razões de primeira ordem), sem perdermos de vista a construção cooperativa dos direitos humanos. A ideia de deferência, nesse sentido, não caracteriza uma subserviência da corte em relação aos fatores externos (a interpretação dos direitos produzida pelos Estados), pois não, necessariamente, serão reproduzidos e aceitos em seu conteúdo (como parece ser o caso na perspectiva estrutural), mas não serão completamente ignorados pela corte interamericana, que deverá avaliá-los, de forma conjunta, à própria construção que fizer das normas da CADH (o que explica, igualmente, porque a corte reserva uma seção de seu voto para citar normas e decisões constitucionais regionais).

Utilizando o julgado Artavia Murillo (2012) como exemplo, poderíamos afirmar que a corte interamericana tinha como objetivo discutir a interpretação do direito à vida previsto na CADH, e, como razões de primeira ordem mais salientes, a discussão acerca do possível direito à vida do feto, o direito à família e à não discriminação de pessoas portadoras de necessidades especiais. Como fatores externos à análise desses argumentos, a corte avaliou, conjuntamente, a força das argumentações produzidas pelas diferentes decisões judiciais e

³⁸¹ A formulação teve por influência a tese de Andrew Legg (2012) acerca da margem de apreciação no direito internacional dos direitos humanos. Apesar de o autor falar em margem de apreciação para o fenômeno observado nos comitês de direitos humanos da ONU, na CtIDH e na CtEDH, sugere que o rótulo a ser dado a esta posição é indiferente (poderia denominar-se deferência, deferência devida, intensidade variável da revisão). (LEGG, 2012, p. 224).

políticas presentes no continente americano para decidir acerca do conteúdo do direito convencional. Não se subordinou à interpretação costarriquense (margem de apreciação estrutural), mas não a ignorou: interpretou o direito à vida convencional (razão de primeira ordem) com base na influência do peso da produção jurídica americana (razões de segunda ordem). A análise conjunta das razões foi feita a fim de buscar a norma mais favorável no caso concreto.

A deferência é a indicação de que o ordenamento constitucional da CADH abre espaço para a interpretação feita pelo ordenamento constitucional dos países que ratificaram a convenção, ao permitir a construção dos direitos convencionais de maneira plural. A abertura proporcionada pela deferência, todavia, não retira da CtIDH a competência para julgar casos em que não haja consenso ou que sejam moralmente sensíveis (margem de apreciação estrutural), pois a deferência não trata da produção constitucional continental como uma razão de segunda ordem excludente. Sem embargo de seu caráter não excludente, as interpretações dos demais ordenamentos constitucionais interagem com os argumentos convencionais de primeira ordem na construção de soluções que concretizem o princípio *pro homine*.

2.3. Sumário das interações dos níveis nacionais e regionais na proteção multinível brasileira: suprallegalidade e deferência.

O pluralismo constitucional enseja a análise conjunta de aspectos que, metodologicamente, consideramos como empíricos e normativos. Do ponto de vista empírico, o pluralismo demonstra que, apesar das retóricas de julgamentos definitivos e da superioridade hierárquica das decisões das instituições dos diversos ordenamentos constitucionais, influências mútuas fazem parte das inevitáveis interações entre os ordenamentos, no plano da proteção multinível.

Uma importante parcela do pluralismo constitucional pode ser identificada pela proteção multinível de direitos humanos que se caracteriza como uma das formas de interações inevitáveis entre ordenamentos que se apoiam em discursos constitucionais. A interação entre ordenamentos constitucionais na proteção multinível de direitos humanos por nós analisada está disposta no vetor regional <-> nacional, representados pelos ordenamentos constitucionais brasileiros e interamericanos.

Para que pudéssemos observar a existência de relações pluralistas entre os ordenamentos, constatamos que categorias interpretativas empreendidas por parte das instituições que asseguram a superioridade hierárquica dos ordenamentos constitucionais

precisaram ser reconstruídas para justificar as interações normativas sem que cada ordenamento constitucional perdesse sua proeminência.

O STF, por exemplo, ao sustentar a suprallegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, ao mesmo tempo em que assegurou a superioridade da Constituição de 1988, introduziu parâmetro de interpretação das suas normas capaz de contradizer disposições textuais de pouca divergência interpretativa. Por meio da suprallegalidade, ademais, o tribunal utiliza a CADH e precedentes da CtIDH para moldar o significado das normas constitucionais.

Por outro lado, a CtIDH, em função de sua natureza de tribunal internacional, está fundamentada no auto reconhecido princípio da subsidiariedade, cuja dimensão substancial caracteriza-se pela atribuição de deferência aos Estados que ratificaram a CADH para desenvolver o conteúdo dos direitos convencionais. Ainda que a margem conferida aos Estados pela corte seja restrita e posta sob rigoroso escrutínio, os mais recentes casos que chegam ao SIDH exigem complexas construções acerca de direitos humanos interpretados e desenvolvidos nos sistemas internos formados por democracias estabilizadas, o que leva a corte a interpretar os direitos convencionais com base nas decisões constitucionais internas, ao mesmo tempo em que abre espaço para que o desenvolvimento diferenciado de conteúdos prossiga nos ordenamentos constitucionais incumbidos de concretizar a CADH em primeiro lugar.

O quadro descrito nos parágrafos anteriores precisa ser justificado como uma teoria constitucional atrativa das relações entre o direito constitucional brasileiro e a CADH. Dessa forma, o aspecto normativo do pluralismo constitucional será defendido como a teoria que melhor interpreta as normas constitucionais brasileiras, a partir de uma contextualização da teoria por meio de categorias constitucionais brasileiras identificadas como acolhedoras de uma leitura plural das normas constitucionais.

Capítulo 03 – A LEITURA PLURAL DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: o pluralismo constitucional na Constituição de 1988.

No segundo capítulo verificamos que a suprallegalidade e a deferência, do ponto de vista descritivo, permitem que os ordenamentos constitucionais possam estabelecer relações heterárquicas. Partindo das formulações normativas do pluralismo constitucional enquanto teoria constitucional brasileira, iremos realizar uma contextualização de institutos constitucionais brasileiros que evidenciam o caráter plural do ordenamento constitucional brasileiro em relação a outros ordenamentos constitucionais, especialmente à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A análise será feita a partir do Estado democrático de Direito (que incorpora uma versão substantiva da legalidade, que submete a produção normativa do país aos padrões de direitos humanos internacionais), da diferença interpretativa entre direitos fundamentais e humanos (a existência de uma proteção multinível de base constitucional pressupõe o desenvolvimento de conteúdos diversos de direitos semelhantes) e do pluralismo político (que exige do plano constitucional brasileiro o desenvolvimento do conteúdo dos direitos fundamentais a partir da complexidade das decisões democráticas).

Posteriormente, acrescentaremos que as influências mútuas não ocorrem de forma, necessariamente, descontextualizadas, mas por meio de um princípio jurídico guia compartilhado por ambos os ordenamentos constitucionais: o princípio *pro homine*. Através do pluralismo constitucional interpretativo as interações ocorrem dentro de uma moldura compartilhada considerada como jurídica, sem que as discussões sejam guiadas, tão somente, por preceitos políticos (pluralismo constitucional pragmático). Defenderemos, ademais, que uma das formas de desenvolver o princípio *pro homine* se dá através do diálogo deliberativo entre os precedentes das cortes, mais especificamente, das melhores e mais coerentes construções substantivas dos direitos humanos em cada um dos ordenamentos.

No âmbito da CADH, argumentaremos que a influência mútua não significa que as interpretações da CADH dependam de alguma forma de consenso regional. Seja ele unânime (todos os Estados signatários concordam com a interpretação), numérico (focado na quantidade de países que acatam uma interpretação) ou de muitas mentes (consenso respaldado pela força epistemológica de uma decisão seguida por uma maioria). Porém, a corte interamericana apenas conseguirá justificar a presença de uma interpretação evolutiva da CADH (alterações políticas, sociais e jurídicas), caso elabore e delibere sobre as fundamentações da produção interpretativa dos países signatários, no intuito de formular uma

interpretação que reverbere os melhores argumentos produzidos no continente (*princípio pro homine*).

Ao final do capítulo, afirmaremos que a perspectiva da interpretação evolutiva e dialógica redimensiona o papel das normas cogentes no sistema, que não devem ser consideradas como normas naturais, mas objeto de constantes interpretações e reanálises por parte dos países que ratificaram a CADH. O controle de convencionalidade, por sua vez, será considerado como um instituto caro às posturas dialógicas, desde que as exigências de vinculação aos precedentes da CtIDH não signifiquem uma ilusória e indesejada uniformidade interpretativa de mão única.

Para a melhor compreensão do capítulo acerca das prescrições que podem ser extraídas de uma teoria, algumas palavras precisam ser ditas.

O ônus de propor uma teoria constitucional é grande. Mesmo que a teoria seja parcial (não intencionamos explicar toda a Constituição de 1988, mas apenas sua relação com o ordenamento constitucional interamericano), os argumentos normativos devem demonstrar como o aspecto descritivo disposto no capítulo anterior se apresenta como a melhor interpretação da Constituição e quais suas prescrições.

Os critérios da meta-teoria constitucional de Fallon Jr. (1999) nos permitiram criticar as teorias clássicas como possíveis candidatas a explicar as relações entre CF/88 e a CADH. Incumbe-nos, neste momento, construir o caminho inverso: ao invés de afastar, temos de justificar a aplicação de uma teoria a partir da contextualização dos mesmos critérios.

Contudo, precisamos reforçar um ponto: tendo em vista que o pluralismo constitucional é a abordagem teórica mais ampla, que foca nas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito constitucional, para que tenha operatividade no nosso plano constitucional, devemos demonstrar, agora normativamente, que as normas constitucionais brasileiras acolhem uma interpretação plural. Dito de outra forma, a reconstrução normativa será limitada a uma única perspectiva, pois focará apenas no aspecto interno do constitucionalismo brasileiro³⁸².

³⁸² Uma leitura plural do constitucionalismo não é necessária para sustentar a identificação do pluralismo constitucional nas relações entre ordenamentos em todos os casos, no entanto, uma Constituição de poucas características plurais terá mais chances de posicionar-se contrariamente às influências mútuas. Como será apresentado posteriormente, o pluralismo constitucional interpretativo apenas pode ser defendido no caso brasileiro em função da leitura plural da CF/88. Dessa forma, para fins da tese, a teoria do pluralismo constitucional completa-se com a construção plural das normas constitucionais como contextualização normativa. A leitura plural, portanto, é um elemento normativo do pluralismo constitucional. No entanto, em alguns casos, a leitura moral pode não ser necessária, pois a constatação de um pluralismo constitucional dentro do contexto da proteção multinível dos direitos humanos não significa, necessariamente, que aquele depende de uma leitura plural de cada um dos níveis. O pluralismo constitucional está circunscrito à pluralidade de fontes constitucionais dotadas de autoridade, que, ao relacionarem-se, dão ensejo a conflitos constitucionais que devem

Da reconstrução das normas constitucionais brasileiras para a abertura plural, podemos extrair as formas com que o constitucionalismo brasileiro deve interagir com o discurso constitucional da CADH, além de justificar, a partir da interpretação das normas constitucionais brasileiras, que o pluralismo constitucional é a teoria que mais bem capta os aspectos descritivos das interações entre os níveis nacionais e regionais.

3.1. PLURALISMO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: por uma leitura plural das normas constitucionais referente aos Direitos Humanos.

3.1.1. **Estado Democrático de direito, pluralismo constitucional e direitos humanos.**

O debate acerca do Estado de Direito é inerente a quaisquer teorias constitucionais que intencionem oferecer a melhor interpretação acerca da produção e do desenvolvimento do direito em um determinado espaço constitucional³⁸³.

No direito constitucional brasileiro, o ideal político do Estado de Direito está representado pela locução *Estado Democrático de Direito*, presente no *caput* do art. 1º da CF/88.

O jurista que incluiu a terminologia na Constituição de 1988 foi José Afonso da Silva (2009, p. 72), influenciado, confessadamente, pelo trabalho do espanhol Elias Díaz³⁸⁴. A principal razão esposada por José Afonso da Silva (2009, p. 73) para a inclusão do adjetivo

ser solucionadas dentro de uma estrutura não hierárquica (MADURO, 2013, p. 545). A leitura plural trata da diversidade de fontes normativas, dos procedimentos institucionais para lidar com as diferentes interpretações do bem dentro de uma mesma comunidade política e de suas relações com o constitucionalismo (ANDERSON, 2005, p. 54; ROSENFELD, 2008, p. 423) e que pode ser encarada como uma faceta do pluralismo político (MADURO, 2013, p. 546).

³⁸³ A ideia de Estado de Direito surge na Europa em contraposição aos regimes absolutistas, como o princípio que visava submeter o poder político às soluções técnicas e impessoais do direito. Ao longo de seu desenvolvimento no velho continente, diferentes formulações surgiram para adaptar-se ao contexto do país que o recepcionou, com diferentes consequências e respostas para dar conta da tensão entre política e direito. A ausência de uma Constituição rígida (no sentido atribuído por James Bryce), a soberania parlamentar e os direitos individuais da *Common Law* perfizeram a denominada *Rule of Law* inglesa. Nos EUA, a supremacia constitucional e o controle de constitucionalidade foram institutos desenvolvidos, especificamente, no país em decorrência do contexto político e social das antigas colônias. No caso alemão, de onde se deriva a nomenclatura por nós herdada (*Rechtsstaat*), a atribuição de um “Estado de Direito” ao invés de um “governo do direito” pode ser explicada pelo fato de os autores alemães terem se ocupado de desenvolver o que denominaram de “teoria geral do Estado”, em que a figura central do referido ideário político seria o Estado, contexto, diverso, portanto da Inglaterra e dos EUA, em que a produção legislativa do parlamento e os direitos individuais, respectivamente, eram os meios proeminentes de proteção da *rule of law*. Para analisar o desenvolvimento histórico do Estado de Direito, cf. Pietro Costa (2006). Apesar de suas diferentes origens *Rule of Law* e Estado de Direito podem ser compreendidos sob uma mesma concepção, como nos demonstra Danilo Zolo (2006). Tendo em vista que os valores políticos, para nós, são conceitos interpretativos, a distinção terminológica será de somenos importância, porquanto ambos serão tidos como idênticos.

³⁸⁴ Mais do que na Constituição espanhola de 1978, de acordo com o autor paulista.

democrático fora a ausência de comprometimento do Estado de Direito liberal e do Estado Social de Direito para com a democracia.

Para Silva (2006, p. 112-122), a abrangência do ideal democrático e sua reunião com o Estado de Direito não funcionariam como simples aglomeração formal, mas ensejaria, ao mesmo tempo, a formação de um novo modelo, bem como a superação dos demais.

A defesa do Estado Democrático de Direito por Silva (2006) baseia-se em críticas à formulação do Estado de Direito em suas vertentes liberais e sociais. Para o constitucionalista, o Estado de Direito em sua formulação liberal inicial sofrera evoluções que acresceram ao seu conteúdo, direitos sociais contrários à lógica individualista das liberdades negativas de sua formulação primitiva, assim como ideais democráticos, que vinculam o Estado de Direito à igualdade de participação social no processo de tomadas de decisões políticas, como condição legitimadora. Além do mais, o Estado Democrático de Direito almeja a justiça social pela superação das desigualdades sociais.

O autor brasileiro elenca alguns princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito: 1) da constitucionalidade, característico da legitimidade de uma Constituição rígida, emanada da vontade popular; 2) democrático, que contém os postulados da democracia representativa e participativa, pluralista e que garante a efetividade dos direitos fundamentais; 3) da justiça social (presente nos arts. 170 e 193 da CF/88); 4) da igualdade (art. 5º, I da CF/88); 5) da divisão dos poderes e independência do juiz (arts. 2º e 95 da CF/88); 6) da legalidade (art. 5º, II da CF/88); 7) da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI a LXXIII da CF/88) e 8) o sistema de direitos fundamentais.

A produção teórica constitucional brasileira, como já o fizera em outras oportunidades³⁸⁵, apenas reproduziu a conceituação de José Afonso da Silva, sem contextualizar e/ou problematizar sua formulação³⁸⁶. Portanto, a construção teórica de Estado Democrático de Direito na Constituição de 1988 pode ser identificada com a formulação de Silva (2006).

³⁸⁵ Sobre como a doutrina constitucional brasileira de 1988 apenas reproduziu a conceituação de Constituição em sentido material de Afonso Arinos de forma acrítica, cf. Magalhães, Sozinho e Carvalho (2014).

³⁸⁶ Uadi Bullos (2014, p. 509), Barroso (2013, p. 62-64), Dirley Jr. (2010, p. 512-513), Bernardo Fernandes (2010, p. 202-203), Alexandre de Moraes (2005, p. 17-18), Ênio Silva (2005), Oswaldo Paulo (2004, p. 223), Lenio Streck e José Morais (2001, p. 86-99), Ivo Dantas (1994, p. 223), Inocêncio Coelho (1993, p. 05-13) e Celso Bastos (1989a, p. 419-421). Marcelo Cattoni (2002, p. 63), na linha de Silva (2006), defende que o Estado Democrático de Direito brasileiro intenciona superar desigualdades sociais, através do aprofundamento da democracia participativa, como ideal de justiça social. Contudo, o autor mineiro insere aqueles objetivos na teoria democrática habbermasiana, porquanto defende que o ideal de justiça social possui cariz processual e consensualmente construído, algo que apenas ocorrerá com o fortalecimento da esfera pública política, de opinião pública livre e de sociedade civil organizada atuante.

O autor que inspirou José Afonso da Silva, o espanhol Elias Díaz García, cunhou o termo nos anos 60, influenciado pelas propostas políticas e econômicas marxistas, porquanto intencionava com o Estado Democrático de Direito, substituir os modelos liberal e social pelo que denominou de democracia socialista. O trabalho do autor, como o próprio reconhece, era uma proposta para o Estado espanhol, e não um apanhado crítico acerca da teoria do Estado de Direito na Europa naquele momento (DÍAZ GARCÍA, 1963, p. 42). Com a queda do muro de Berlin, o fim da guerra fria e o advento dos tratados de integração europeus, o autor reviu suas posições teóricas iniciais, atenuando suas propostas de planificação econômica e de agressiva intervenção estatal (DÍAZ GARCÍA, 2002)³⁸⁷.

Em uma abordagem sintética e afastando a aproximação do termo com o socialismo da formulação original espanhola³⁸⁸, nosso Estado Democrático de Direito significaria a vinculação da Constituição aos oito princípios descritos acima, todos servientes à ideia base de que o Estado deve realizar justiça social para que garanta uma participação igualitária nos processos políticos decisórios³⁸⁹.

A correlação entre Estado de Direito e Democracia, entretanto, não é necessária no campo conceitual. A justificativa da forma com que uma comunidade política lida com os procedimentos para a formação do direito não se confunde com a justificativa que explica por que um grupo de indivíduos é eleito como titular do poder para administrar as políticas públicas para o resto da comunidade política (WALDRON, 2011a, p. 398). Por essa razão, não fica claro na formulação brasileira do Estado Democrático de Direito se o consenso popular (alcançado por meio de procedimentos que garantam a igualdade de participação) acerca de alguma decisão política sobrepõe-se a um direito fundamental (subprincípios). É justamente em função dessa difícil correlação que Danilo Zolo evita incluir em sua concepção de Estado de Direito, exigências democráticas (ZOLO, 2006, p. 53-54). Por fim, e adaptando argumento de Joseph Raz (1979, p. 208-211), embutir no complexo conceito de Estado de Direito outros valores, igualmente complexos e controvertidos (no caso, democracia, justiça social e igualdade), além de dificultar sua compreensão, enfraquece sua autonomia, pois turva

³⁸⁷ Em sua renovada perspectiva teórica, Díaz García sustenta uma intervenção qualitativa e seletiva do Estado na economia, com foco na densidade do tecido social. A economia, compreendida como mista, caracterizar-se-ia por um setor público (estatal e social) e por um setor privado operando de acordo com o livre mercado (posição ausente no trabalho anterior).

³⁸⁸ Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2004, p. 65-66) e Oscar Dias Corrêa (1991, p. 40), em tom de crítica, acentuam o aspecto das ideologias socialistas nas formulações do Estado Democrático de Direito. José Afonso da Silva (2006, p. 120-121) em resposta, nega que sua formulação pretenda a transição do Estado brasileiro ao socialismo.

³⁸⁹ Ao tratar da função da lei em um Estado Democrático de Direito (construção que englobaria os princípios 05 a 07 acima elencados), José Afonso da Silva (2006, p. 121) afirma que não se trata de qualquer lei, mas uma que atenda aos princípios da igualdade e da justiça social.

sua distinção em relação a esses outros ideários políticos presentes em um sistema constitucional³⁹⁰.

A inserção de ideais democráticos no Estado de Direito brasileiro, entretanto, apesar de dificultar a compreensão do conceito, não implica na total absorção ou confusão dos ideais que o compõem, mas forçam o intérprete a construir uma concepção substancial de Estado de Direito, para utilizar categorização de Paul Craig (1997, p. 467). Diferentemente de construções formais, que delimitam o âmbito das preocupações do Estado de Direito à maneira pela qual a lei foi promulgada (se foi editada de acordo com os procedimentos estabelecidos), à sua clareza (clara para que o indivíduo possa guiar sua vida e planejá-la com antecedência) e à dimensão temporal de sua edição (se dotada de efeitos prospectivos ou retrospectivos), as concepções substantivas concordam que o ideal possui uma dimensão formal, mas extraem certos princípios substantivos do Estado de Direito, que servem de critério analítico para aferir a compatibilidade dos aspectos formais aos ideais nele inseridos³⁹¹.

Se nosso Estado de Direito possui uma vertente substantiva, os princípios da legalidade, segurança jurídica, divisão de poderes, justiça social e direitos fundamentais devem ser lidos à luz dos ideais insertos em seu bojo, e não como valores bastantes em si mesmos.

Retornemos ao aspecto formal do Estado de Direito.

A legalidade é um dos princípios mais importantes do Estado de Direito. A produção do direito por uma autoridade dotada de competência e de acordo com os procedimentos

³⁹⁰ Raz (2001, p. 402-403), em escrito posterior, desenvolve uma concepção de Estado de Direito para o Reino Unido de maneira prejudicial aos ideais democráticos, ao ponto de considerar que seu funcionamento depende de sociedades democráticas. Para Raz, portanto, o Estado de Direito é um conceito político que não se confunde com a Democracia, também conceito político. A diferença entre os valores inerentes aos conceitos políticos não significa, todavia, que algum deles possa estar ausente em sociedades plurais complexas.

³⁹¹ Autores que desenvolvem concepções, respectivamente, formais e substantivas, cf. Raz (1979) e Dworkin (2005). Em análise mais recente, Raz (2001), ainda que não tenha se afastado completamente de sua abordagem formal do Estado de Direito (*rule of law*), sugeriu, dentro do contexto do Estado de Direito no Reino Unido, um modelo intermediário situado entre duas abordagens do Estado de Direito: um modelo de justiça formal situado em uma abordagem burocrática do Estado de Direito e outro enfoque na tradição de um direito comum (*common law*). Segundo Raz (2001, p. 398-399) a complexidade da sociedade plural atual não pode ser captada por um enfoque do Estado de Direito baseado em supostos valores desenvolvidos apenas por tribunais, que desenvolvem o direito através de decisões judiciais de um direito comum (o autor teme que a pluralidade social seja comprometida pelo afunilamento dos diversos valores sociais por uma elite burocrática judicial). A versão burocrática conduz a um conseqüente tecnicismo jurídico. Ao prestar-se à condução das instituições burocráticas que lidam com o direito, o Estado de Direito burocrático afasta o direito das pessoas (exigência de extrema capacitação jurídica e especialização da produção legislativa). Raz (2001, p. 399-403) considera que o Estado de Direito no Reino Unido deve dirigir-se às instituições administradoras da justiça, para aplicação fiel e baseada em princípios do direito. Tais instituições, dentre elas o Judiciário, deve aplicar o direito positivo e comum (*common law*) de forma à harmonizar a produção jurídica legislativa com as doutrinas, assegurando a coerência de objetivos do direito. Não se trata de criar uma artificial uniformidade de valores em uma sociedade plural, mas de evitar valores inconsistentes na legalidade formal.

anteriormente estipulados (geralmente presentes nas Constituições) pressupõem que os indivíduos tenham conhecimento prévio das fontes das obrigações jurídicas existentes no país. Dessa forma, se ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, devemos saber quem é competente para editar essa lei, quando, como e em quais circunstâncias pode editá-la.

A correlação entre legalidade e monismo jurídico pode ser, nesse sentido, facilmente deduzida – a centralidade e o monopólio da produção do direito nas instituições constituídas pelo Estado, que editam leis de acordo com as regras procedimentais estabelecidas na Constituição seriam corolários básicos de um Estado governado pelo direito, e não pela vontade discricionária dos homens. Podemos denominar essa correlação, seguindo, em parte, Gavin Anderson (2005, p. 39), de legalidade liberal clássica.

A noção de liberalismo clássico empregada remonta a uma possível interpretação dos pressupostos clássicos das premissas liberais do século XVIII que influenciaram as construções constitucionais modernas e não, portanto, aos seus refinamentos político-filosóficos posteriores³⁹². O Estado de Direito, com base na premissa da legalidade liberal clássica, seria informado pela necessidade de que as controvérsias jurídicas sejam conduzidas e solucionadas de acordo com regras pré-determinadas de considerável generalidade e clareza (legalidade), que procuram promover o valor moral da independência de uma comunidade focada nas ações de seus indivíduos, cuja clareza legislativa lhes oferece meios para a condução de suas vidas (liberalismo). O Estado de Direito oferece os meios pelos quais a autonomia individual limita o escopo da legalidade (ANDERSON, 2005, p. 40-43). E a legalidade, por sua vez, satisfaz-se com testes formais relacionados à única fonte autorizada de produção jurídica, no caso, o Estado³⁹³.

A natureza paradigmática da legalidade liberal clássica e sua presunção como consectário lógico do ordenamento constitucional ofusca a necessidade de sua explicação e justificação nos planos constitucionais hodiernos. Todavia, esse paradigma não deixa de ser importante para explicar significativa parte da produção jurídica no Estado brasileiro, porém

³⁹² A linguagem do constitucionalismo moderno foi moldada para excluir ou assimilar diferenças culturais e justificar as uniformidades políticas e jurídicas. Enquanto ato de formação social nova, despida de traços de uma possível estruturação social anterior, a Constituição simbolizava o consentimento racional com uma nova ordem política. A supressão de diferenças culturais e a defesa da uniformidade jurídica podem ser representadas, para fins de nossa análise, por uma característica do direito constitucional moderno: a centralização da produção jurídica nas mãos de órgãos oficiais dotados de autoridade política. Dessa forma, o monismo jurídico surge como uma resposta contrária aos diversos focos ou centros culturais dotados de autoridade que pudessem conduzir a instabilidades políticas (TULLY, 1995, p. 58-67). Dworkin (1985) e Rawls (1971), modernamente, por exemplo, defendem versões do liberalismo cujo princípio estruturante da teoria política é a igualdade, e não a liberdade.

³⁹³ A legalidade clássica é contrária, portanto, ao reconhecimento de outras fontes jurídicas além do Estado. Dito em outras palavras, contrária ao pluralismo jurídico.

não se mostra tão confortável na companhia do direito internacional dos direitos humanos. Com efeito, não precisamos abandonar o princípio da legalidade, mas reinterpretá-lo para que possa ser inserido no pluralismo constitucional.

A visão substantiva do Estado de Direito brasileiro, se intenciona incluir a legalidade, ideais democráticos e direitos fundamentais sob a mesma rubrica, precisa interpretá-los de maneira consistente com a finalidade atribuída àquele, de maneira que não se caracterizem como princípios contraditórios, enfraquecendo o ideal de segurança jurídica típico da visão formal do Estado de Direito em sede constitucional.

A inserção dos tratados de direitos humanos como fonte de direito supralegal e sua íntima relação com a matéria que lhes acompanham exigem que a legalidade prevista no Estado Democrático de Direito brasileiro se afaste de interpretações acolhedoras da versão liberal clássica no trato dos direitos fundamentais e humanos.

A legalidade constitucional pode ser seccionada em várias vertentes, cada qual com suas formulações próprias, mas que, ao fim, buscam o mesmo intento: a proteção dos direitos fundamentais e a limitação do poder público. Por exemplo, a legalidade se irradia de forma diferente para o indivíduo e para o Estado. Se para as ações daqueles que exercem o poder público exige-se uma legalidade estrita, ou seja, apenas as ações políticas prescritas nas leis e na Constituição são consideradas legítimas (*caput* do art. 37 da CF/88)³⁹⁴; para os indivíduos, por outro lado, o sentido de legalidade não se dissocia dos direitos fundamentais e a edição legislativa cobre apenas pequeno espaço da ação individual, cuja liberdade opõem-se à lógica dos titulares do poder político: se uma ação individual não está proibida legalmente, considera-se lícita (art. 5º, II da CF/88)³⁹⁵.

Mesmo a legalidade vista como garantia dos indivíduos pode ser enquadrada em diferentes ramos: a civil, a criminal e a tributária. No campo civil e comercial, a legalidade liberal clássica encontra sua melhor formulação, porquanto viabiliza ao indivíduo conhecer, de antemão, seus direitos e deveres, permitindo que possa desenvolver suas relações pessoais e comerciais com outrem, além de delimitar a esfera de interferência estatal legítima em sua liberdade. A legalidade tributária e criminal se interseccionam na exigência de lei em sentido formal para criação de tributos (art. 150, I da CF/88)³⁹⁶ e crimes (art. 5º, XXXIX da CF/88), mas se distanciam em relação a alguns efeitos temporais: as leis tributárias deverão sempre

³⁹⁴ A legitimidade do poder público está circunscrita às estipulações legislativas (FAGUNDES, 1984, p. 81). Hely Lopes Meirelles (2003, p. 86) enfatiza a ausência de liberdade e vontade pessoal no âmbito da administração pública.

³⁹⁵ O argumento foi inspirado em James Waldron (2006, p. 16-19).

³⁹⁶ Para Hugo Machado (2007, p. 63), a legalidade tributária implica no consentimento popular em permitir a expropriação de patrimônio individual como meio de satisfazer necessidades coletivas.

cumprir o requisito da anterioridade (art. 150, III da CF/88), enquanto a lei penal poderá retroagir, desde que para favorecer o réu (art. 5º, XL da CF/88).

Quando lidamos com as relações entre direito internacional de direitos humanos, Direito Constitucional e o princípio da legalidade, devemos interpretá-las conjuntamente com os arts. 4º, II; 5º, § 2º e 3º da CF/88.

De acordo com nossa conclusão no capítulo anterior, a suprallegalidade, e, nossa maior preocupação é com suas consequências interpretativas e não debater seu status hierárquico no sistema constitucional³⁹⁷, influencia a interpretação do texto constitucional e altera o paradigma das fontes do direito e, por consequência, a noção de legalidade quando relacionada aos direitos humanos do cidadão brasileiro previstos em tratados internacionais.

O nível regional, de status suprallegal não é, simplesmente, mais um conjunto de direitos oriundos da internalização de um tratado internacional, mas direitos derivados de fonte diversa da Constituição, cujos conteúdos são desenvolvidos por instituição que lhes atribui características constitucionais e influencia a interpretação dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Portanto, se nem todos os direitos originam-se na Constituição de 1988 e em face da ausência de critérios hierárquicos para solucionar possíveis conflitos entre eles, uma tese pluralista da legalidade deve ser defendida, ao menos no âmbito dos direitos humanos.

Pedro Dallari (1994, p. 161-162) sustenta a necessidade de interpretar o art. 4º, II (prevalência dos direitos humanos) em conjunto com o art. 5º, § 2º, sugerindo que as citadas normas constitucionais significam o compromisso do país com a eficácia dos sistemas internacionais, cujas regras estejam voltadas para a proteção dos indivíduos em face da ordem jurídica interna. A força normativa dos artigos combinados, ademais, funciona como certidão de engajamento constitucional no processo de edificação de sistemas internacionais e na integração de tais regras e sistemas à ordem jurídica interna³⁹⁸.

Considerando que o autor escreveu antes de o Brasil aceitar a jurisdição da CtIDH, a interpretação dos artigos deve significar que o país está engajado, também, em atribuir efetividade ao sistema interamericano e em integrar suas normas às internas. Mas a

³⁹⁷ Outros fatores influenciam, além da hierarquia atribuída pelo direito constitucional, na interpretação dos tratados internacionais de direitos humanos e na sua recepção e impacto no ordenamento interno, conforme o sustentado por Maués (2013, p. 226).

³⁹⁸ Flávia Piovesan (1997, p. 69) concorda de forma literal com o autor no ponto, além de acrescentar que a prevalência dos direitos humanos no plano constitucional limita e condiciona a soberania estatal, visto que a submete a regras jurídicas (direitos humanos, no caso). Apesar de não citar Pedro Dallari ou Flávia Piovesan, Marcos Maliska (2006, p. 185) interpreta o art. 4º, II de forma associada ao art. 5º, § 2º para concluir que tais artigos submetem a soberania brasileira aos direitos humanos, além de autorizar o país a cooperar com organismos internacionais de proteção dos direitos humanos.

interpretação a ser dada ao aspecto integrativo da Constituição não se esgota no prisma da legalidade liberal clássica, ou seja, não significa que os direitos humanos previstos em tratados internacionais alcançam seu ponto ótimo de eficácia com sua internalização por meio de alguma das normas previstas no processo legislativo constitucional (art. 59 da CF/88). Significa, todavia, que as produções normativas constitucionais são apenas uma fonte de direito no país e concorrem com as fontes oriundas do nível regional (os tratados que formam o sistema interamericano e as manifestações da CIDH e da CtIDH).

Isso quer dizer que a integração exigida não se contenta, como querem os dualistas clássicos, com a simples transformação do tratado em norma interna e, por consequência, com a solução dos possíveis conflitos normativos por meio dos critérios tradicionais (hierárquico, cronológico e especialidade). Ademais, as prescrições constitucionais que estipulam o *iter* de internalização de um tratado (autorização congressual e ratificação) não se confundem com seu impacto no ordenamento jurídico³⁹⁹. A CADH, por exemplo, foi internalizada por Decreto Legislativo e Presidencial, mas possui força supralegal. Conclusão que afasta o argumento que retira do tipo de procedimento legislativo previsto no direito interno, as consequências normativas do tratado⁴⁰⁰.

A integração normativa prevista pelos direitos humanos não se resume à hierarquia constitucional dos tratados no plano interno. Não deixa de ser aspecto importante, mas não é essencial⁴⁰¹. Ainda que não detenha força constitucional, a CADH foi capaz de esvaziar o conteúdo de norma constitucional originária. Neste momento, podemos extrair outra característica do pluralismo constitucional (além da erosão do paradigma do monopólio das fontes dos direitos humanos na Constituição): a operação entre as múltiplas fontes jurídicas é caracterizada pela sua sobreposição e interação mútua constante, independentemente dos status atribuídos a cada uma nos diversos ordenamentos.

Por fim, as mútuas interações constantes entre as fontes jurídicas e o engajamento constitucional acarretam a perda de uma possível natureza especial da norma constitucional

³⁹⁹ Keller e Sweet (2008, p. 683-684), ao analisar a prática de 18 países europeus que ratificaram a CEDH, observaram que a distinção entre países monistas e dualistas (na perspectiva descritiva da dicotomia) não foi suficiente para determinar o status da convenção no direito interno, e seu consequente impacto no ordenamento jurídico interno. O que é mais importante é de que forma a convenção europeia é incorporada na prática dos países e a posição que os tribunais atribuem a ela na interpretação constitucional. Na Alemanha dualista, mesmo que os tratados tenham força de lei ordinária, o Tribunal Constitucional decidiu que o Judiciário deve aplicar a CEDH mesmo no caso de leis posteriores. Em contrapartida, um estado monista pode limitar a força da convenção ao relegá-la ao status de direito estrangeiro, como na Eslováquia e Turquia.

⁴⁰⁰ O argumento rejeitado por nós seria, mais ou menos, o seguinte: se a Constituição prevê para a internalização de tratados o mesmo procedimento das leis ordinárias ou das emendas constitucionais, necessariamente, o tratado gozará da mesma hierarquia daquelas espécies normativas.

⁴⁰¹ Uma vez mais, remetemos o leitor aos argumentos de Maués (2013).

brasileira baseada em sua proveniência (processo constituinte). No momento, podemos exemplificar o ponto recorrendo ao critério hermenêutico defendido pela maioria dos autores nacionais⁴⁰² e pela CtIDH⁴⁰³: da interação entre os ordenamentos, sobressai-se a norma mais favorável à pessoa humana, independentemente de sua origem.

Por ora, não iremos entrar em maiores discussões acerca da aplicação da norma mais favorável à pessoa ou princípio *pro homine*⁴⁰⁴, mas sua presença nos discursos acerca da interação entre norma constitucional e CADH indica a forma como esta faceta da legalidade deve ser interpretada: no plano dos direitos humanos, em decorrência de sua constante interação, os ordenamentos com reivindicações constitucionais que incidem sobre uma mesma situação em um mesmo espaço geográfico não gozam de preferência na aplicação, em função de suas origens, para resolver situações em que se discute a legitimidade da movimentação da coerção estatal no âmbito da autonomia das pessoas e dos grupos.

O Estado Democrático de Direito brasileiro, comprometido com valores substantivos, impõe que os atos do poder público estejam submetidos a critérios avaliativos oriundos das várias fontes normativas, cuja orientação interpretativa é a aplicação da norma que seja mais favorável à pessoa, independentemente da fonte. Os aspectos formais do Estado Democrático de Direito não são suficientes para sustentar-se como valores em si mesmos, porquanto a defesa dos direitos fundamentais e a prevalência dos direitos humanos, incluindo os presentes em tratados internacionais, servem de medida para a legitimidade da produção jurídica brasileira⁴⁰⁵.

As abordagens formais do Estado de Direito evitam incluir a análise do procedimento legislativo com base em direitos fundamentais, apesar de incluírem em suas formulações conteúdos importantes. Para Raz (1979, p. 224), por exemplo, o Estado de Direito é um valor negativo estruturado para proteger a liberdade e a dignidade humana, ao criar mecanismos procedimentais para proteger o direito de si mesmo. Portanto, seguir o Estado de Direito não causa o bem, mas evita um mal. Ou seja, oferece meios procedimentais para que os indivíduos minimizem os danos à sua liberdade e dignidade quando o direito regular seus comportamentos. Como não se extrai direitos fundamentais dessa formulação, o Estado de Direito pode criar situações em que a liberdade e dignidade são violadas.

⁴⁰² Piovesan (1997, p. 121); com ressalvas, Galindo (2002, p. 318); Cançado Trindade (1997b, p. 434) e Pinheiro (2001, p. 77).

⁴⁰³ Como será visto na seção 453, *infra*.

⁴⁰⁴ Para o refinamento do critério hermenêutico, cf. seção 3.2.

⁴⁰⁵ Em argumento semelhante, Piovesan (1997, p. 58) postula que o art. 1º e os incisos II e III são alicerces do Estado democrático de direito e promovem seu encontro com os direitos fundamentais, elementos básicos para a realização da democracia.

Em formulações substantivas do Estado de Direito, por outro lado, os direitos fundamentais (e humanos) servem como medidas para fiscalizar a legitimidade das ações estatais amparadas pela legalidade. Isso quer dizer que nem toda a atuação do poder público está submetida à estipulação do princípio *pro homine*, mas apenas nas situações em que seus atos possam influir em direitos tidos como fundamentais e, com bem menos intensidade, nas hipóteses em que a legalidade tiver cunho administrativo.

Podemos afirmar, ao final, que o Estado Democrático de Direito brasileiro, além dos tradicionais princípios inerentes à tradição do Estado de Direito, como o da legalidade, inclui em seu conteúdo aspectos substanciais oriundos do regime democrático e da defesa de direitos fundamentais que servem de medida de análise da produção formal do direito. Sua formulação se completa, além do mais, com as prescrições da leitura plural da Constituição de 1988: a) a Constituição não monopoliza a produção de normas jurídicas estatais, ou seja, não é a única fonte do direito interno (tratados de direitos humanos com força supralegal); b) as diversas fontes sobrepõem-se e interagem de maneira complexa, não com base em premissas hierárquicas (normas da CADH limitam a incidência de normas da CF/88); e c) a aplicação das fontes não está baseada em um critério de preferência decorrente de sua origem (princípio *pro homine*). As fontes de análise da legalidade não se esgotam na Constituição, porquanto alcançam os direitos humanos previstos nos tratados internacionais, que interagem com os direitos fundamentais por meio do critério da aplicação do princípio *pro homine* (arts. 4º, II; 5º, II e §§ 2º e 3º da CF/88).

3.1.2. Direitos humanos e direitos fundamentais: semelhanças funcionais e diferenças interpretativas.

O Estado Democrático de Direito brasileiro, interpretado sob o viés pluralista, enseja a interação entre direitos humanos e direitos fundamentais como pretensões das pessoas submetidas à Constituição para aferição da produção jurídica formal nacional (art. 4º, II e art. 5º, § 2º). E, da forma como a premissa está exposta, em alguma medida, direitos humanos e direitos fundamentais não se confundem: do contrário não falaríamos em “interação”, mas em convergência ou identificação⁴⁰⁶.

⁴⁰⁶ A diferença acentuada não é ontológica – os direitos humanos não são mais importantes que os fundamentais e vice-versa. Não há um patamar que possa ser traçado para aferir em que ponto um direito fundamental passa a ser humano. Ambos são direitos políticos (*political rights*) titularizados pelas pessoas em face da ação do poder público. No entanto, naturais diferenças de conteúdo poderão ser observadas entre os diferentes conjuntos de direitos no momento da institucionalização e da prática interpretativa dos direitos fundamentais e humanos, o

No entanto, a sugestão de interação entre os direitos previstos na CADH e na CF/88 apenas pode ser suscitada em função da presença de semelhanças que tornam possíveis a compreensão analógica dos respectivos níveis.

Por exemplo, ambos exercem a mesma função específica e básica: limitam o poder do Estado sobre os indivíduos. Além da função, Stephen Gardbaum (2008, p. 750-751) agrega a estrutura (normas peremptórias) e a substância (o conjunto, e não necessariamente o conteúdo, de direitos previstos se aproxima) como semelhanças. O autor, por outro lado, sugere duas diferenças plenamente superáveis: as formas de concretização (*enforcement*) dos direitos e o aspecto da constitucionalização. As diferenças entre direitos humanos e direitos fundamentais perde força ao constatarmos que o controle de constitucionalidade não seria a única forma de proteger direitos nos sistemas constitucionais⁴⁰⁷ e que os tratados internacionais de direitos humanos podem adquirir status constitucional (GARDBAUM, 2008).

Se os sistemas de proteção são semelhantes, qual a razão da duplicidade? Gardbaum (2008, p. 764-766) explica que existe um acréscimo de papéis distintivos presentes na proteção internacional: 1) supre lacunas nas proteções internas de direitos fundamentais; 2) oferece aos não-nacionais garantias adicionais de proteção; 3) oferece critérios para escrutínio por parte de outros Estados acerca da forma como um país lida com sua população e 4) estabelece um novo conjunto de limites para a atuação do próprio Estado.

As semelhanças funcionais, de substância e estruturais e os papéis distintivos fazem parte dos elementos que nos permitem identificar um discurso constitucional no âmbito da CADH, mas isso não significa que impliquem em uma identificação entre os conteúdos dos direitos humanos previstos nos tratados internacionais e os direitos fundamentais previstos constitucionalmente, pelo contrário – as diferenças são a principal razão de sua estruturação

que não significa que sejam diferentes na essência pelo simples fato da positivação em documentos diversos, como defende Sarlet (2005, p. 37-39). Sustentaremos no final da seção 3.3.1 que os Direitos Humanos da CADH são objetivos políticos e direitos que limitam o poder político, e como tais, expressam interpretações específicas que interferem no modo pelo qual as comunidades políticas interpretam seus direitos políticos institucionalizados na forma de direitos fundamentais. Na interpretação de direitos políticos qualificados como fundamentais e humanos os países e as instituições internacionais sempre terão como guia o princípio *pro homine*, o que acarretará diferenças interpretativas. A obrigação das instituições internacionais e nacionais é analisar a tênue diferença entre um equívoco interpretativo e um descaso para com a função, estrutura e substância compartilhadas por ambos os conjuntos de direitos. Portanto, a justificativa da diferença de conteúdo está baseada em um teste interpretativo (DWORKIN, 2011, p. 335-337). A deferência é uma espécie de teste interpretativo realizado pela CtIDH. Por exemplo, um sistema processual penal de um país pode não ser o mais eficaz, no entanto, suas prescrições específicas apenas violarão direitos humanos quando a corte interamericana observar que o padrão nacional adotado esboçar um descaso para com a pessoa na interpretação de seu direito político em face do Estado. O último exemplo será mais aprofundado na seção 4.2.7.

⁴⁰⁷ O autor cita os países da *Commonwealth* que não possuem um controle judicial de constitucionalidade, tal como o exercido no Brasil. Ex.: Inglaterra e Austrália.

no plano transnacional (novos critérios de escrutínio relacionados à moralidade política). A duplicidade não é inútil.

Mas poderíamos argumentar que, enquanto direitos que desempenham a mesma função primordial, sua interpretação deveria ser convergente, formando, ao fim, um único ordenamento jurídico de direitos. Todavia, precisamos nos afastar dessa compreensão.

A caracterização da CADH dentro de um discurso constitucional tem um preço: a atração das disposições do Estado de Direito⁴⁰⁸. A principal consequência das disposições do Estado de Direito, que faz parte do constitucionalismo moderno⁴⁰⁹, sobre os órgãos da CADH é a pressuposição de que podem violar direitos humanos. Por mais paradoxal que a assertiva possa parecer de início (uma Comissão e uma Corte de direitos humanos que violam direitos humanos), não podemos esquecer que uma corte constitucional, igualmente submetida ao Estado de Direito, não está isenta de decidir de forma contrária aos direitos fundamentais (que pode ser, inclusive, objeto de fiscalização pela corte interamericana)⁴¹⁰.

Ou seja, se o Estado Democrático de Direito brasileiro está submetido ao controle dos preceitos determinados pela CADH, a recíproca é verdadeira⁴¹¹. O discurso constitucional da CADH não é defendido por mero capricho, mas como moldura analítica das relações políticas e jurídicas em desenvolvimento na prática do sistema interamericano, em contraposição, por exemplo, a outros modelos que pudessem ressaltar sua natureza administrativa ou de direito

⁴⁰⁸ Tendo em vista que a tradição teórica brasileira incorporou a tradução do termo oriunda do *Rechtsstaat* alemão (que, além de desenvolver uma teoria geral do Estado, estava fundamentada na identidade entre Direito e Estado), em detrimento da noção inglesa da *Rule of Law*, afirmar que a CADH deve se submeter ao Estado de Direito soa estranho, pois no âmbito supranacional inexistente a figura de um Estado nacional. Waldron (2011b, p. 323) sugere que a ideia de Estado de Direito (*Rule of Law*) independe de um Estado e de um soberano mundial, uma vez que o ideal deve ser adaptado às novas perspectivas do direito internacional, além de estimular uma via necessária para proteção dos indivíduos dos danos que o próprio direito internacional poderia causar - ainda que inexistente Estado no direito internacional, existem entidades de viés político agindo em nome do direito internacional.

⁴⁰⁹ A conceituação de constitucionalismo adotada por nós anteriormente, derivada de Walker (2002), afirma que o constitucionalismo seria um meta-discurso acerca das formas que uma comunidade política decide como decidir, e um dos aspectos do constitucionalismo como discurso é o critério constitutivo (defesa de um discurso constitucional). No âmbito daquele, podemos incluir a noção de limitação de poderes e Estado de Direito. Dessa forma, Estado de Direito e limitação do poder são características do constitucionalismo moderno.

⁴¹⁰ A afirmação parte do pressuposto de que as cortes não possuem o monopólio da última palavra acerca dos conteúdos dos direitos fundamentais e humanos. Ponto que será discutido adiante. Admitindo a possibilidade, mesmo que remota (em função da atual debilidade institucional), de os órgãos do SIDH violarem Direitos Humanos, cf. René Uruña (2013, p. 322-323). Caso a imagem seja considerada muito extrema, podemos sustentar que a CtIDH não é infalível e pode ter decidido de forma equivocada em casos específicos (DULITZKY, 2015, p. 77).

⁴¹¹ Do contrário, poderíamos sustentar uma superioridade da CADH, que estaria imune à fiscalização de sua produção normativa. A análise feita é interpretativa - os ordenamentos verificam se a interpretação dos direitos políticos de um dos sistemas foi apenas uma das possíveis leituras (possível equívoco interpretativo) ou se demonstra um descaso para com a pessoa.

internacional público⁴¹². E a moldura analítica do constitucionalismo atrai o ideal do Estado de Direito e da necessidade de limitação do poder (ROSENFELD, 2014, p. 198).

A concorrência dos discursos constitucionais deve ser discutida na linguagem do Estado (Democrático) de Direito em ambos os lados. Se a CtIDH fiscaliza os atos do Estado que violaram padrões presentes na CADH, que, por sua vez, estão intimamente relacionados aos limites do poder e ao Estado de Direito interno, a produção do sistema também deve ser analisada pelo Estado brasileiro sob o mesmo viés⁴¹³. O Pluralismo Constitucional, nas palavras de Torres Pérez (2009, p. 62-69), permite o estabelecimento de freios e contrapesos entre os níveis nacional e regional capazes de controlar os excessos de ambos.

Com efeito, se o Estado brasileiro deve revisar a concretização do constitucionalismo de alhures, não o faz tal qual um indivíduo defenderia sua liberdade em face do poder público, mas como uma entidade estruturada pelo direito e que já limita sua própria conduta por meio das regras jurídicas. Ou seja, as interações entre os ordenamentos constitucionais devem estar fundadas em noções de legalidade e não em seu repúdio⁴¹⁴.

A proposta apresentada não defende que os direitos humanos previstos na CADH abarcam os direitos fundamentais previstos na CF/88, como se aqueles formassem um único sistema de direitos, posicionado hierarquicamente acima das Constituições que ratificaram a convenção americana. Pensar em um constitucionalismo interamericano, ou seja, na regência dos direitos humanos numa perspectiva hierarquizada em cujo ápice encontra-se a CADH, significaria que a CtIDH teria de lidar com a interpretação de supostos padrões universais para todos os Estados partes, assim como pressuporia o reconhecimento da supremacia da CADH sobre as Constituições nacionais (URUEÑA, 2013, p. 314). Postura rejeitada pelo pluralismo constitucional.

Outro fator, ademais, milita em desfavor da identificação do conteúdo entre direitos humanos e direitos fundamentais: as justificativas dos ordenamentos para sustentar as divergências interpretativas. Da mesma forma que Stephan Grandbaum (2008), Gerald Neuman (2003, p. 1.863) ressalta que os dois sistemas (de direitos humanos e fundamentais) realizam a mesma função. Contudo, afirma que os sistemas sustentam as diferenças

⁴¹² A caracterização da CADH como algum dos modelos acima (administrativo ou direito internacional público) atrairia diferentes formas de relação com o direito constitucional brasileiro (supremacia/subordinação e monismo/dualismo).

⁴¹³ Em nenhum momento estamos sugerindo que o Brasil descumpra as decisões da CtIDH em casos de condenações, apenas que as interpretações feitas e as determinações da corte sejam interpretadas de acordo com o Estado de Direito (teste interpretativo) e não de maneira caprichosa, ancorada em argumentos políticos, como o da soberania.

⁴¹⁴ O argumento foi adaptado de Waldron (2006, p. 22).

interpretativas com base em justificativas compartilhadas: os aspectos consensual, suprapositivo e institucional⁴¹⁵.

Aspecto consensual: direitos humanos e direitos fundamentais extraem sua legitimidade de aspectos relacionados ao consentimento político que lhes originou, expresso na positivação textual do direito nos respectivos instrumentos base (tratados internacionais e Constituições, respectivamente). No caso dos direitos fundamentais, a decisão constituinte pode ser entendida como fruto de um consenso político soberano acerca dos direitos da comunidade política. Já os Direitos Humanos, previstos em tratados internacionais, extraem sua legitimidade do consenso dos Estados no momento das discussões e ratificações das normativas internacionais (NEUMAN, 2003, p. 1.866-1.867)⁴¹⁶.

Aspecto suprapositivo: está relacionado à existência de princípios jurídicos e direitos que independem ou ultrapassam a positivação (aspectos consensuais). Podem se apresentar como justificativas mais abrangentes, como a dignidade da pessoa humana (tratados internacionais) ou valores constitucionais específicos de uma comunidade política, que influenciam no conteúdo do direito (NEUMAN, 2003, p. 1.868).

Aspecto institucional: são as regras que determinam o desenho institucional do sistema, com vistas a facilitar a concretização dos direitos e a fiscalização pelos órgãos competentes. As diferentes realidades institucionais podem interferir na estruturação e posterior interpretação dos direitos (NEUMAN, 2003, p. 1.869).

As interpretações dos direitos fundamentais e humanos não necessariamente convergem quando os três aspectos apontam para diferentes direções. A similaridade textual não é suficiente para uma interpretação convergente quando os sistemas discordam do conteúdo do direito no plano suprapositivo (quando carrega diferentes justificativas normativas) ou quando as proposições institucionais particulares influenciam na feição do direito. As diferenças interpretativas nestes pontos específicos podem ocorrer de boa-fé (quando ambos os sistemas visam proteger de forma comprometida o mesmo direito reconhecido no aspecto consensual) e a defesa do pluralismo constitucional sustenta que

⁴¹⁵ Os aspectos dos direitos fundamentais e humanos, baseados em Neumann (2003), que serão expostos mais abaixo exprimem a forma com que as instituições nacionais e internacionais, partindo de pontos epistemológicos distintos, justificam a interpretação de seus respectivos documentos legais, a fim de realizar o teste interpretativo para aferir um erro ou descaso para com a proteção da pessoa em face do poder público.

⁴¹⁶ O aspecto consensual, de acordo com a exposição feita, pode exibir uma característica paradoxal: um mesmo ente (Estado) expressou manifestações de vontade contraditórias no plano interno e internacional. Os aspectos analisados, para rememorar, são utilizados para demonstrar a divergência de conteúdo entre direitos humanos e fundamentais e as justificativas utilizadas pelos diferentes níveis para reforçar suas interpretações. As divergências analisadas no aspecto consensual ocorrem, especialmente, quando os Estados argumentam que as instituições internacionais desenvolveram interpretações posteriores que, caso tivessem conhecimento anteriormente, não teriam ratificado o tratado.

nenhum dos pontos focais (ou epistemológicos) de discurso constitucional poderia ser considerado como aquele que carrega a palavra definitiva acerca do conteúdo do direito.

A forma com que a construção argumentativa tem sido feita até o presente momento pode transparecer ao leitor que iremos adentrar em sensível ponto da filosofia dos direitos humanos: são direitos que veiculam padrões morais universais ou são dependentes de fatores culturais? No momento, podemos evitar adentrar nesta discussão porque não precisamos desenvolver uma teoria única abrangente dos direitos humanos⁴¹⁷.

Apesar de o conceito de Direitos Humanos ser compartilhado e utilizado nos mais variados tipos de discursos⁴¹⁸, não necessariamente significa dizer que compartilham da mesma concepção. George Letsas (2009, p. 21-23), por exemplo, apresenta três concepções de Direitos Humanos no plano internacional: 1) direitos que determinam as condições de legitimidade internacional dos Estados, como padrões indicativos dos limites de tolerância dos demais países para com certas práticas estatais; 2) direitos humanos como pretensões jurídicas que tornam ilegítima a utilização da coerção estatal para limitar os referidos direitos; e 3) direitos humanos como objetivos políticos (*political goals*), que não ensejam pretensões jurídicas como as delineadas acima.

Acerca da necessidade de desenvolvermos uma concepção de direitos humanos consentânea com o contexto analisado, e para demonstrar como o conteúdo de direitos humanos particulares é afetado pela interpretação dos aspectos consensuais, suprapositivos e institucionais, podemos dar o exemplo da interpretação do art. 8.2, h (direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior), da CADH feito pela CtIDH.

No caso Mohamed (2012)⁴¹⁹, o Estado requerido sustentou que o direito à recorrer da sentença penal condenatória estava mitigado nas hipóteses em que os indivíduos tenham sido condenados em segundo grau em decorrência de recurso da acusação fundamentado na absolvição do réu na primeira instância. Como base jurídica para a referida interpretação, a Argentina utilizou fonte normativa corriqueiramente utilizada pela CtIDH em seus

⁴¹⁷ O questionamento acerca da dicotomia universalismo e relativismo não será aprofundado aqui. Nem mesmo a discussão acerca do fundamento dos Direitos Humanos, que, enquanto tarefa holística, parece ser de pouca importância para Bobbio (1992, p. 24). O autor não considera que os direitos humanos não tenham fundamento ou que fundamentos não possam ser construídos em casos específicos, o que Bobbio sugere é que se evite perquirir o fundamento unificador de todos os direitos humanos. A ressalva é feita para evitar críticas apressadas ao italiano.

⁴¹⁸ Discursos que reivindicam ações internacionais para a intervenção em países ou reivindicações de direitos bastante contextuais e específicos, como de povos indígenas e tradicionais.

⁴¹⁹ Caso Mohamed Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012 Serie C No. 255.

juízos⁴²⁰, a CEDH e seus Protocolos⁴²¹. Na ocasião, mais especificamente, o Estado utilizou o art. 2.2 do Protocolo nº 07 à CEDH⁴²².

A CtIDH afirmou que a norma do art. 8.2, h estabelecia garantias judiciais mínimas contra a defesa de decisões judiciais arbitrárias e, como a condenação criminal manifesta o poder punitivo do Estado, o indivíduo não poderia ficar sem recursos judiciais, independentemente das circunstâncias. Dessa forma, caso a exceção sustentada acima pela Argentina fosse acolhida, os réus não poderiam recorrer de sentença caracterizada como condenatória, contrariando o estabelecido no artigo da CADH. Em seguida, defendeu a natureza de garantia individual e não de mero conselho aos Estados acerca da estruturação de seus sistemas processuais de impugnações de decisões judiciais⁴²³.

Por fim, a corte afirmou que não concordava com a interpretação argentina sobre uma possível exceção ao artigo 8.2, h com base no Protocolo europeu, uma vez que a CADH não a previu expressamente como o fizera a CEDH⁴²⁴. Importante frisar que, anteriormente, no caso Barreto Leiva (2009)⁴²⁵, a CtIDH citou a Observação Geral nº 32, do Comitê de Direitos Humanos para sustentar a impossibilidade de outra exceção ao duplo grau prevista, igualmente, no Protocolo europeu, qual seja, no caso de condenações em primeira e última instância pelo tribunal máximo do Poder Judiciário local. O direito de recorrer de sentenças criminais condenatórias não é o mesmo nos sistemas regionais de proteção de direitos humanos e nos casos Herrera Ulloa, Barreto Leiva e Mohamed a CtIDH omitiu o precedente da CtEDH no caso *Krombach v. França* (2001), que interpretou a garantia europeia de maneira diametralmente oposta à americana⁴²⁶.

De que forma poderíamos sustentar a divergência interpretativa dentro de uma categoria de direitos que se afirma universal?⁴²⁷ O direito de recorrer depende do continente em que o indivíduo se encontra? São os americanos mais humanos que os europeus?

⁴²⁰ Cf. a pesquisa de Burgorgue-Larsen e Cespedes (2013) na nota 277, *supra*.

⁴²¹ Caso Mohamed Vs. Argentina, § 68.

⁴²² *Este direito* (o artigo refere-se ao duplo grau de jurisdição) *pode ser objeto de exceções em relação a infrações menores, definidas nos termos da lei, ou quando o interessado tenha sido julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição ou declarado culpado e condenado no seguimento de recurso contra a sua absolvição.*

⁴²³ Mohamed Vs. Argentina, § 92.

⁴²⁴ *Idem*, § 94.

⁴²⁵ Barreto Leiva vs. Venezuela, § 86.

⁴²⁶ A CtEDH considerou que os Estados dispunham de ampla margem de apreciação para decidir sobre o exercício do direito previsto no artigo 2º protocolo 07, que, além disso, poderia restringir-se a questões de direito, desde que a restrição não impeça o gozo do direito ao acesso à justiça. *Krombach v. França*, 13/05/2001, Terceira Seção, § 96.

⁴²⁷ Claro que a questão pode ser reconstruída de acordo com o alcance que atribuímos à noção de universalidade. Jack Donnelly (1998) fala em um consenso político acerca dos direitos humanos, desacompanhado de um consenso filosófico. A ausência de consenso filosófico não pode, contudo, afastar a relatividade cultural dos

Ao invés de salientar o aspecto universal dos direitos humanos de forma unitária, podemos mudar o foco para uma abordagem mais modesta dos direitos humanos em âmbito regional, porquanto as convenções europeia e americana, apesar de ambas prescreverem direitos humanos, carregam conteúdos diferentes sensíveis aos contextos políticos, jurídicos e sociais das regiões de abrangência⁴²⁸.

Uma suposta fundamentação universal suprapositiva do duplo grau poderia ser sustentada, como intencionou fazer a Argentina no caso Mohamed (2012) e a Venezuela no caso Barreto Leiva (2009), para acrescentar exceções não previstas textualmente na CADH. Todavia, a CtIDH optou por ressaltar o aspecto interpretativo consensual para justificar que a omissão da CADH sobre as exceções significaria a proteção irrestrita da garantia, independente, ademais, das consequências para o conteúdo do direito dos aspectos institucionais presentes na estruturação judiciária interna⁴²⁹.

Analisar os direitos humanos previstos na CADH e os direitos fundamentais, portanto, não significa perquirir a questão filosófica mais profunda acerca do universalismo ou do relativismo, mas implica em estabelecer a forma como os referidos direitos podem ser interpretados no específico contexto regional americano. Se o conteúdo da CADH, da CEDH e das Constituições não é o mesmo, deve ser porque suas práticas interpretativas variam, tanto de acordo com fatores internos aos textos bases (texto, trabalhos preparatórios e debates constituintes; pressupostos normativos suprapositivos e especificidades institucionais), quanto

direitos humanos, porquanto instituições e valores variam no tempo e espaço. Em contraposição aos polos opostos do *continuum* (universalismo e relativismo radicais), o autor sugere um relativismo fraco, em que direitos humanos são garantidos, mas sujeitos a modificações culturais secundárias (DONNELLY, 1998, p. 33). Donnelly (2007, p. 282) defende o que denomina de relativa universalidade (*relative universality*) dos Direitos Humanos. A universalidade defensável dos direitos humanos está no alcance e compartilhamento do seu conceito, por conta da ampla aceitação e ratificação dos inúmeros tratados internacionais de direitos humanos. No entanto, os direitos humanos podem ser garantidos a partir de várias fundamentações por meio de um consenso sobreposto (*overlapping consensus*) rawlsiano garantidor da compatibilidade das diversas concepções de direitos humanos sensíveis às especificidades culturais, políticas e sociais dos países.

⁴²⁸ O argumento também vale para o nível global, que apresenta conteúdos divergentes daqueles previstos na CEDH, como demonstra Phuong (2007, p. 393) em caso sobre a possibilidade de defesa própria em juízo. A CtEDH afirmou que o direito de realizar a própria defesa em juízo previsto pela CEDH poderia ser limitado como medida de interesse da justiça, de acordo com a margem de apreciação dos Estados (Correia de Matos v Portugal, nº 48188/99, 3ª Seção, 15/11/2001). Por outro lado, o CDH, analisando o mesmo caso, afirmou que o direito à defesa própria previsto pelo PIDCP não pode ser afastado nos casos de simplicidade da demanda e quando o acusado é advogado (Correia de Matos v Portugal, nº 1123/2002, UN Doc CCPR/C/86/D/1123/2002/Rev.1, 2006).

⁴²⁹ Para facilitar a compreensão, podemos citar, por ora brevemente, o exemplo brasileiro. Os ministros, na AP 470, divergiram acerca, inicialmente, da existência e, posteriormente, acerca do conteúdo do direito fundamental ao duplo grau de jurisdição no direito constitucional brasileiro por conta de um aspecto institucional: a previsão de foro privilegiado para parlamentares no STF e a ausência, no âmbito das competências recursais do tribunal, de recurso em face de sentença condenatória foram fatores determinantes para a construção do conteúdo do direito no caso.

a aspectos externos a eles (condições políticas, sociais e jurídicas dos continentes e dos países)⁴³⁰.

De mais a mais, a posição da CtIDH não lhe outorga qualquer vantagem epistemológica ou de acesso a argumentos jurídicos que não estejam, também, acessíveis às cortes nacionais que interpretam a Constituição e os direitos da CADH, ou seja, invariavelmente, os mesmo direitos da CADH poderão carregar conteúdos diferentes de acordo com a jurisdição que lhes atribua sentido e nenhuma delas poderá arrogar para si a reivindicação de ter oferecido a melhor resposta, tão somente, em razão de sua posição institucional. A partir dos três aspectos indicados acima, parece frágil a ideia de lidar com a interpretação dos direitos humanos previstos em tratados internacionais como uma questão de tudo-ou-nada, como se a aplicação da norma internacional pelos diversos juízes (legitimados para interpretá-los pela subsidiariedade) mobilizasse o mesmo conteúdo e produzisse resultados homogêneos ou uniformes onde quer que fosse aplicado, ao longo de culturas e tradições constitucionais diversas (BAHDI, 2002a, p. 258). Portanto, uma leitura plural da Constituição brasileira não poderia ignorar o ponto.

Os juízes nacionais não podem sair do seu contexto cultural para interpretar a CADH de maneira, supostamente, abstrata e nem os juízes da CtIDH julgam o conteúdo dos direitos convencionais fora de suas perspectivas culturais ou com base em um conhecimento supremo disponível apenas a eles (direito natural). Os direitos convencionais não estão situados fora de uma comunidade de intérpretes, e muitos deles, por exemplo, por escolha da CtIDH foram moldados tendo como modelo interpretações anteriormente formuladas pelos sistemas da ONU e Europeu⁴³¹.

O conteúdo dos direitos fundamentais e direitos humanos apenas poderiam convergir caso, suprimidas as diferenças entre os três aspectos, pudéssemos sustentar que o texto da CADH carregasse em si mesmo o conteúdo dos direitos, independentemente, de quaisquer circunstâncias sociais, culturais e políticas. Não estamos afirmando que não deva haver

⁴³⁰ O que significa dizer, ademais, que uma teoria interpretativa desenvolvida para explicar a CEDH não pode ser totalmente transplantada para o contexto da CADH. A conclusão mira na contribuição teórica de George Letsas (2009) à CEDH. Para o autor, os direitos humanos previstos na CEDH se aproximam das pretensões jurídicas constantes das Constituições, após analisar a prática jurisprudencial da CtEDH. Para o autor, os direitos constantes da CEDH devem ser compreendidos como trunfos cujo conteúdo deve ser analisado de acordo com a melhor interpretação acerca da moralidade política europeia guiada por princípios liberais igualitários. Em suma, o autor adapta a teoria de Dworkin desenvolvida no contexto do direito constitucional norte americano e a transporta para a CEDH. Com foco na integridade e direitos como trunfos, não é difícil entender porque Letsas se posiciona contrariamente à margem de apreciação e a busca do consenso regional como ferramentas interpretativas da corte de Estrasburgo. Tendo em vista o objeto do trabalho, não podemos afirmar que sua teoria descreva de forma problemática a prática interpretativa da CEDH, mas podemos afastar a pretensão da teoria de reger todos os sistemas de proteção regionais de direitos humanos.

⁴³¹ Seu conteúdo, portanto, não surgiu “do nada”.

formas de harmonização dos conteúdos (princípio caro ao pluralismo constitucional), mas estamos nos afastando de uma perspectiva de uniformização da interpretação dos conteúdos dos diferentes níveis de proteção de direitos.

Dessa forma, temos a seguinte situação: o Estado de direito atraído por ambos os discursos constitucionais exige que seja feita fiscalização dos atos políticos com base na interação de padrões (direitos humanos e fundamentais) que não convergem entre si e a divergência é, justamente, necessária para que se possa realizar uma fiscalização com base no princípio *pro homine* (desenvolvimentos de padrões diversos para o escrutínio da produção normativa dos ordenamentos constitucionais). Todavia, o conteúdo dos padrões não é construído de maneira uniforme (uma teoria interpretativa dos direitos fundamentais não se confunde com uma teoria dos direitos humanos previstos na CADH) e formas de interação plurais precisam ser desenvolvidas para harmonizar direitos que desempenham a mesma função (limitação do poder público em face das pessoas).

A prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II da CF/88) e a cláusula de abertura dos direitos fundamentais aos direitos previstos em tratados (art. 5º, §2º da CF/88) dificilmente poderia significar a convergência (uniformização) de conteúdos de direitos humanos e direitos fundamentais, por duas razões conexas entre si: a) a primeira, exposta acima, por conta das diferenças interpretativas entre direitos humanos convencionais e direitos fundamentais, justificadas de acordo com três aspectos característicos (consensual, suprapositivo e institucional), e cuja diferença de conteúdo justifica a duplicidade de níveis (a interação visa a construção de normas mais favoráveis à pessoa) e b) porque o sistema interamericano não poderia suprimir o pluralismo político inerente às democracias que o compõem⁴³².

3.1.3. Direitos humanos, pluralismo político e democracia.

⁴³² Apesar de conexas, as respostas poderiam ser diferentes. Poderíamos argumentar que, a despeito das possíveis diferenças teóricas e interpretativas, direitos humanos e fundamentais deveriam convergir em seus conteúdos. A ideia de convergência segue os passos de Vicki Jackson (2010, p. 38). A convergência pode ser caracterizada como uma postura interpretativa que trabalha para conformar a interpretação constitucional ao consenso do direito internacional ou transnacional (JACKSON, 2010, p. 42). Jackson (2010, p. 66-68) afasta a postura da convergência por inúmeras razões: 1) poucas áreas no âmbito dos direitos humanos alcançaram o status de consenso transnacional e as demais são bastante contestadas em suas aplicações; 2) mesmo em áreas mais permeáveis e suscetíveis à convergência (a autora dedica maior atenção ao Conselho da Europa e à União Europeia), as interpretações convergentes são sempre parciais, pois mesmo posturas de convergência podem gerar interpretações diferenciadas do mesmo direito (a autora cita o desenvolvimento da margem de apreciação e da proporcionalidade na Europa) e 3) a natureza dinâmica da interpretação e das mudanças formais das Constituições e do direito internacional pode indicar que a convergência não seja saudável.

O pluralismo no âmbito da CADH difere em suas características daquele observado no plano da Constituição nacional. A subsidiariedade (substancial e procedimental) que perfaz a essência do sistema interamericano, portanto, deve ser interpretada de acordo com um aspecto da leitura plural no âmbito interno – o pluralismo político.

A Constituição de 1988, além de prever um Estado de Direito comprometido com posições substantivas, prescreve como princípio fundamental da República o pluralismo político (art. 1, V e Preâmbulo da CF/88), princípio que influencia a interpretação dos direitos fundamentais e da democracia, valores que coabitam na mesma moldura constitucional.

O pluralismo político previsto na Constituição se afigura como o reconhecimento de que vivemos em uma sociedade plural, conflitiva e de interesses antagônicos⁴³³. Pluralidade de interesses antagônicos que, entretanto, precisam ser reconciliados dentro de nossa comunidade política, especialmente, pela via democrática, pela garantia dos direitos fundamentais e sua interação com padrões de direitos humanos internacionais.

Todavia, são inúmeras as concepções de democracia desenvolvidas pelos teóricos do direito, da filosofia e da ciência política e buscar uma concepção adequada para o direito constitucional brasileiro seria trabalho suficiente para uma nova tese. Entretanto, podemos manejar uma conceituação funcional de democracia que nos permitirá continuar tratando sobre o tema com certa generalidade.

O ideal democrático prescreve o autogoverno do povo, ou seja, os próprios indivíduos que compõem a comunidade política governam a si mesmos e legitimam o exercício do poder, geralmente, de forma indireta por meio de representantes eleitos na busca do bem estar coletivo⁴³⁴. O peso da regra de maioria (agregação x deliberação), a melhor forma de se estruturar um sistema eleitoral e a relação entre democracia direta e indireta são pontos que exigem o aprofundamento que no momento preferimos evitar. Não obstante a cautela para com essas posições mais substantivas, o ideal de autogoverno enseja a busca de posições

⁴³³ A conceituação acima está inspirada em José Afonso da Silva (2006, p. 143), mas preferimos substituir a palavra “opção” por “reconhecimento”, pois, ainda que a locução “pluralismo político” estivesse ausente no texto constitucional (e excluindo a hipótese de uma Constituição que tentasse impor uma compreensão monolítica do bem), dificilmente os interesses políticos individuais e coletivos seriam idênticos. A construção de Silva (2006) foi seguida por Cunha Jr. (2010, p. 530) e Moraes (2005, p. 17). Celso Ribeiro Bastos (1990, p. 148) considera o pluralismo da organização social como uma imposição democrática, que viabiliza a oposição e o controle do Estado ao distinguir os interesses sociais do interesse Estatal.

⁴³⁴ John Ely (2010, p. 7-10), Arend Lijphart (2008, p. 17), Cass Sunstein (2001, p. 06), Burdeau (1975, p. 24) e Ronald Dworkin (1990, p. 325), por exemplo, concordam que o conceito de democracia envolve o autogoverno para a concretização de interesses, mas divergem quanto aos componentes, características e funções que satisfazem um modelo ideal de autogoverno.

individuais ou coletivas acerca do bem⁴³⁵. Autogovernar-se não é tarefa neutra, porquanto existem diversas concepções do bem que circulam na comunidade política e cada uma delas comunga de posições particulares acerca do governo ideal e dos valores que deve defender. Em um Estado constitucional democrático, os diversos partidos políticos e suas diferentes matizes ideológicas demonstram como as concepções do bem disputam espaço pelas vias democráticas (art. 17 da CF/88).

De acordo com Maués (1999, p. 46-52), as Constituições do pós segunda-guerra (que se afastam do modelo de liberdade negativa do liberalismo clássico), além da limitação e estruturação do poder estatal, são responsáveis por estruturar as disputas acerca da distribuição dos bens e recursos sociais entre os diversos grupos sociais. As normas constitucionais dispõem, não apenas, de regras procedimentais, mas de normas substanciais de distribuição desses bens através do Estado, determinando aqueles encobertos pela rigidez constitucional e aqueles bens que poderiam ser objeto de conflito político regular.

No entanto, o pluralismo político parece andar na direção contrária ao constitucionalismo, porquanto a constitucionalização de algumas matérias (especialmente os direitos fundamentais) e o controle de constitucionalidade das leis acarretam a supressão pontual de deliberações democráticas (HOLMES, 1993, p. 195-198). A tensão assume ares dramáticos quando voltamos os olhos ao texto constitucional e constatamos que suas normas permitem diferentes e defensáveis interpretações, compatíveis com distintos pontos de vista acerca do bem⁴³⁶, ao passo que a dificuldade política de alterar formalmente a Constituição e a declaração de invalidade das leis por parte de cortes constitucionais compostas de juízes não eleitos levantam suspeitas quanto à sua legitimidade democrática.

Delimitar o “povo”⁴³⁷ brasileiro regido pela Constituição e capaz de autogovernar-se é de difícil apreensão conceitual. A resposta simplória de que a referência é feita aos nacionais ignora a menção ao pluralismo político e suas consequências para a interpretação

⁴³⁵ Como afirma Maués (1999, p. 16), a reivindicação de bens e valores escassos da sociedade por parte de diferentes grupos sociais enseja conflitos necessários para a caracterização de uma sociedade como pluralista. São conflitos, além de inevitáveis, necessários.

⁴³⁶ Não existe na Constituição uma formulação textual que rejeite ou confirme a possibilidade de casais homoafetivos serem considerados como entidades familiares. A interpretação da Constituição dependerá, portanto, da forma com que os intérpretes reconstruam suas normas de acordo com a teoria do direito e da justiça (do bem) que consideram as melhores para explicá-la. O Ministro Ayres Britto, relator da ADPF 132/RJ, considerou que a referência a “homem e mulher” no artigo 226, § 3º da CF/88 reafirmava a paridade de gênero na construção da família, impedindo quaisquer espécies de subordinação e hierarquia entre o casal. O direito à igualdade e a intimidade na escolha de parceiros sexuais, presentes nos arts. 1º, IV e 5º, levaram-no a concluir que os casais homossexuais poderiam contrair união estável. Por outro lado, um opositor poderia sustentar que a referência a “homem e mulher” seria uma explícita limitação das unidades familiares às uniões heterossexuais e, por essa razão, a vontade do constituinte de excluir a união estável de casais homossexuais deveria ser mantida.

⁴³⁷ Primordialmente, Preâmbulo e Parágrafo único do art. 1º da CF/88.

constitucional. Índios, negros, mulheres, quilombolas, crianças, idosos, trabalhadores, empresários, homossexuais, religiosos, portadores de necessidades especiais não comungam dos mesmos interesses políticos e da interpretação acerca das normas constitucionais.

A diversidade de interesses políticos dos diversos grupos e indivíduos citados acima e a necessidade de construção de um possível sujeito constitucional foram objeto das indagações de Michel Rosenfeld (2003). Se a Constituição é de um povo que consentiu em construir uma identidade própria diversa da pré-constitucional (ou pré-política), como caracterizá-lo em face do pluralismo? Para Rosenfeld (2003, p. 20-23), a construção de uma identidade constitucional sempre será parcial (tem de haver o outro para que o indivíduo construa sua identidade), inacabável (nunca será completa, com a estipulação de uma única identidade constitucional), dependente das tradições políticas e culturais pré-constitucionais e dos limites impostos pelo constitucionalismo à empreitada.

Apesar de afastar inicialmente as tradições pré-constitucionais (étnicas, culturais, religiosas etc.), a reconstrução da identidade constitucional subsequente é delas parasitária, e necessita reinseri-las na moldura política constitucional sob o filtro do constitucionalismo⁴³⁸ e da necessidade de levar em consideração o plural, no nosso caso, do pluralismo político⁴³⁹. Como construto permanentemente incompleto (em função de sua situação temporal), o intérprete da identidade constitucional, após rejeitar as identidades pré-constitucionais, deve realocá-las no discurso constitucional por meio de processos interpretativos sincrônicos e diacrônicos de busca de analogias (metáfora) e de diferenças (metonímia) para ajustar a identidade às limitações impostas pela tradição e pelo constitucionalismo (ROSENFELD, 2003, p. 49-84)⁴⁴⁰.

⁴³⁸ Nem todas as concepções do bem são acolhidas pela leitura plural da Constituição. O pluralismo político acolhido pela Constituição é uma concepção do bem que, manejando o diferente, pode abarcar as demais (diferentes posturas étnicas, religiosas, políticas etc.), mas não necessariamente é neutra, pois não acolhe aquelas que neguem o pluralismo ou que visem extinguir outras concepções (ROSENFELD, 2008, p. 427-429). A manifestação de ideias discriminatórias em relação a um grupo racial ou étnico, que neguem aspectos culturais e tradicionais importantes a ele ou que propaguem juízos de valor pejorativos em relação ao grupo não são acolhidas pelo nosso constitucionalismo (HC 82.424/RS). Ou seja, ideais raciais discriminatórios não poderão refletir-se em discursos partidários ou em manifestações individuais de ideários políticos.

⁴³⁹ O caráter de ativação política que circundou o processo constituinte brasileiro, cuja principal marca foi a heterogeneidade das disputas políticas de diferentes setores da sociedade, transferiu-se para as normas constitucionais que, mesmo em face de sua superioridade normativa, não logrou institucionalizar, no momento fundacional, toda a complexidade das reivindicações políticas e sociais expostas na constituinte. As constantes alterações constitucionais e o inacabado processo de complementação da Constituição são indícios de que ainda não há uma fixação do sentido das normas constitucionais (MAUÉS, 1999, p. 22-23 e 96). Situação que se tornou mais complexa com a inserção da judicialização da política, com a tentativa de partidos políticos de obter vitórias políticas no Judiciário (MAUÉS, 2008, p. 7.566).

⁴⁴⁰ Para seguir no exemplo de notas anteriores, a questão central no caso Ellwanger (HC 82.424/RS) era a caracterização dos judeus como raça para fins de aplicação (ou não) da norma constitucional que considera imprescritíveis crimes raciais (art.5º, XLII). Podemos reformular a questão sob a ótica da construção da identidade do sujeito constitucional da seguinte forma: são os Judeus caracterizados como raça (sua identidade

O pluralismo político constitucional, como ponte capaz de reintroduzir as diversas compreensões do bem defendidas pelas várias identidades políticas, demanda o respeito aos diversos planos e projetos de vida existentes na comunidade política e o Estado não pode incentivar nenhum deles especificamente (FERNANDES, 2010, p. 218). O processo democrático e a proteção de direitos fundamentais e humanos funcionam como os principais legitimadores das decisões políticas, que devem levar em consideração as diferentes posições políticas dos grupos e indivíduos⁴⁴¹.

Portanto, em razão do pluralismo político, o procedimento democrático (garantia da liberdade e igual participação no poder), tanto em sua feição representativa, mas especialmente em sua versão participativa, surge como necessária via institucional para o debate acerca das possibilidades de consensos acerca do conteúdo dos princípios constitucionais (MAUÉS, 1999, 93-120).

A vinculação entre processo democrático e pluralismo político ficou evidenciada no julgamento da ADI 1.351/DF, que discutia a constitucionalidade da cláusula de barreira estabelecida por diversos artigos da lei 9.096/95 em sua redação originária. O relator do caso, Ministro Marco Aurélio, considerou desproporcionais as regras estabelecidas pela lei eleitoral para o funcionamento parlamentar, que limitavam o acesso ao fundo partidário e ao tempo de propaganda gratuita. A desproporcionalidade foi aferida de acordo com o pluralismo político, que resguardaria a existência da multiplicidade política, além de garantir a indistinção constitucional entre partidos de acordo com seu tamanho. A proteção de partidos menores significaria, igualmente, a proteção constitucional das minorias (art. 58, § 1º da CF/88), que possuem o direito de se organizar politicamente.

O ministro Gilmar Mendes aprofundou a vinculação ao reforçar a importância dos partidos políticos, intermediários entre o povo e o Estado, na formação da vontade política que conforma as decisões do Estado. Ademais, sustentou que a derrota política da minoria apenas se justificaria em uma democracia, caso se possibilitassem meios para que aquela se tornasse uma maioria eventualmente (igualdade de chances), defender o contrário seria apoiar uma ditadura de partidos majoritários chancelada e favorecida pelo Estado.

constitucional) para fins de sujeição ao regime constitucional da imprescritibilidade punitiva? Moreira Alves, em interpretação analógica, os caracterizou como uma religião, portanto, não seriam os judeus uma raça no sentido da Constituição. Maurício Corrêa, por sua vez, considerou que a norma constitucional não estava demandando a criminalização apenas da discriminação racial, dentro de um aspecto biológico (não existem raças do ponto de vista genético), mas a criminalização de um construto político-social que objetivava inferiorizar indivíduos ou grupos em razão de suas origens e tradições culturais. Dessa forma, os judeus foram considerados como raça não no sentido biológico do termo, mas como grupo étnico que sofreu e sofre discriminações em função de sua cultura.

⁴⁴¹ Mesmo teorias da democracia que focalizam o aspecto procedimental, como a de John Ely e Cass Sunstein reservam espaço para a proteção de direitos fundamentais, que se sobrepõem às decisões majoritárias.

Os direitos fundamentais e humanos são indispensáveis, além do procedimento democrático, para a construção das identidades constitucionais. As liberdades de expressão, religião e os direitos políticos formam conjunto imprescindível para o florescimento e para a acomodação das diversas concepções do bem dentro de uma comunidade política. Mas, é o princípio da igualdade que desempenha o papel mais importante, porquanto será o argumento constante (ainda que de forma subjacente) nas interpretações que mediarão os elementos da analogia e da diferença para definição dos conteúdos dos direitos fundamentais⁴⁴².

São direitos que confirmam a parcialidade da identidade constitucional, uma vez que se apresentam como prescrições que reconhecem a legitimidade da construção de diferentes posições políticas – se a liberdade de expressão, religião e o pluripartidarismo são garantidos, é porque em contraposição a um eu (*self*), sempre existirá um outro. E, enquanto houver pluralismo político, a tensão entre o eu e o outro será incontornável.

A diferença entre as concepções acerca do bem, típicas do pluralismo político, suas disputas na arena democrática interna e suas relações com os direitos fundamentais e humanos não se extinguem com o advento do constitucionalismo além do Estado. A postura de um constitucionalismo americano uniformizador afastaria necessário e indispensável desenvolvimento democrático dos direitos fundamentais e humanos no plano constitucional, por estarem ligados ao desenvolvimento das identidades de pessoas e grupos no âmbito do constitucionalismo brasileiro⁴⁴³. O pluralismo constitucional, entretanto, acresce à equação legítimos padrões de direitos humanos que interferem no constitucionalismo estatal e nas divergências políticas que encontramos no seio da leitura plural brasileira. Para falar em uma linguagem mais clara, a interpretação que a CtIDH faz da CADH não é a panaceia para resolvermos as diferentes interpretações acerca do bem no constitucionalismo brasileiro, mas

⁴⁴² Como o citado caso dos homossexuais em face de nosso constitucionalismo (as diferenças em suas relações são suficientes para privar-lhes de direitos previstos para casais heterossexuais?), da abrangência da previsão de imprescritibilidade dos crimes de racismo (quais os tipos de discursos racistas podem ser inseridos, por analogia, como banidos pelo constitucionalismo brasileiro por promoverem ideias discriminatórias ou quais grupos ou indivíduos podem preencher o critério de raça ou etnia para a categorização do tipo penal?) ou dos direitos dos estágios pré-natais da gravidez para o direito constitucional (o embrião e o feto possuem o mesmo grau de proteção outorgado pelo direito Constitucional às pessoas que nasceram com vida?).

⁴⁴³ A construção dos argumentos, até o momento, poderia dar a impressão que estamos reprisando, agora em plano regional, o problema da dificuldade contramajoritária no âmbito da jurisdição constitucional nacional. No entanto, sensíveis diferenças podem ser acrescentadas à questão: 1) não estamos, apenas, tratando da relação Poder Judiciário/Legislativo, mas de diferentes estruturas constitucionais; 2) a fiscalização da produção normativa dos ordenamentos não se limita a leis ordinárias, mas alcança as próprias normas constitucionais; 3) a referida fiscalização é levada a cabo por órgão de diferente ordenamento constitucional, que não está situado hierarquicamente superior a nenhuma instituição nacional; e 4) a ausência de um órgão com feições parlamentares no âmbito da CtIDH, onde os indivíduos pudessem deliberar acerca da produção constitucional regional. Os questionamentos da nota tornam-se mais aparentes no caso *Gelman v Uruguai* (2011, § 239).

densifica e problematiza as construções da identidade constitucional brasileira ao fornecer padrões de escrutínio aos debates democráticos.

A discussão acima nos permite defender normativamente a subsidiariedade do SIDH. Os aspectos procedimentais e substantivos se fazem presentes para favorecer o desenvolvimento interpretativo e institucional específico, mas interrelacionado, do conteúdo dos direitos humanos previstos na CADH e das suas relações com os direitos fundamentais. E, mais, importante, o aspecto substancial da subsidiariedade, implica na deferência nacional acerca do desenvolvimento do conteúdo dos direitos humanos presentes nos tratados internacionais e nos direitos fundamentais por conta de sua íntima relação com o pluralismo político⁴⁴⁴.

As instituições nacionais desenvolveram, em cada país que ratificou a CADH, diferentes interpretações acerca dos aspectos consensuais, suprapositivos e institucionais dos direitos que perfazem os dois níveis de proteção (interno e regional). A correlação entre subsidiariedade do SIDH (atuação que não substitui o plano interno e deve deferência à interpretação nacional) e o pluralismo político constitucional (desenvolvimento das interpretações nacionais acerca dos direitos fundamentais e relevância da divergência interpretativa constitucional) pode ser realçada na formulação da aplicação do princípio *pro homine*.

Além de ser formulação que acolhe o pluralismo ao prever a possibilidade de diferentes e válidas interpretações entre os aspectos consensuais, suprapositivos e institucionais dos direitos humanos e dos direitos fundamentais (aspectos que dependem das produções democráticas de um país), o princípio *pro homine*, como produto da interpretação dos três aspectos dos direitos humanos e fundamentadas em um contexto da leitura plural, apenas faz sentido se contraposta a uma interpretação dos mesmos aspectos, mas de solução, supostamente, menos favorável. Portanto, apenas podemos falar de normas mais favoráveis, caso duas interpretações distintas tenham sido desenvolvidas baseadas em aspectos diferentes (consensual, suprapositiva ou institucional).

⁴⁴⁴ Aída Torres Pérez (2009, p. 83-86), defensora do pluralismo constitucional na relação Estados/União Europeia, elenca três conjuntos de motivos para a defesa da diversidade interpretativa dos direitos fundamentais, em contraposição à uniformidade oriunda da União Europeia, dentre eles, o mais importante é a promoção do autogoverno. De acordo com a autora, a UE não preenche as condições de uma comunidade política considerada democrática, tanto da perspectiva dos processos legislativos quanto da duvidosa existência de um povo europeu. Ademais, os Estados Membros, como comunidades políticas democráticas, ainda são os principais locais de construção da identidade coletiva, pois fornecem maior possibilidade de participação popular nas decisões políticas. A diversidade política e social das democracias influencia a forma com que os valores públicos e direitos constitucionais são concebidos em cada país.

O Estado democrático de direito brasileiro, conforme o postulado acima, não pode agir de maneira refratária aos tratados internacionais de direitos humanos e de sua interpretação quando atos públicos violarem direitos fundamentais. O pluralismo constitucional, dessa forma, oportuniza aos procedimentos democráticos e à interpretação de direitos fundamentais conteúdos capazes de influenciar na construção da identidade constitucional – não substitui as interpretações constitucionais estatais, mas as influencia na oferta de subsídios capazes de frear excessos e estimular debates acerca do conteúdo dos direitos fundamentais.

O manejo das convergências e divergências entre os ordenamentos constitucionais, que não pode ser subsumido, de maneira natural, dentro de uma ordenação hierárquica funcional ou de uma unidade constitucional, mas que requer a manutenção de um Estado de Direito, deve preservar suas relações pela via de procedimentos interpretativos e institucionais. Começando pelos últimos, podemos enquadrar a subsidiariedade procedimental (esgotamento dos recursos internos e regra da quarta instância) como procedimento que influencia os primeiros (a subsidiariedade substantiva - deferência, princípio da proporcionalidade e *pro homine*).

Em resumo, o pluralismo político brasileiro exige a correlação entre as decisões democráticas, os direitos fundamentais e os direitos humanos para a construção de uma identidade constitucional, que realiza a difícil tarefa de estruturar os meios para manter o Estado Democrático de Direito e o constitucionalismo, sem que as diferenças sejam sublimadas ou posições políticas sejam impostas de maneira autoritária. A subsidiariedade do SIDH não visa substituir a construção de uma identidade constitucional brasileira, mas oferecer interpretações possíveis e melhores para que os países possam cumprir com o ideário do Estado de Direito.

No entanto, instigante questionamento permanece: de que forma podemos cumprir com a prescrição do Estado Democrático de direito e do pluralismo constitucional de levar em consideração os tratados internacionais de direitos humanos de natureza supralegal e o resguardo ao pluralismo político na delicada construção das identidades constitucionais por meio dos direitos fundamentais e humanos e da democracia?

3.2. DIÁLOGO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS CONVENCIONAIS: construindo o princípio *pro homine* pela deliberação de precedentes.

3.2.1 O princípio *pro homine* como guia das influências constitucionais mútuas.

A CADH e a CF/88 são ordenamentos constitucionais que compartilham a tarefa de desenvolver o conteúdo dos direitos humanos e fundamentais e, apesar de não formarem uma unidade estrutural com premissas hierárquicas (nenhum dos documentos é superior ao outro, apesar dos diversos discursos de supremacia interpretativa por parte de seus órgãos), desenvolveram procedimentos que visam manejar as diferenças interpretativas relacionadas aos aspectos consensuais, suprapositivos e institucionais dos direitos referidos. Tais procedimentos são aplicados sem que haja um rompimento das tarefas atribuídas aos ordenamentos – nenhum dos ordenamentos rejeita a influência mútua.

As teses do pluralismo constitucional são capazes de explicar tais relações e seus procedimentos, sem recorrer aos problemáticos conceitos do monismo e do dualismo. A premissa do pluralismo constitucional exposta no parágrafo anterior (bem como a leitura plural da Constituição de 1988 feita na seção anterior), contudo, não é suficiente para apresentar de que forma a tarefa compartilhada será exercida pelos diversos ordenamentos constitucionais e por quais meios. Para que possamos pensar nas formas de interação, uma breve análise dos tipos de pluralismo constitucional precisa ser revista.

Excluídas as teorias que encampam uma única Constituição para toda a Europa e as que negam o pluralismo constitucional⁴⁴⁵, nos restam apenas as abordagens teóricas focadas no pluralismo constitucional. A delimitação do objeto de análise nas teorias do pluralismo constitucional impõe que aprofundemos, ainda mais, a contextualização das referidas teorias com a realidade das relações entre os ordenamentos constitucionais interamericano e brasileiro. A contextualização, neste momento, concerne a identificação, ou não, de um princípio guia nas influências mútuas.

Dessa feita, podemos reordenar as propostas pluralistas em dois grupos que, adaptados da formulação de Nico Krisch (2011, p. 389-390)⁴⁴⁶, denominaremos de pluralismo constitucional pragmático (ou epistêmico) e pluralismo constitucional interpretativo.

⁴⁴⁵ Como a de Julio Baquero Cruz (2008)

⁴⁴⁶ Nico Krisch (2009; 2011) defende o que denomina de pluralismo radical (uma forma de pluralismo semelhante a do primeiro Maccormick, conforme nota 96), em contraposição a construções que, supostamente, aproximam o pluralismo do constitucionalismo. Por essa razão, o autor alemão rejeita que possa haver um pluralismo constitucional, porquanto a postura plural rejeita premissas das justificativas da constitucionalização estatal. Krisch considera que a construção de um pluralismo constitucional seria, em verdade, a defesa de um pluralismo fraco por parte das instituições que interpretam um conjunto compartilhado de normas. Para o que consideramos no trabalho como pluralismo constitucional, o autor denomina de pluralismo institucional (duas instituições sem o monopólio da última palavra compartilhando um mesmo ordenamento jurídico abrangente) e atribui a esta construção as mesmas características do constitucionalismo clássico, porquanto existem normas jurídicas que vinculam ambas as esferas conjuntamente e nenhuma das instituições poderá suscitar argumentos não jurídicos para a solução de conflitos. Ou seja, não seria pluralismo, mas uma forma de monismo. Por outro lado, o pluralismo radical ou sistêmico, estipula que as ordens jurídicas interagem sem um ponto normativo comum de referência. Krisch observa nas construções do pluralismo institucional uma estratégia de manutenção

A partir da premissa do pluralismo constitucional (relação entre ordenamentos constitucionais estipulada de maneira heterárquica), podemos extrair posições pluralistas que divergem acerca da presença (ou ausência) de uma linguagem guia das interações normativas⁴⁴⁷: a) o pluralismo constitucional pragmático afirma que entre os ordenamentos constitucionais estão ausentes quaisquer pontos comuns de referência capazes de servir de guias ou de bases para a solução dos conflitos e b) o pluralismo constitucional interpretativo sustenta a necessidade de princípios interpretativos norteadores das formas de interação entre os ordenamentos.

Para facilitar a compreensão da diferença entre as duas abordagens pluralistas, utilizaremos três categorias analíticas desenvolvidas como questionamentos comuns a todas as abordagens do pluralismo constitucional: *quem, como e qual* (JAKLIC, 2014, p. 11-12).

Para o questionamento institucional de *quem* detém a autoridade da última palavra acerca dos temas de sobreposição de ordenamentos constitucionais, as teorias do pluralismo constitucional convergem ao sugerir que nenhuma das instituições constitucionais (europeia ou cortes nacionais) deterá o monopólio. As teorias oferecem, entretanto, distintas respostas sobre *como* as instituições devem portar-se acerca da melhor maneira ou método, através do qual a relação entre os discursos constitucionais deverá ter lugar, sem adentrar no mérito do correto conteúdo deste discurso. Por fim, as divergências são maiores entre os autores quando discutem *qual*, se algum, seria o conteúdo correto de um discurso constitucional (ou seja, o conteúdo veiculado através do *como*).

dos supostos benefícios das estipulações do constitucionalismo (estado de direito, segurança jurídica e prevenção de conflitos), sem que se recorram aos problemas do pluralismo (as reivindicações hierárquicas rivais podem tornar-se desculpas para o não cumprimento de decisão contrária aos interesses de um ator). Ponto abertamente defendido pelo pluralismo sistêmico (KRISCH, 2011, p. 399-400). Ao relegar as perspectivas do pluralismo constitucional a uma posição intermediária, não obstante mais próxima ao constitucionalismo clássico no *continuum* em cujos extremos estão o pluralismo radical e o constitucionalismo fundacional, o autor ofusca as semelhanças que compartilha com os teóricos do pluralismo constitucional, cujas teses foram subdesenvolvidas pelo autor por não ter ressaltado as feições normativas e empíricas das interações entre ordenamentos jurídicos e a feição constitucional reivindicada pelos discursos transnacionais (SHAFFER, 2012, p. 572-573; SWEET, 2013, p. 492-493). E é justamente na forma de compreensão das interações que as teses de Krisch podem ser classificadas por um constitucionalista plural como monistas, pois a defesa de um pluralismo radical manejado pelo discurso político estimula, no plano prático, a manutenção das premissas monistas europeias ou constitucionais. Ou seja, enquanto no nível fundacional a teoria possa parecer pluralista, a fraqueza de sua reivindicação normativa no tema das interações e concessões mútuas facilita que os ordenamentos assumam posturas de soberania na prática (decisões de não cumprimento). Esta é a razão pela qual, por exemplo, McCormick altera sua posição teórica, pois se dá conta de que o aspecto discursivo e prático das interações seria prejudicial às teses no campo da heterarquia. Por essas razões, preferimos adaptar os termos do autor para reinseri-los nas discussões acerca do pluralismo constitucional, exatamente para fazer jus às diferentes nuances das teses pluralistas.

⁴⁴⁷ Cumpre ressaltar que o ponto de referência indicado não se confunde com os documentos básicos dos ordenamentos constitucionais.

As diferenças entre as teorias do pluralismo constitucional pragmático e o interpretativo estão no *como* e nas suas consequências sobre o *qual*. De acordo com o denominado pluralismo constitucional pragmático, os atores envolvidos nas relações constitucionais solucionam os conflitos por meio de compromissos (pragmáticos) que buscam acomodações mútuas (*como*) para que prevaleçam, com o passar do tempo, respostas consensuais (*qual*).

Neil Walker (2008b, p. 390-392), por exemplo, considera que o aspecto normativo do pluralismo, enquanto metaprincípio que pretende explicar as relações entre ordenamentos jurídicos heterárquicos⁴⁴⁸, não intenciona exaltar o pluralismo como um valor em si mesmo (que em versão extremada, poderia levar ao desencorajamento de quaisquer interações normativas), mas realçar, do ponto de vista prescritivo, as vantagens de uma visão evolucionária de baixo para cima (*bottom up*), em detrimento de um arranjo programado de cima para baixo (*top down*) do panorama das relações entre diversas ordens jurídicas. Como exemplo das vantagens do pluralismo, o autor aponta a capacidade avaliativa de cada ordem em frear e fiscalizar os déficits de legitimidade da outra, o que ocorre por meio do encorajamento da superação de impasses por meio de soluções de compromisso, pelo reconhecimento da diversidade normativa e pela busca de reconhecer a emergência de novos regimes normativos.

Contudo, o pluralismo é um metaprincípio problemático, na medida em que, ao invés de propor uma ordenação entre os ordenamentos jurídicos, mantém a *desordem* ao não oferecer nenhum mecanismo para servir de moldura para as relações entre as ordens: os modelos relacionais emergem de maneira acidental (*serendipitously*) da interação descoordenada (*undirected*) dos ordenamentos jurídicos⁴⁴⁹.

Portanto, para Walker, para que se mantenham as premissas heterárquicas do *quem*, o pluralismo constitucional apenas pode dispor de maneira lateral acerca do *como*, pois este surgirá da contingência da necessária interação de ordenamentos, que desenvolverão o

⁴⁴⁸ Outros metaprincípios concorrentes são elencados por Walker: 1) estado soberano; 2) hierarquia global; 3) unipolar; 4) regional; 5) integridade; e 6) campo-jurídico discursivo (ex.: constitucionalismo internacional).

⁴⁴⁹ A configuração normativa do pluralismo constitucional de Walker (2003, p. 04) não dá origem a uma nova unidade ou a uma nova autoridade constitucional hierarquicamente fixada; bem como, no outro extremo, o pluralismo não leva a uma fragmentação da autoridade de tal forma que o sentido da existência de distintas unidades de autoridade constitucional se perca. O pluralismo constitucional afasta-se do pluralismo radical, exatamente em função do segundo aspecto normativo elencado por Walker, por uma fina camada institucional: há uma interação entre ordens caracterizadas como constitucionais determinada por concessões mútuas (em contraposição a uma anarquia ou não ordem entre ordens constitucionais e ordenamentos supranacionais não constitucionais), no entanto, para o referido autor, tais interações não estão ordenadas por nenhum pressuposto substantivo.

discurso, sem que haja interferência de uma terceira instância ou valor interpretativo externo⁴⁵⁰.

Por outro lado, o pluralismo constitucional interpretativo postula que, apesar de nenhuma instituição estar imbuída do poder para solucionar, de uma vez por todas, as divergências e de dar a palavra final acerca de um problema que envolva ambos os ordenamentos (*quem*), um conjunto de princípios interpretativos compartilhados estaria à disposição dos atores para guiar a solução dos conflitos (*como*).

Miguel Poiares Maduro (2003, p. 520-523) concorda com os pressupostos descritivos e normativos do pluralismo constitucional desenvolvidos por Neil Walker. Todavia, acresce às prescrições normativas do pluralismo constitucional uma série de princípios que serviriam de guia para as interações entre os focos de discurso constitucional. Os princípios são originados da natureza contrapontual do direito europeu: a abertura permanente da questão acerca da última palavra funciona como garantia do constitucionalismo enquanto ideal político importante para a legitimidade do direito europeu, pois condiciona as interferências na construção do constitucionalismo dos ordenamentos à mutualidade (contenção de abusos do poder de ambas as partes). A interferência mútua dos constitucionalismos ocorre por meio de vozes dissonantes, dispostas de maneira heterárquica, mas que devem alcançar harmonia no diferente. Daí a analogia com o contraponto musical.

Os princípios do direito contrapontual devem ser de aceitação voluntária e limitam o pluralismo, porquanto criam uma base para que aflore. Base esta que serve para o respeito das reivindicações de autoridade e para a garantia da coerência do direito europeu. Em breve resumo, podemos descrever os princípios de Maduro da seguinte forma: 1) *pluralismo*: cada sistema deve reconhecer a identidade do outro, o que exige que todas as cortes justifiquem e apliquem decisões de cortes passadas de forma coerente; 2) *consistência e coerência vertical e horizontal*: para que não haja ruptura da ordem comum europeia, a coerência exigida é a de desenvolver as decisões anteriores dos diversos órgãos de forma justificada; 3)

⁴⁵⁰ Ariel Dulitzky (2015) não deixa claro em seu artigo se considera a CADH como uma norma constitucional, pois podemos inferir de seu texto indícios de que a convenção ainda mantém sua natureza de tratado. No entanto, o autor sugere que as relações entre a CADH e as Constituições nacionais são plurais, porquanto normas de direitos humanos competem por autoridade. Tais relações são mediadas por estratégias políticas. Para o autor, a melhor forma de a CtIDH integrar a CADH nos planos nacionais é lidar com as cortes constitucionais dos países que ratificaram a convenção de maneira estratégica, integrando-as às interpretações da CtIDH em uma empreitada conjunta. Dulitzky (2015) cita como fonte para a relação plural e as estratégias políticas a leitura de Greer e Wildhaber (2012), que, por sua vez, caracterizam a CEDH como constitucional e as interações com as cortes nacionais como pluralismo constitucional, apesar de ser um pluralismo constitucional radical, tal como o defendido pelo primeiro McCormick e Nico Kirsch. Tendo em vista que Ariel Dulitzky não deixa claro se adota uma posição de pluralismo constitucional ou se caracteriza a CADH como um tratado inserido num contexto de pluralismo jurídico radical, preferimos não atribuir ao autor conclusões que poderiam não coincidir com suas posições teóricas.

universalidade: as decisões das cortes, especialmente as nacionais, devem ser justificadas de maneira universal, permitindo que os outros atores possam desenvolvê-las em situações similares; e 4) *escolha institucional*: ordens jurídicas pluralistas multiplicam os fóruns de resolução de conflitos, os argumentos e as instituições que podem ser acionadas para promover uma redefinição de uma determinada composição de interesses, ou seja, não são relações exclusivas (ou o direito comunitário, ou o direito nacional).

Delmas-Marty (2004, p. 110), como brevemente exposto no primeiro capítulo, postula seu pluralismo em contraposição ao monismo kelseniano⁴⁵¹. Para a autora, o monismo deve ceder lugar a um pluralismo europeu que ressalta a simultaneidade de ordens jurídicas que não são totalmente independentes, nem totalmente subordinadas. A mediação que afasta os extremos (independência/subordinação) é realizada por princípios gerais comuns coordenadores originados das constantes interações entre os ordenamentos europeus⁴⁵².

Os princípios gerais comuns são, de acordo com a autora francesa, a chave para a harmonização dos direitos europeus (harmonização, e não unificação). Os referidos princípios (interpretação evolutiva, proteção dos direitos humanos, livre circulação, não discriminação e proporcionalidade) permitem que as interações não sejam focadas na lógica de padrões de identidade (que desembocam em uniformidade), mas de gradação (o razoável, o exigível em uma sociedade democrática etc.) com normativa sensível aos diversos contextos (DELMAS-MARTY, 2004, p. 256-263).

O mesmo vale para a inserção dos discursos de direito internacional feita por Maccormick (1999). Diferentemente do que postulam os autores contrários ao pluralismo constitucional, que veem nos meios interpretativos do *como* o retorno de posturas monistas⁴⁵³,

⁴⁵¹ Delmas-Marty não defende um pluralismo constitucional nos termos desenvolvidos no presente estudo. No entanto, sua descrição da paisagem normativa europeia estipula a manutenção de hierarquias (no nível nacional) e o surgimento de outras hierarquias onde, outrora, inexistiam (hierarquias alternativas, no caso das relações entre direito comunitário e o direito da CEDH). O reconhecimento de que os ordenamentos mantêm suas reivindicações de hierarquia, ao mesmo tempo em que se correlacionam de forma circular através de princípios jurídicos, estruturando-se como hierarquias acavaladas, demonstram que suas perspectivas teóricas podem ser lidas pela lente do pluralismo constitucional.

⁴⁵² Ao lado dos princípios gerais comuns, a autora elenca como chave da legitimação dos ordenamentos europeus a primazia ética dos direitos do homem.

⁴⁵³ Eleftheriadis (2010, p. 375-378), equivocadamente, critica as teorias do pluralismo constitucional decorrentes das posições de Maccormick (1999) como duplo monismo (o pluralismo não solucionaria problemas de conflitos entre os ordenamentos) e monismo disjuntivo (as soluções seriam induzidas por soluções de compromisso, mediante a escolha do ponto de vista interno de cada ordenamento). Ademais, salienta Pavlos Eleftheriadis (2010) que o discurso do direito internacional de Maccormick submeteria as duas ordens, supostamente, monistas. O equívoco do autor está em afirmar que as posições pluralistas defenderiam a possibilidade de que uma ordem poderia ignorar a outra, ao seguir sua própria posição monista, ou que postulariam prescrições que reforçassem a ausência de interações. O pluralismo constitucional não se caracteriza como a defesa de dois monismos mutuamente isolados (JAKLIC, 2014, p. 202-203). Ou seja, não defende que interpretações isolacionistas das cortes possam ser lidas como plurais, algo que fica mais claro na natureza descritiva do pluralismo – apenas podemos falar em pluralismo porque observamos que dois ordenamentos jurídicos não se

pois, supostamente, criariam uma disfarçada imposição dos padrões oriundos do ordenamento europeu, os modelos interpretativos não inserem uma terceira ordem constitucional que se sobrepõe às demais, mas apenas princípios que servem de ideal regulativo (abordam o *como* sem debater o *qual*). Maccormick e os autores do pluralismo constitucional interpretativo oferecem aquilo que os pragmáticos evitam inserir em seus projetos teóricos – elementos que permitam que a interação entre os ordenamentos mantenha-se, estritamente, no campo jurídico. O discurso constitucional possibilitado pelas concessões mútuas deve ser estruturado com base em princípios jurídicos comuns a ambos os ordenamentos.

Nossa preferência pela postura interpretativa do pluralismo decorre da força de suas exigências substantivas no plano normativo e de sua consequência no plano empírico. Posturas pragmáticas correm o risco de atrair proposições monistas por parte de cada ordenamento, porquanto se contentam com soluções de compromisso para a manutenção do pluralismo no plano do *quem*. O cunho político de soluções de compromisso oferece poucas garantias normativas de que os ordenamentos assumam posturas pluralistas no momento de tensões entre eles. Por exemplo, ainda que eleve os tratados de direitos humanos ao status supralegal e reconheça a influência do ordenamento constitucional interamericano, o STF poderia prosseguir na defesa de interpretações negligentes dos padrões da CtIDH. O mesmo valeria para quando a CtIDH reconhecer a necessidade de deferência às decisões democráticas dos países no campo mais abstrato, mas, na prática, ignorar as soluções jurídicas oriundas das interpretações dos Estados. Dessa forma, posturas pragmáticas correm o risco de não se diferenciarem do monismo no âmbito prático (JAKLIC, 2014, p. 231-237).

A solução interpretativa é uma prescrição específica do pluralismo constitucional por nós formulado, porquanto os autores pragmáticos que estudam o direito europeu argumentariam, com razão, que suas posições teóricas pressuporiam, necessariamente, a excepcionalidade de resistências sistemáticas às influências constitucionais mútuas. Contudo, no aspecto descritivo do pluralismo constitucional entre CF/88 e CADH, podemos identificar a existência do ideal interpretativo do princípio *pro homine* como guia que bloqueia manifestações unilaterais baseadas na soberania ou na autoridade final da CtIDH. O pluralismo constitucional interpretativo decorre do ideal interpretativo identificado na descrição entre os ordenamentos.

negam reciprocamente e que tentam solucionar seus possíveis conflitos por meios diversos da sobreposição hierárquica de algum deles. Por fim, a construção de Maccormick não é um Cavalo de Troia, que reinsere o monismo, pois os princípios do direito internacional serviriam apenas como a linguagem comum entre os ordenamentos, não como um ordenamento constitucional superior a ambos.

O pluralismo constitucional que caracteriza as interações entre CF/88 e CADH, portanto, deve ser acrescido do princípio da aplicação do princípio *pro homine*. As mútuas influências nos ordenamentos constitucionais (supralegalidade e deferência) abrem espaço para interações que deverão ser intermediadas pelo princípio *pro homine*, tendo em vista ser o principal campo de sobreposição dos discursos constitucionais.

Além de ser princípio compartilhado por ambos os ordenamentos⁴⁵⁴, o princípio *pro homine* funciona como ideal regulativo capaz de cumprir com as premissas do pluralismo constitucional, na medida em que exigirá das instituições envolvidas que recebam suas construções substantivas como uma interpretação possível acerca do conteúdo dos direitos que ambas devem proteger, sem que se atribua à referida interpretação ares de definitividade, pois a constante deliberação acerca dos elementos suprapositivos, institucionais e consensuais dos direitos humanos/fundamentais fomentará o desenvolvimento de diversas respostas e conteúdos que precisarão ser avaliados pelas instituições a depender dos elementos mais salientes em um caso. A avaliação conjunta, em razão da mesma função realizada por direitos humanos e fundamentais, bem como o comprometimento na realização de suas prescrições, envolve a elaboração de interpretações que almejem a harmonia entre os conteúdos dos direitos, e não uma uniformização unilateral.

Apesar de consagrado com a nomenclatura “norma mais favorável ao indivíduo” ou “à pessoa humana”, evitamos ao longo da tese recorrer àquelas formulações, porquanto poderiam limitar o âmbito de nossas discussões em, pelo menos, dois sentidos: 1) em situações em que as cortes estejam confrontando problemas relacionados à interpretação de direitos humanos e fundamentais envolvendo duas pessoas, cuja relação esteja mediada pelo Estado, sempre haverá o questionamento acerca de quem será a pessoa ou indivíduo favorecido⁴⁵⁵ e 2) a

⁴⁵⁴ Na CtIDH, podemos citar os seguintes precedentes sobre a norma mais favorável: Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. , nº 111, § 181; Caso Aritz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela, nº. 182, § 218 (o princípio encontraria guarida no art. 29, b da CADH); Caso Vélez Loor Vs. Panamá. nº 218, § 34. No STF: AgR no RMS 32.732/DF, Rel. Celso de Mello, 2ª turma, DJe 01/08/2014 (Judiciário brasileiro, no exercício de sua atividade interpretativa, deve prestigiar o critério da norma mais favorável, que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional de direitos humanos como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado) e HC 96.772/SP, Rel. Celso de Mello, 2ª turma, DJe 21/08/2009. No texto constitucional, podemos extrair o princípio da interpretação do art. 5º, § 2º (na medida em que robustece o princípio previsto pela CADH, de natureza supralegal e ao postular que direitos mais protetivos podem ser extraídos de tratados internacionais).

⁴⁵⁵ O caso *Mémoli vs Argentina*, nº 265 (2013), no âmbito do SIDH, é o melhor exemplo da inadequação da aplicação de uma norma mais favorável *ao ser humano*. Como o princípio funcionaria para o caso? Quem é o ser humano favorecido? A liberdade de expressão da CADH favorece aos membros da associação injuriada e difamada ou ao Sr. Mémoli? Por que a declaração de não violação do art. 13 da CADH pela CtIDH é mais favorável aos membros da associação, já que tiveram outros direitos violados (direito à honra)? A solução é não personalizar o princípio *pro homine*, mas compreendê-lo como um padrão interpretativo que as cortes devem almejar para alcançar a decisão mais bem fundamentada, de acordo com o desenvolvimento substantivo dos

formulação consagrada está relacionada, igualmente, à noção de seleção de textos normativos como critério que antecederia a aplicação de qualquer deles ao caso concreto (aplica-se o tratado ou a Constituição, a depender do que o intérprete julgue como a norma mais favorável do texto selecionado anteriormente à aplicação ao caso concreto).

O princípio *pro homine* deverá ser considerado como um princípio guia compartilhado por ambos os ordenamentos constitucionais que fundamenta a construção do conteúdo dos direitos humanos e fundamentais com base na lógica de que a interpretação para o caso seja a mais bem fundamentada e coerente com o desenvolvimento interpretativo do direito entre os intérpretes dos documentos base. O foco do trabalho interpretativo dos tribunais não será perquirir qual o indivíduo será mais favorecido com a interpretação, ou selecionar qual texto normativo, supostamente, oferece maior proteção antes de verificar sua relação com o caso concreto, mas reconstruir o conteúdo dos direitos com base nos fundamentos presentes nos precedentes oriundos dos respectivos ordenamentos para chegar à melhor interpretação.

A proposição *pro homine* como princípio guia nos permite responder às críticas de Bosquero (2008) acerca da caracterização do pluralismo constitucional como escusa para desobediência, na medida em que, do ponto de vista interno, nenhuma corte irá construir sua interpretação dos direitos humanos com base na noção de uma interpretação menos favorável, quando observar e avaliar os argumentos e o conteúdo dos direitos nos diferentes ordenamentos. Dessa forma, não será uma questão de aceitar ou recusar-se à acatar uma decisão vinculante (seja da CtIDH ou do STF), mas de reinterpretar a produção normativa da outra corte (mantendo as relações), a fim de que seja produzida a melhor interpretação.

O princípio *pro homine* deve ser interpretado como a linguagem comum utilizada pelos ordenamentos constitucionais para conduzir as influências mútuas proporcionadas pela supralegalidade e pela deferência. O princípio não deve ser lido, ademais, como a escolha de uma norma que possa ser considerada como mais favorável a alguém, mas como um ideal regulativo compartilhado pelos ordenamentos que os direciona para a construção da melhor interpretação dos conteúdos produzidos pelos dois níveis. A operacionalização em casos concretos do princípio será apresentada no próximo capítulo.

O passo seguinte, exposto o *como* (aplicação do princípio *pro homine*), seria desenvolver *qual*, ou seja, qual o conteúdo do discurso que o pluralismo constitucional endossaria para que suas premissas fossem mantidas? Qual seria, portanto, a melhor interpretação. No entanto, não é objeto deste trabalho acadêmico a proposição do conteúdo do

direitos em ambos os ordenamentos. André Carvalho Ramos (2005, p. 106-110) já havia demonstrando os problemas na personalização da norma mais favorável.

discurso constitucional que compõe a caracterização de uma norma como a melhor interpretação de um modo geral, não obstante concedermos que a resposta para o *qual* possa impactar o conteúdo normativo da heterarquia (JAKLIC, 2014, p. 241). Dicotaremos acerca da possibilidade de construir o princípio com base em casos concretos posteriormente.

Voltando ao *como* desenvolver os discursos constitucionais com base no ideal do princípio *pro homine*, devemos nos perguntar de que forma a CtIDH e o STF deverão operacionalizá-lo, diante da ausência de procedimentos formais de conexão entre as cortes⁴⁵⁶.

Até o momento, temos a seguinte situação. A CF/88 e a CADH são ordenamentos constitucionais que se relacionam por meio de influências mútuas, reconhecendo a legitimidade do discurso de ambas. A identificação das influências nada nos informa sobre como esta interação é realizada. Do ponto de vista interpretativo, defendemos que ela ocorrerá por meio de um ideal regulativo compartilhado por ambos os ordenamentos na concretização dos direitos humanos e fundamentais. Precisamos, agora, identificar como poderá ocorrer o transporte do conteúdo produzido pelos diferentes ordenamentos, que transita através das influências mútuas.

De acordo com o observado na seção acerca do aspecto descritivo do pluralismo, as interações entre as cortes podem ocorrer, dentre outras formas⁴⁵⁷, por meio da utilização mútua do desenvolvimento do conteúdo dos direitos humanos/fundamentais constante de seus precedentes. Portanto, a interação mediante os precedentes foi uma das formas desenvolvidas pelos diferentes ordenamentos para por em prática as relações entre os ordenamentos. Contudo, a mera citação de precedentes sem maiores precisões normativas colocaria essa forma de interação na mesma categoria de exercícios de diletantismo judicial.

Mas, antes de justificar a forma de interação dialógica, será necessário tecer alguns comentários acerca dos precedentes dos tribunais, sua relação com o pluralismo constitucional e com as interpretações dialógicas. Os precedentes dos tribunais abrigam suas interpretações acerca dos documentos base que são encarregados de concretizar. Dessa forma, as

⁴⁵⁶ Como, por exemplo, a questão prejudicial no âmbito do Tribunal de Justiça da União Europeia (art. 267, do TUE). A CJEU tem competência para decidir, prejudicialmente, sobre a interpretação dos tratados e dos atos dos órgãos da União. A questão pode ser proposta perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, e esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao CJEU que sobre ela se pronuncie. Giuseppe Martinico (2010) sustenta que a forma de interação entre cortes nacionais e a CJEU não se esgota na questão prejudicial, mas se estende para outras vias não institucionais. Outras formas de diálogo foram criadas pelos tribunais internos: 1) introdução de padrões hierárquicos diversificados para o tratado europeu; 2) distinção entre primazia e supremacia do direito europeu sobre o interno; 3) admissibilidade do recurso de amparo contra negativa do art. 267; 4) atribuição de efeito *erga omnes* para as decisões da CJEU decisões interpretativas etc.

⁴⁵⁷ Podem incluir manifestações políticas, tratados, leis, normas constitucionais, relatórios de instituições internacionais concernentes ao país etc.

justificativas consensuais (interpretação dos constituintes/trabalhos preparatórios), suprapositivas (princípios constitucionais/*jus cogens* e *ius commune*) e institucionais (particularidades institucionais orgânicas e procedimentais) captam aspectos peculiares de cada ordenamento constitucional e são manejados conjuntamente no momento interpretativo dos tribunais, a demonstrar que a compreensão do conteúdo dos direitos interpretados depende, em grande parte, da produção jurisprudencial das cortes.

Ante a ausência de medidas procedimentais formais, o desenvolvimento mútuo de precedentes reforça a defesa de posturas pluralistas e dialógicas, porque, ao mesmo tempo, exige que a apropriação dos precedentes de uma corte seja feita com base na conclusão da outra sobre o resultado da correlação elementar das justificativas dos direitos envolvidos (consensual, suprapositiva e institucional) e que tal apropriação não seja identificada como uma mera submissão acrítica (que poderia resultar em um monismo constitucional ou interamericano), além de, igualmente, dispensar discussões acerca de possível extrapolação de delegações normativas ou questionamentos acerca da necessidade de processos formais de incorporação do precedente (exigências dualistas decorrentes da diferenciação funcional dos ordenamentos).

No plano prático, portanto, pensamos que as abordagens dialógicas que incentivam a discussão do conteúdo dos direitos desenvolvidos através dos precedentes das cortes dariam conta de concretizar o ideal regualtivo do princípio *pro homine*.

3.2.2. Qual diálogo? Quais vozes? Diálogo e deliberação entre precedentes.

Propor uma perspectiva dialógica para caracterizar a forma com que a relação entre ordenamentos constitucionais ocorre requer, inicialmente, precisões conceituais. Trataremos do diálogo entre precedentes dentro da moldura de um diálogo entre juízes, que deliberam com precedentes de outros ordenamentos, no intuito de extrair dessa tarefa interpretativa os melhores argumentos.

Teorias que pretendem inserir noções dialógicas para caracterizar ou explicar interações institucionais têm ganhado fôlego no direito constitucional. Diferentes pontos de vista teóricos e diferentes contextos institucionais produziram abordagens peculiares sobre um ideal (diálogo) que, em si mesmo, já carrega bastante imprecisão quanto aos seus contornos e operacionalização no campo jurídico.

As teorias do diálogo não foram selecionadas por acaso. O âmbito de atuação das teorias dialógicas engloba duas premissas identificadas no pluralismo constitucional, quais

sejam: a ausência de discussões sobre hierarquia e a construção de racionalidades possíveis que surgem das interações entre os agentes envolvidos em processos políticos, jurídicos ou comunicacionais. Conrado Hubner (2011, p. 105-106) argumenta que diálogo significa igualdade, respeito mútuo e reciprocidade.

Por conseguinte, a relação que se estabelece entre os participantes no diálogo é sempre horizontal e não hierárquica. Atualmente, as teorias democráticas e constitucionais abraçaram um ideal dialógico, surgido, originalmente, no campo da filosofia política e moral. Suas fontes são a crítica comunitarista (critérios de validade particulares a cada comunidade política histórica; construção intersubjetiva dos valores) e pós-moderna (verdades particulares e contextuais) do liberalismo e da modernidade. Essa abordagem não implica abandonar a racionalidade liberal, mas trabalhá-la como “racionalidade comunicativa”, como um diálogo ou discurso orientado para o entendimento. Dessa forma, o foco das teorias do diálogo está nos benefícios da deliberação como uma troca racional de argumentos de um ponto de vista da legitimidade dos resultados (TORRES PÉREZ, 2009, p. 103-106).

As abordagens dialógicas, especialmente no campo jurídico, ocupam-se dos elementos auto reflexivos oportunizados pelas interações de decisões constitucionais estatais e normas transnacionais (JACKSON, 2010, p. 71). Adaptando de Aida Torres (2009, p. 112-117), são três as razões para defendermos abordagens dialógicas: a) *resultados interpretativos mais bem fundamentados*: a troca de argumentos estabelecida para alcançar entendimentos comuns age para melhorar a qualidade das decisões (STF e CtIDH podem entender melhor suas diferentes demandas, motivações e justificativas, enriquecendo o debate, ao destacar-se as diferenças e os pontos de acordo); b) *participação*: o diálogo contribui para a legitimidade normativa do resultado porque confere aos participantes a oportunidade de oferecer *inputs* à decisão e reconhecer seu resultado como um esforço compartilhado (STF e CtIDH analisando as vias pelas quais as justificativas das interpretações construídas podem ser acomodadas); e c) *respeito ao mosaico pluralista*: o diálogo fornece um modelo regulativo de interação horizontal entre as autoridades judiciais de diferentes níveis de proteção de direitos humanos, oferecendo um modelo para gerenciar conflitos sem a dispersão da estruturação nivelada.

Com o intuito de situar o leitor e evitar possíveis confusões com as diferentes teorias do diálogo, agruparemos as abordagens em três grandes modelos.

Modelos das democracias da Commonwealth: abrange as teorias constitucionais desenvolvidas, principalmente no Canadá, para discutir as justificativas, legitimidade e operacionalização da fiscalização judicial da compatibilidade das leis em países parlamentares onde a inserção de declarações de direitos fundamentais gestou soluções procedimentais

desconhecidas pelos modelos de raízes norte-americanas (modelos da supremacia judicial), a fim de estabelecer o meio termo entre a supremacia judicial e a soberania parlamentar⁴⁵⁸. Os autores do modelo da *Commonwealth* em sua versão canadense inseriram a discussão dialógica⁴⁵⁹, por vezes de maneira empírica (demonstrando que o legislativo não ficava inerte frente às declarações judiciais de inconstitucionalidade baseadas na Carta)⁴⁶⁰, e por vezes de maneira normativa (defendendo que a inserção da Carta e da cláusula *notwithstanding* alterou a postura política do parlamento e da suprema corte, no sentido de que o conteúdo dos direitos deverá, a partir de então, ser construído, necessariamente, por meio de interações entre as instituições)⁴⁶¹. Em ambos os casos, a forma de interação entre os poderes é tida como dialógica (MACFARLANE, 2012, p. 97-98).

Modelos da interpretação constitucional compartilhada ou coordenada: grupo que abarca teorias norte-americanas que defendem que a tarefa de interpretar a Constituição deve ser compartilhada por todos os Poderes de forma igualitária (Executivo, Legislativo e

⁴⁵⁸ Gardbaum (2001, p. 709).

⁴⁵⁹ Gardbaum (2010, p. 181) discorda da caracterização dos modelos da *commonwealth* como dialógicos. Pois, inicialmente, todos os sistemas constitucionais preveem, em alguma medida, que direitos fundamentais possam ser limitados por legislação infraconstitucional. Ademais, quase todos os sistemas constitucionais mantêm alguma espécie de interação entre as instituições e tais interações poderiam ser tidas como dialógicas. A metáfora seria sobreinclusiva. Emmett Macfarlane (2012, p. 100) também prefere afastar metáforas dialógicas para caracterizar os modelos analisados, em detrimento da nomenclatura *modelos fracos de controle de constitucionalidade*. O autor sugere a mudança por conta da impossibilidade de conciliação entre as abordagens normativas e prescritivas das inovações institucionais nos países da *commonwealth* canadense.

⁴⁶⁰ Os principais representantes desta vertente são Hogg e Bushell (1997; 1999 e 2007) que, em uma série de artigos, analisaram o comportamento do parlamento em casos de declarações de inconstitucionalidade das leis com base nos direitos da carta. Os autores constataram que, na grande maioria dos casos, o Parlamento editou ou alterou as leis que foram objeto da revisão judicial, permitindo a conclusão de que a decisão final sobre a interpretação da carta e das políticas para sua implementação seria, sempre, democrática (HOGG; BUSHHELL, 1997, p. 80). A atitude parlamentar de “resposta” contínua foi considerada como dialógica. A limitação da metáfora do diálogo ao contínuo debate acerca das acomodações das políticas que envolvem as concretizações dos direitos da carta e não a discussão mais complexa acerca da interpretação constitucional foi ratificada pelos autores como sendo o objeto de suas análises (HOGG; THORNTON, 1999, p. 534), em face da contrargumentação de Manfredi e Kelly (1999, p. 522), que acusaram os autores de defender uma definição pouco robusta sobre diálogo. Em manifestação mais recente, reafirmaram o foco empírico de sua abordagem, ao explicar que utilizaram a noção de diálogo para descrever a prática da continuidade legislativa, e não como figura normativa de como o parlamento deveria portar-se (HOGG; THORNTON; WRIGHT, 2007, p. 27).

⁴⁶¹ Janet Hiebert (2002, p. 45) é uma das principais representantes dessa vertente normativa, porquanto visualiza que a carta canadense contribuiu, em termos políticos, para o redimensionamento do papel dos seus princípios na reflexão crítica de todas as instituições governamentais que, a partir de sua edição, compartilham o desenvolvimento de suas prescrições. Para a autora, Corte e Parlamento compartilham a responsabilidade de interpretar e construir o conteúdo dos direitos previstos na carta, ainda que cada instituição ofereça diferentes contribuições interpretativas (os pontos de referência não são idênticos). A abordagem relacional exige que as contribuições de ambas as instituições sejam pensadas com um grau de modéstia e com respeito pela interpretação contrária do outro - o respeito, por sua vez, caracteriza-se como a medida do esforço sincero de compreender as razões e motivações que levaram o outro a uma compreensão contrária (HIEBERT, 2002, p. 52). A contribuição do foco relacional de Hiebert não se resume aos aspetos procedimentais de resposta legislativa à manifestações judiciais de inconstitucionalidade, estipulando uma noção normativa de construção de direitos através de uma responsabilidade política compartilhada, a ser concretizada desde os debates parlamentares até as respostas à revisão judicial. É válido ressaltar que a autora rejeita a metáfora do diálogo para caracterizar sua teoria (prefere a denominação “relacional”), exatamente porque diálogo estaria restrito ao foco empírico de respostas legislativas ao controle de constitucionalidade (HIEBERT, 2002, p. 50).

Judiciário), que interagem, cada um a sua maneira, lançando mão dos procedimentos inerentes ao papel desempenhado na estrutura constitucional⁴⁶². Analisando de forma conjunta os elementos descritivos e prescritivos, a principal vertente moderna da teoria postula que a Suprema Corte leva (e deve levar) em consideração as interpretações constitucionais dos outros ramos estatais (e, por vezes, da população⁴⁶³) como forma de construção do conteúdo do direito constitucional em um sistema de separação de poderes. A constante discussão (diálogo contínuo) acerca das decisões constitucionais da corte pela população e pelos demais poderes sugere que o Judiciário não profere a palavra final em termos constitucionais com a declaração de inconstitucionalidade de uma lei⁴⁶⁴.

Modelos do diálogo entre juízes: composto pelas teorias que intencionam explicar as interações que ocorrem entre juízes de diferentes cortes constitucionais, entre juízes nacionais e internacionais (incluindo os tribunais regionais de direitos humanos) e entre juízes de diferentes tribunais internacionais entre si⁴⁶⁵. As interações variam de encontros formais, onde são discutidos casos semelhantes às jurisdições dos juízes em seminários, simpósios, livros etc., até a citação e desenvolvimento do precedente de outra corte internacional ou estrangeira. A via dos encontros e a citação mútua de precedentes seriam indícios dialógicos

⁴⁶² Louis Fisher (1988) iniciou o debate sobre o tema modernamente. Segundo o autor, no sistema político norte-americano, os ramos executivo e legislativo compartilham com o judiciário o papel de intérpretes da Constituição. A construção coordenada expressa a autoridade e competência dos referidos ramos de engajar-se na contínua construção do conteúdo das normas constitucionais, antes e depois de manifestações judiciais (FISHER, 1988, p. 231-232). A decisão da corte é “final” temporariamente, pois os demais ramos podem contestá-la em debates políticos subsequentes (FISHER, 1988, p. 275). Se o aspecto normativo da abordagem da construção coordenada não parece ser o maior destaque, o autor defende que este é o modelo mais adequado para a compreensão do funcionamento político da Constituição norte-americana (FISHER; DEVINS, 2004, p. VII). Pickerill (2004, p. 11-12) parece estar com a razão quando afirma que os defensores da construção coordenada não são contrários à revisão judicial, tal como existente no contexto americano, em verdade, o autor ressalta sua vital importância para uma rica e contínua interpretação constitucional fora das cortes em um sistema de separação de poderes (a estrutura governamental constitucional é importante para defesa do controle de constitucionalidade e dos debates congressuais para a caracterização da construção coordenada).

⁴⁶³ Friedman (2009, p. 371) defende que as interpretações feitas pela suprema corte reconhecem a importância da opinião da população e, por vezes, suas decisões refletem tais opiniões.

⁴⁶⁴ Fizemos questão de separar os dois modelos acima para enfatizar as especificidades de suas abordagens dialógicas. No primeiro caso, as teorias buscavam justificar as interações entre Judiciário e Parlamento acerca da interpretação de direitos fundamentais, em um sistema outrora de soberania parlamentar. O segundo modelo tem como principal objetivo explicar as interações entre os três ramos do governo na interpretação constitucional como um todo (não apenas direitos fundamentais), dentro de um sistema de separação de poderes. A crítica dirige-se aos autores que ampliam o argumento do diálogo ao ponto de esvaziar seu potencial explicativo e normativo ao tentar ver diálogo em várias abordagens teóricas e em vários contextos político-constitucionais distintos e tentar transportá-los para contextos diversos, como o do Brasil, por exemplo. No âmbito internacional, a crítica dirige-se à Bateup (2006) e, em nosso país, a Mendes (2011) e Brandão (2012).

⁴⁶⁵ Krotoszynski Jr (2006, p. 1.329) divide o diálogo judicial internacional em uma versão forte, que envolveria um empréstimo intencional e aberto dos precedentes jurídicos internacionais e uma versão mais fraca, caracterizada pelas atividades extrajudiciais de conscientização dos juízes para participar do diálogo. Slaughter (2004, p. 99) compartilha dessa conclusão acerca dos encontros face-a-face dos juízes.

de que atores, que desempenham funções similares em uma rede de governança, comprometem-se na solução de problemas comuns⁴⁶⁶.

A operacionalização do *como* em nossa discussão aproxima-se, com mais exatidão, do terceiro modelo dialógico. Nesse sentido, as discussões políticas inerentes aos outros dois modelos não serão abordadas com maior profundidade, porquanto circunscritas aos contextos políticos específicos das teorias⁴⁶⁷ e cuja inserção em nosso debate poderia trazer confusão teórica ao tentarmos abrigar todos os três modelos sobre um único guarda-chuva teórico denominado diálogo constitucional.

3.2.2.1 O Diálogo como deliberação entre precedentes dos ordenamentos constitucionais

Os modelos do diálogo judicial abordam o diálogo de maneira metafórica: não estão preocupados em assegurar que, no plano descritivo, o diálogo ocorra tal como em uma conversação entre duas pessoas (trocas imediatas e espontâneas de informações) (TREMBLAY, 2005, p. 630). Ou seja, a utilização do termo *diálogo* não está comprometida com sua característica literária corrente. O diálogo judicial nem sempre será imediato (dependerá da sobreposição da interpretação dos direitos fundamentais e humanos) ou espontâneo (dependerá da apresentação da questão aos órgãos judiciais).

A interação face a face dos juízes será desconsiderada para os fins de nossa análise, pois não se caracteriza como elemento suficientemente apto a cumprir as metas normativas dos meios de produção do discurso constitucional plural. Não descartamos a importância de

⁴⁶⁶ Anne-Marie Slaughter (1994) foi pioneira em identificar as relações entre os diversos tribunais e propôs inúmeras tipologias para caracterizá-las de acordo com a posição do tribunal e da força da interação. A autora inseriu o desenvolvimento tipológico de comunicação transjudicial, anos depois, em um contexto teórico mais amplo de redes de governança (*governments networks*). Slaughter (2004, p. 04-18) considera que os problemas enfrentados pelos Estados decorrentes da globalização são mais bem solucionados por redes de governança formadas por órgãos constitucionais (*accountable*) em cooperação com outros atores internacionais, estrangeiros e não governamentais. As redes de governança são mais flexíveis e eficazes na solução de situações complexas no mundo globalizado, do que as medidas institucionalizadas pelo Estado considerado unitariamente, apesar de exercerem funções governamentais sem força coercitiva (legislação, administração e decisória). As redes seriam a melhor via para contornar o paradoxo da globalização (o mundo requer instituições globais que solucionem problemas coletivos, sem a constituição de um governo mundial).

⁴⁶⁷ Os objetos convergem, parcialmente, no que tange aos atores envolvidos, pois ambas focam nas relações entre os ramos legislativo e Judiciário do poder. Parcialmente porque não fica claro nos modelos da *commonwealth* a participação do poder Executivo, ponto que o segundo afirma com veemência. Todavia, os objetos seguem caminhos diversos quanto ao foco institucional da análise: legitimação e justificativa do controle de constitucionalidade de leis sobre direitos fundamentais em sistemas parlamentares, no primeiro caso; e a realização da interpretação de toda a Constituição em regimes que preveem a separação de poderes e modelos difusos de controle de constitucionalidade. As diferenças nos parecem significativas o suficiente para afastar possíveis fusões teóricas ou sua simples transposição para a realidade brasileira. No caso do terceiro modelo, os atores são as instâncias judiciárias e a forma de interação, necessariamente, envolve a citação de precedentes, variando o grau de engajamento e métodos interpretativos. Características que nos deixam em posição mais confortável para sustentar a utilização da metáfora do diálogo para o contexto do pluralismo constitucional.

encontros formais e informais entre juízes para o incremento da sensibilidade e reconhecimento mútuos, premissas indispensáveis ao diálogo, porém a identificação das premissas nas manifestações oficiais das cortes (precedentes) são uma das evidências empíricas de que os ordenamentos, e não apenas alguns de seus atores, estão em constante interação.

Os modelos do diálogo judicial partem de uma premissa cara para nosso contexto: os juízes interagem entre si em busca das melhores soluções para casos semelhantes. No entanto, nem toda forma de comunicação entre os atores pode ser caracterizada como de cunho dialógico, porquanto dependerá do grau de engajamento dos envolvidos (SLAUGHTER, 1994, p. 112). Considerando que qualquer menção a decisões estrangeiras ou internacionais configura uma forma de comunicação transjudicial, nem toda comunicação, contudo, será tida por dialógica (BUSTOS GISBERT, 2012, p. 20).

As interações dialógicas que buscam as melhores soluções reforçam que os atores engajados no diálogo sejam considerados como ocupantes de posições interpretativas igualitárias, ou seja, dialogam em pé de igualdade acerca dos problemas comuns (TORRES PÉREZ, 2009, p. 123-124). Dessa forma, a comunicação dialógica diferencia-se de um monólogo de apenas uma corte (que submeteria, verticalmente, sua interpretação a outra) e da postura convergente da corte receptora (que aceitaria quaisquer interpretações da outra corte, buscando um ideal de uniformidade)⁴⁶⁸.

Tendo em vista que o diálogo distancia-se, tanto de uma rejeição completa do outro, quanto da aceitação acrítica de um padrão unilateral, a construção das melhores soluções⁴⁶⁹ (princípio *pro homine*, em nosso caso) enseja a análise, igualitária, das diversas construções das cortes. As cortes deverão, portanto, deliberar acerca dos argumentos constantes nos precedentes para que almejem construir interpretações que sejam melhores na solução de um caso específico.

A deliberação é o elemento que diferencia o diálogo do monólogo, e a simples convergência, do engajamento com outras ordens jurídicas⁴⁷⁰. Extraída das discussões

⁴⁶⁸ Ainda que uma corte adote, supostamente, uma postura convergente (identificação entre as normas constitucionais e transnacionais), afirmamos, com Jackson (2010), que seria postura pouca atrativa normativamente, cf. nota 431. Poderíamos acrescentar, no entanto, que, em face da incompletude interpretativa das posturas convergentes, a transposição de precedentes nestes casos sempre será parcial, o que demonstraria posições estratégicas na seleção dos conteúdos, viés interpretativo que não assegura o melhor resultado.

⁴⁶⁹ Aida Torres (2009, p. 112) postula que, enquanto troca constante de argumentos, o diálogo judicial é um meio para alcançar resultados mais bem fundamentados (*better-reasoned*) para a comunidade como um todo.

⁴⁷⁰ As noções foram adaptadas de Vicki Jackson (2010, p. 71) que, apesar de evitar falar em diálogo, porque a postura do engajamento não implica obrigações de reciprocidade, sua caracterização de posturas engajadas aproxima-se de nossa defesa de um diálogo deliberativo entre precedentes, pois, tal como em Jackson (2010), os

políticas acerca das vertentes teóricas da democracia representativa⁴⁷¹, a ideia de deliberação tende a contrapor-se às noções de mera agregação argumentativa de interesses⁴⁷². Deliberação pode ser considerada, de forma abrangente, como o debate e a discussão que objetiva produzir opiniões razoáveis e bem informadas nas quais os participantes estão dispostos a revisar suas preferências à luz da discussão, de novas informações e das reivindicações feitas por outros participantes. O consenso não é o objetivo final da deliberação, necessariamente, e cada participante deve buscar seus interesses dentro da perspectiva de almejá-los com base no interesse mais abrangente da legitimidade dos resultados (CHAMBERS, 2003, p. 309; ZURN, 2007, p. 74 e MENDES, 2013, p. 13-14)⁴⁷³.

A deliberação das razões como pressuposto para um diálogo capaz de cumprir os requisitos do *como* nos permite identificar quando a citação dos precedentes funciona como enfeites em um pavão⁴⁷⁴. A deliberação sobre as razões dos precedentes para que se alcance a melhor interpretação não se resume à simples agregação de argumentos produzidos por outra corte, isto é, como um argumento que reforçaria uma interpretação já desenvolvida pela corte ao analisar seu próprio documento base⁴⁷⁵.

argumentos internacionais e estrangeiros funcionam como ferramentas reflexivas (ao invés de demandas hierárquicas), cuja força está na persuasão de seus argumentos.

⁴⁷¹ Ian Shapiro (2003, p. 10), ao analisar as raízes da literatura normativa sobre democracia, pondera que o questionamento principal da democracia, além de vontade do povo, está em como oferecer um modelo racional de bem comum. Duas soluções foram desenvolvidas para responder ao questionamento anterior: uma agregativa, que vê na agregação dos interesses dos indivíduos a matemática do bem comum e, outra, deliberativa, preocupada com o consenso das pessoas acerca do que seria o bem comum. O bem comum seria construído, ao invés de descoberto por agregação (SHAPIRO, 2003, p. 22). Complementando o ponto com dois expoentes sobre o tema, Gutmann e Thompson (2004, p. 03) defendem que a democracia deliberativa não sugere que barganhas e reuniões secretas sejam descartadas como processos de tomadas de decisões, desde que justificados em um processo deliberativo, daí a principal característica da teoria: o requerimento de apresentação e discussão de razões. Apenas as discussões de razões pelos envolvidos nos processos de criação de políticas públicas cumpririam com os requisitos da ideia de participação igualitária no autogoverno. Marques (2012, p. 24) confirma que os defensores da democracia deliberativa reforçam a necessidade da representação para o funcionamento e eficácia do sistema político. Não postulam, portanto, a substituição do modelo representativo por mecanismos de participação direta.

⁴⁷² No ponto, seguimos o caminho de Conrado Mendes (2013), ao desacoplar o ideal deliberativo das teorias da democracia e inseri-lo no contexto das formas de tomadas de decisões judiciais. Para argumentar de outra forma, e utilizando o modo como o tema foi proposto na teoria democrática, nosso foco seria o aspecto instrumental da deliberação, ou seja, os mecanismos utilizados para que boas razões ou políticas públicas sejam produzidas (SHAPIRO; 2003, p. 22; GUTMANN; THOMPSON, 2004, p. 21).

⁴⁷³ Gutmann e Thompson (2004, p. 20) consideram que os ideais deliberativos são mais capazes de produzir melhores decisões em situações de profunda discordância; não que o resultado seja, necessariamente, um consenso, mas aqueles que se engajam na deliberação aceitam a possibilidade de que podem alterar suas preferências em face do diálogo com as razões dadas e oferecidas.

⁴⁷⁴ A expressão foi adaptada de *gilding the lily*, utilizada por Melissa Waters (2007).

⁴⁷⁵ Situação caracterizada por Sitaraman (2009, p. 666) de reforço lógico. Nessa classificação, os precedentes internacionais são citados para justificar que a decisão adotada pela corte nacional é acertada pela razão e possui construção lógica. Portanto, são decisões baseadas no direito nacional, mas que utilizam a decisão internacional para reforçar a racionalidade da corte, ou seja, apenas reforçam a decisão constitucional.

A natureza deliberativa do diálogo dos precedentes ocupa-se das fundamentações da outra corte, para que sejam avaliadas de forma conjunta com as fundamentações adotadas pelo ordenamento da corte que analisa o precedente, tanto como meio de autoconhecimento, como também de reavaliação das justificativas que subjazem ao seu próprio precedente. O último passo, de reavaliação das justificativas, é um processo que pressupõe a necessária discussão das fundamentações e a demonstração do porquê da reafirmação, alteração ou compatibilização das justificativas originárias (CHOUDHRY, 1999, p. 856-858)⁴⁷⁶. Este critério será contextualizado em casos concretos no último capítulo.

No caso de precedentes como enfeites no pavão, sua presença não se justifica com base na inserção de diferentes abordagens ou como elemento de aprendizado, mas são anexados como adendos de uma prolongada discussão acerca da solução de acordo com o documento base analisado (CADH ou Constituição de 1988) (WATERS, 2007, p. 654).

Concluindo, a suprallegalidade e a deferência possibilitam a interação entre os ordenamentos constitucionais. A interação pode ser realizada através do diálogo entre os precedentes das cortes, que deliberarão acerca das razões contidas nos precedentes sob o ideal regulativo da construção da melhor interpretação (*pro homine*)⁴⁷⁷.

⁴⁷⁶ O diálogo como deliberação de precedentes como via que almeja a construção do princípio *pro homine* não se confunde com a ideia de diálogo de fontes defendida por Mazzuoli (2010). A ideia de diálogo das fontes parte do pressuposto de que é necessário fazer uma escolha na ocorrência de um conflito normativo – ou aplica-se o texto constitucional ou o texto do tratado internacional. De acordo com o que denomina de monismo internacionalista dialógico, o direito internacional é tido como hierarquicamente superior ao nacional, mas autoriza seu afastamento quando uma norma constitucional interna for tida como mais benéfica pelos próprios ordenamentos, pois, segundo Mazzuoli, o juiz apenas escuta e defere ao diálogo e à escolha da norma mais favorável feita pelas fontes de ambos os ordenamentos (MAZZUOLI, 2010, p. 124-132 e MAZZUOLI, 2011, p. 90-91). O diálogo de fontes baseado na seleção de um texto em detrimento de outro parece simplista demais, quando avaliamos a forma como a interpretação dos textos se desenvolve pelas instituições competentes. Tanto a CF/88 (art. 5º, incisos IV-IX) e a CADH (art. 13) preveem a proteção da liberdade de expressão com redações semelhantes e, do ponto de vista textual, oferecem poucos indícios acerca de qual norma seria a mais favorável em um caso concreto. No entanto, a interpretação dada aos preceitos está baseada em diferentes justificativas e podem divergir. A construção da norma mais favorável não poderia limitar-se a um cotejo semântico das disposições linguísticas dos textos jurídicos. O diálogo das fontes de Mazzuoli transparece que apenas seria necessário, ou desejável, nas hipóteses de canonizações dos direitos extremamente diferentes nos documentos internacionais e nacionais. Para reforçar nossa conclusão de que a preocupação do diálogo das fontes é de natureza positiva e textual, Valério Mazzuoli (2010, p. 165-173) categoriza as hipóteses de diálogo de fontes entre tratado e Constituição da seguinte forma: 1) diálogo de inserção (ampliam o núcleo de alcance de proteção do direito interno) e 2) diálogo de transigência (conflito quando o tratado de direitos humanos consagrara direito cuja execução é proibida pelo ordenamento interno). Como será abordado a seguir, a interação entre a jurisprudência dos níveis de proteção de direitos é muito mais complexa do que a análise da ampliação ou da proibição de um direito através da seleção de trechos de produções normativas textuais.

⁴⁷⁷ Com a apresentação do argumento do diálogo entre precedentes encerramos a estrutura normativa do pluralismo constitucional (interação heterárquica entre ordenamentos constitucionais através de influências mútuas cujo objetivo é construir a melhor interpretação de direitos humanos por meio do diálogo de precedentes). O conjunto teórico construído pode ser, neste momento, contrastado com a tese do transconstitucionalismo de Marcelo Neves (2009). Para Marcelo Neves, a complexidade do mundo contemporâneo demonstra que dois problemas centrais para o constitucionalismo moderno (proteção de direitos humanos e limitação do poder público) extrapolaram os limites territoriais dos Estados e alcançaram ordenamentos jurídicos internacionais, supranacionais, transnacionais etc. A solução de conflitos que possam

3.3. O DIÁLOGO ENTRE PRECEDENTES NA CtIDH: o consenso regional e a interpretação evolutiva.

Os direitos humanos previstos na Convenção, por vezes, não compartilham dos mesmos conteúdos dos direitos fundamentais previstos nas Constituições nacionais. No entanto, tal como os direitos fundamentais, funcionalmente, os direitos humanos afiguram-se como padrões que servem para avaliar a compatibilidade de atos políticos estatais nacionais. Retomando as discussões a respeito do pluralismo político e da diferença interpretativa entre os direitos, devemos nos perguntar, inicialmente, de que forma os direitos humanos devem ser construídos pela CtIDH, à luz do diálogo no pluralismo constitucional. Para tanto, será preciso analisar institutos e perspectivas hermenêuticas da prática da CtIDH, a fim de reinterpretá-los de acordo com as prescrições do pluralismo constitucional.

surgir entre os ordenamentos, com base naqueles dois problemas, perpassa pela adoção de uma racionalidade transversal capaz de criar uma ponte de transição entre os conteúdos dos vários ordenamentos, que permita o conhecimento e aprendizado mútuos. As pontes de transição surgem graças aos acoplamentos estruturais de sistemas que compartilham o mesmo código binário jurídico (lícito/ilícito). Neves adota um conceito de Constituição indissociado da noção estatal (Constituição transversal), que não é reproduzido nos âmbitos dos demais ordenamentos (NEVES, 2009, p. 57-60), no entanto, os problemas da Constituição transversal podem ser transportados e respondidos por outros ordenamentos jurídicos (NEVES, 2009, p. 120). Nas interações dos problemas transconstitucionais, Neves postula que a metodologia transconstitucional siga uma postura de dupla contingência, na qual um ordenamento reconhece, em primeiro lugar, sua identidade e não se fecha para o reconhecimento do outro. Não é uma negação à identidade em direção a uma convergência cega, mas uma abertura para relações cognitivas e normativas com outras ordens normativas (NEVES, 2009, p. 272). A principal diferença do pluralismo constitucional (e seu fundamento no pluralismo jurídico), com relação ao transconstitucionalismo (fundamentado na teoria dos sistemas), reside no reconhecimento da natureza constitucional do discurso do outro. O transconstitucionalismo, apesar da metodologia da dupla contingência, nega a identidade do outro que se manifesta por meio de discursos constitucionais, por defender um conceito substancial absoluto de constitucionalismo que, além de parecer infenso a outras construções interpretativas, transparece uma confiança liberal em um modelo estabilizado que, não necessariamente, é compartilhada por inúmeros grupos étnicos e sociais das comunidades políticas, como aponta James Tully (1995). De um lado, a conceituação fechada de um constitucionalismo e, por outro, a defesa da construção de uma racionalidade transversal dos ordenamentos jurídicos entra em tensão, em, pelo menos, duas ocasiões. Em primeiro lugar, quando o autor lida com a ideia de resolução de problemas constitucionais deslocados do Estado por ordenamentos jurídicos não-constitucionais suspeitas são suscitadas acerca da legitimidade política deste deslocamento, pressuposta pelo autor (NEVES, 2009, p. 120), de que ordenamentos jurídicos outros pudessem decidir sobre assuntos tão importantes para o que denomina de Constituição transversal (estatais) e que afetam seus pilares, Estado de Direito e Democracia. Em segundo lugar, a tensão é realçada quando o autor trata da possibilidade do estabelecimento de racionalidades transversais transconstitucionais nas interações com ordens locais extraestatais, que não se expressam, institucionalmente, por meio da formulação dos dois problemas característicos do constitucionalismo. Nestas ocasiões o autor fala em “transconstitucionalismo unilateral” e “paradoxo”, pois os ordenamentos locais extraestatais não formulam as questões jurídicas como formulações constitucionais do conceito substantivo da Constituição estatal transversal. Portanto, a classificação dos ordenamentos parte de um ponto privilegiado de análise, que, embora não negue a própria identidade transversal, julga e categoriza a identidade de outros ordenamentos, por vezes, negando sua qualidade constitucional. E, por fim, é questionável falar em acoplamentos estruturais capazes de gerar uma racionalidade transversal transconstitucional no caso de sistemas que não compartilham do mesmo código binário (lícito/ilícito) ou quando ausentes as mesmas premissas do constitucionalismo substancial defendido por Neves.

3.3.1. Os diferentes consensos (unânime, numérico e das muitas mentes) e a interpretação evolutiva como deferência.

A principal fonte argumentativa, dentro do plano regional, deve ser a interpretação que as instituições nacionais fazem dos direitos fundamentais. Todavia, o papel da CtIDH não pode ser o de fiel reproduzidor, tal qual um espelho refletor, dos padrões constitucionais desenvolvidos pelos Estados americanos que, supostamente, alcançaram status de consenso. Tal interpretação substituiria o pluralismo constitucional por um monismo constitucional interno, que tornaria inócua a presença da corte. Da mesma forma que sugerir que o conteúdo dos direitos humanos no continente americano deva ser entregue pela CtIDH de cima pra baixo (*top down*) ser impossível e indesejável do ponto de vista normativo, também o é defender que a CtIDH, simplesmente, agregue de forma acrítica as soluções gestadas pela jurisprudência interna, como forma de análise consensual dos direitos humanos.

O argumento do consenso regional, porém, parece ser uma importante característica das instituições de proteção internacional dos direitos humanos, pois faz parte das técnicas interpretativas desenvolvidas pela CtEDH⁴⁷⁸. Entretanto, a interpretação consensual não tem encontrado espaço na jurisprudência da CtIDH, visto que a corte interamericana não acolheu a margem de apreciação estrutural. Dessa forma, a ausência de um consenso acerca da interpretação de um direito humano no continente não será suficiente para a CtIDH isentar-se de decidir sobre o ponto e acolher as soluções nacionais. Mas, acatando provisoriamente o argumento, em face da sua aplicação na Europa e da influência da corte europeia no sistema interamericano, precisamos responder se poderíamos identificar um consenso regional americano sobre o conteúdo de um direito convencional.

A pergunta inicial a ser feita é a seguinte: qual o grau de abstração que estamos dispostos a concordar acerca da análise dos direitos humanos? Os direitos fundamentais, como sustentando ao logo das últimas páginas, possuem aspectos que, invariavelmente, irão divergir entre as comunidades políticas e o problema de uma análise consensual está em escolher, inicialmente, em quais dos aspectos será feita a comparação para fins de avaliar uma possível concordância entre diversos países (consensual, suprapositivo e institucional)⁴⁷⁹.

⁴⁷⁸ Helfer (1993, p. 134), Benevisti (1999, p. 851-853), Dzehtsiarou (2011, p. 1.733) e Wildhaber, Hjartarson e Donnelly (2013, p. 249).

⁴⁷⁹ Wildhaber, Hjartarson e Donnelly (2013, p. 258) desenvolvem argumento semelhante, quando afirmam, em tom de crítica, que a pouca atenção da CtEDH para com o grau de similaridade exigido entre a produção jurídica dos países influencia a identificação do consenso.

Pensemos no direito à igualdade. Conforme o sustentado pela corte interamericana, o direito à igualdade possui uma vertente que protege o indivíduo da discriminação e um dos fatores que podem constituir o *discrímen* é a raça. Se, por ventura, a CtIDH julgar a convencionalidade de políticas de ações afirmativas de acesso ao ensino superior para negros que acionaram à corte alegando sua ausência em seu país (excluindo, para fins do exemplo, a argumentação com base nos direitos sociais), de que forma ela faria a pesquisa do consenso?

Em um primeiro ponto, a CtIDH excluiria o argumento de que o consenso a ser buscado seria a unanimidade⁴⁸⁰. Ou seja, a resposta não poderia estar na concordância unânime de todos os Estados que ratificaram a CADH, porquanto a exigência da unanimidade impediria que a Corte fiscalizasse importantes atos dos Estados que violassem os direitos convencionais por omissão. Se o requisito para fiscalização fosse a unanimidade de um determinado padrão previsto nos Estados, a simples ausência ou a não estipulação de importante padrão em apenas um deles impediria a corte de incorporá-lo ao conteúdo dos direitos humanos convencionais⁴⁸¹. No exemplo, se apenas um dos vinte e três Estados da CADH não prever políticas de ações afirmativas (o Estado demandado no exemplo), a corte chegaria à conclusão de que não poderia analisar o tema, em razão da não unanimidade, caso concordemos que o aspecto consensual a ser aferido for o institucional (a forma como a política foi instrumentalizada para concretizar a igualdade). Por outro lado, se nenhum dos vinte e três países prever a institucionalização da política, a corte precisará partir para outros fatores que, não necessariamente, excluem a busca pelo consenso.

Apesar de não ter institucionalizado a política pública, todos os Estados podem ter desenvolvido no plano suprapositivo argumentos que, se propriamente interpretados, justificariam a criação da política, que pode ser, ao final, determinada pela corte nas reparações. Daí o grau de abstração do consenso ser importante – o consenso pode não estar

⁴⁸⁰ De acordo com o afirmado por Wildhaber, Hjartarson e Donnelly (2013, p. 257), apesar de a palavra consenso significar “unanimidade” em latim, a CtEDH não a exige.

⁴⁸¹ O argumento contrário (uma violação de direitos humanos praticada por todos os Estados), atualmente, beira o absurdo, mas não estamos tão distantes dele no SIDH. Nessas hipóteses, a atuação da CtIDH será justificada, especialmente nos casos em que a violação for, internamente, tida como contrária aos padrões constitucionais. Execuções extrajudiciais, tortura e desaparecimentos forçados, mesmo na época em que a maioria dos países americanos estava sob o domínio de ditaduras, eram políticas governamentais autoritárias que não estavam amparadas por bases legais ou constitucionais locais. Ainda que se questione a natureza material das normas constitucionais à época de ditaduras e a influência da ausência de um regime democrático em sua eficácia, aquelas práticas ainda seriam políticas governamentais repudiadas pelo próprio ordenamento interno. O mesmo vale para violações de direitos humanos que, atualmente e rotineiramente, assolam boa parte dos países da América Latina (discriminação racial, de gênero e violência policial etc.), ou seja, mesmo que a identificação da prática violadora de direitos humanos seja um consenso nos países latino americanos, não quer dizer que a CtIDH tenha de incorporá-los como uma prática amparada pela CADH, quando nem mesmo os ordenamentos constitucionais o fazem (a ação da corte interamericana estaria amparada pela subsidiariedade). Independentemente da via da perspectiva, a busca pelo consenso unânime como padrão obrigatório de incorporação à CADH é frágil.

na concretização (institucional), mas nos argumentos (princípios) que perfazem o conteúdo do direito (suprapositivo)⁴⁸².

O consenso como unanimidade deve ser afastado por duas razões principais: a) exigir a unanimidade de padrões de direitos humanos retiraria da corte a competência para analisar violações de direitos humanos que decorressem de omissões estatais e b) para que haja unanimidade em algo, deve haver, previamente, consenso acerca de quais aspectos dos direitos humanos serão analisados para fins da análise, reconduzindo a identificação do consenso ao infinito – para o consenso, precisaríamos consentir na medida de análise⁴⁸³.

Excluídas as hipóteses de consenso como unanimidade, outras formas de análises consensuais ainda podem ser examinadas. O argumento do consenso na interpretação da CADH pela CtIDH poderia se refletir na questão do denominador dos Estados (ou consenso numérico). Ou seja, na interpretação da CADH, o conteúdo do direito pode ser construído a partir da propositura de uma fração cujo numerador representaria os países onde se observa a prática tida como violadora de direitos humanos (por exemplo, discriminação em razão da orientação sexual da pessoa) e no denominador os países que condenam a prática. Caso o

⁴⁸² Laurence Helfer (1993, 157-161), a fim de contornar as abordagens discricionárias da CtEDH em relação ao consenso, sugere que sua análise seja feita ao longo de um *continuum*. O primeiro passo seria verificar o texto da convenção, porquanto ele ofereceria o principal ponto de partida para identificar o consenso. Sua precedência justifica-se pela deferência às produções democráticas. Em segundo lugar, quando o texto da convenção não fornecer resposta segura, o juiz deverá buscar o consenso na reforma do direito interno. Apesar de reconhecer a imprecisão de uma formulação numérica para aferir a quantidade dos países que devem apresentar alterações legislativas, o autor arrisca sugerir que a alteração seja observada em, ao menos, metade dos Estados, como representação da regra de maioria. Por fim, se, mesmo após detida análise do texto e das reformas legislativas, persistir a dúvida, a corte poderá olhar para o desenvolvimento do direito internacional e regional (o autor refere-se ao Conselho) para confirmar a existência de um movimento em direção a uma perspectiva regional comum. A perspectiva do *continuum* para análise do consenso demonstra que a CtEDH não busca unanimidade, pois em um extremo teríamos a total uniformidade (consenso unânime) e no outro, total discordância (ou a falta de consenso). No entanto, por mais interessante que a proposta possa parecer, algumas críticas precisam ser feitas. A primeira delas é quanto aos pontos de referência do *continuum*. Para que a análise seja feita com rigor, deve haver consenso quanto aos pontos que perfazem as etapas sucessivas. Porém, como reconhece o próprio autor, os juízes da corte discordam quanto aos fatores que levam ao consenso e quanto à metodologia a ser empregada (HELFER, 1993, p. 155). Além do mais, identificar o consenso nas reformas legislativas pode ser mais complexo do que, simplesmente, contabilizar se uma maioria de países possui leis que seguem uma direção comum, pois o autor pressupõe que todas as leis dos diferentes países possuiriam âmbitos, escopos e consequências idênticas para o direito afetado (diferenças institucionais). A temerosa análise sincrônica de construções democráticas sobre direitos fundamentais, que historicamente não seguem um ritmo linear, ocasionaria constantes flutuações da jurisprudência e do conteúdo dos direitos humanos europeus, pois ficariam dependentes da revogação ou da promulgação de apenas uma lei, se a maioria for apertada nos países acerca de um tema. Por fim, quanto mais nos aproximamos do extremo da discordância e os indícios de consenso tornam-se rarefeitos, nos questionamos se a tese de Helfer não deveria ser revista para abarcar uma construção cumulativa dos fatores (texto, reformas legislativas e tratados internacionais observados conjuntamente), pois parece que o autor está a sugerir que mesmo frágeis indícios de consenso são suficientes para justificar uma decisão da CtEDH, ao passo que teríamos muito mais argumentos para sustentar que, se há discordância na interpretação do texto da convenção, insuficiência de soluções nos trabalhos preparatórios, desenvolvimento difuso das legislações nacionais, não há consenso europeu suficiente sobre o conteúdo do direito, do que o contrário.

⁴⁸³ O ponto *b* serve, igualmente, como crítica das demais buscas pelo consenso, além da unanimidade.

numerador seja menor que o denominador, a corte consideraria a prática como um desvio a ser banido⁴⁸⁴.

Pensar o consenso em termos fracionários é o mesmo que reduzir o papel da corte interamericana a uma instituição que contabiliza a produção jurídica dos Estados partes da convenção acerca de um tema, relegando as razões para segundo plano e privilegiando o fator quantitativo. Não se busca aprender com as experiências e/ou reforçar os melhores argumentos desenvolvidos pelo continente (construção do princípio *pro homine*), mas chegar a conclusões baseadas na premissa fática da quantidade de decisões sobre determinado tema (YOUNG, 2005, p. 155).

A adoção do critério do consenso numérico, ademais, abre espaço para o problema da seleção dos Estados que irão compor o denominador. No caso *Atala Riffo* (2012), a corte citou decisões mexicanas e colombianas que tratavam de tema semelhante, mas deixou de citar decisão do STF (ADPF nº 132), que girava em torno da mesma temática. Quais foram os critérios adotados pela CtIDH para selecionar o que considerou como países relevantes para a análise jurisprudencial interna? O argumento numérico levanta suspeitas acerca das escolhas dos Estados, que pode ser aleatória, ao compilar-se apenas as decisões cujo resultado são atraentes para a CtIDH. Tal prática é denominada de *cherry-picking*⁴⁸⁵, uma vertente dos argumentos falaciosos que focam em apenas um aspecto dos dados analisados, enquanto ignora outros dados relevantes para o ponto em análise (FRIEDMAN, 2011, p. 879).

O foco numérico da escolha dos Estados pode colocar a corte em uma encruzilhada: citar todos os Estados que possuem decisões convergentes com a corte ou escolher apenas alguns dos Estados, mesmo que outros Estados tenham jurisprudência acerca da questão? Se a preocupação for a agregação numérica, podemos inviabilizar os trabalhos da corte ao obrigar exaustiva e rigorosa pesquisa jurisprudencial nos vinte e três países que fazem parte da CADH. Caso evitemos a abordagem agregativa, a seleção estatal incompleta (se a corte deixar de citar um país que possui jurisprudência relevante para a demanda no SIDH) deixa de atrair questionamentos para quem se preocupa com a quantidade dos Estados tidos por relevantes. Ainda com o caso *Atala Riffo* (2012), dificilmente chegaríamos a uma resposta segura e

⁴⁸⁴ Ernest Young (2005, p. 148) utilizou a lógica do denominador para explicar a citação de precedentes estrangeiros e internacionais na Suprema Corte dos EUA no caso *Roper vs. Simmons* (2005).

⁴⁸⁵ Bricolagem é sinônimo que pode ser utilizado, também, para explicar o fenômeno. De acordo Roger Alford (2004, p. 64-65), parafraseando Mark Tushnet, a bricolagem ocorre quando o juiz lança mão apenas das fontes de fácil disponibilidade (*at hand*), além de selecionar somente o que é conveniente para o resultado almejado e decidido antecipadamente, porquanto não há esforço comparativo rigoroso. A superficial inofensividade da bricolagem e do *cherry-picking* pode dar lugar à pernicioso prática de citar precedentes seletivos para acobertar escolhas políticas da corte (POSNER, 2005, p. 88), o que poderia afetar a legitimidade das sentenças da CtIDH.

satisfatória sobre os fatores que levaram a escolha do precedente do México em detrimento do brasileiro.

Não podemos ignorar que a escolha do Estado a ser utilizado como referência é um problema contornável para a CtIDH, diferentemente de outros tribunais⁴⁸⁶, pois os Estados que podem ser analisados são aqueles que ratificaram a CADH, ou seja, a corte não necessita fazer os seguintes questionamentos: a) qual a média de Estados a ser analisada; b) qual similaridade entre eles (jurídica, política e social) justificará a eleição como precedente relevante; e c) seleção de um país cuja língua seja dominada pela CtIDH. Mas, é preciso reforçar, tendo em vista que a interpretação da CADH não pode ser realizada com base no consenso, o aspecto mais importante para a CtIDH é a análise das razões produzidas pela região que almejem a construção da melhor interpretação (o que diferencia a agregação, da deliberação). Portanto, a citação completa de precedentes americanos que converjam com as razões da CtIDH construída a partir de outros precedentes dos Estados que interpretaram a CADH (e dentro do espaço amostral delineado) pouco acrescentará à decisão final da corte interamericana do ponto de vista epistemológico.

A assertiva da impossibilidade de alcançarmos um consenso numérico pode ser comprovada com a dificuldade da prática atual da CtEDH. Após a entrada em vigor do Protocolo nº 11, a análise consensual feita pela corte europeia passou a ser mais rigorosa, documentada, sofisticada e variada⁴⁸⁷. No entanto, a falta de critérios para sua identificação e interpretação permanece uma constante (WILDHABER; HJARTARSON; DONNELLY, 2013, p. 249). Um dos principais elementos para a identificação do consenso é a produção jurídica dos Estados partes (Constituição, leis e precedentes) e, de forma semelhante ao

⁴⁸⁶ Cortes Constitucionais que intencionem citar direito constitucional estrangeiro terão de enfrentar inúmeras questões metodológicas acerca do material a ser utilizado, se desejam afastar as críticas postas na nota anterior. Basil Markesinis e Joerg Fedtke (2006, p. 169-172) sustentam que a busca pela inspiração estrangeira deve ser justificada por um critério racional, porque o propósito da comparação é ajudar a ampliar horizontes e não, simplesmente, reforçar uma escolha individual. Contudo, a pesquisa não precisa ser exaustiva, uma vez que limitada por considerações pragmáticas: a potencialidade da transferência, acesso aos dados relevantes e afinidades linguísticas. Posner e Sunstein (2006, p. 143-164) acrescentaram outras variáveis importantes que influenciam na escolha (se o problema é moral ou fático; se a decisão acompanha a evolução jurídica do país; se o país é uma democracia e se a decisão citada não é fruto de assimilação acrítica de padrões estrangeiros ou internacionais) e elaboram princípios que pensam poder guiar o juiz que intenciona realizar citações de decisões estrangeiras: 1) a análise deve ser de, em média 10 a 20 países, e não de todos os países do mundo; 2) evitar países não democráticos; 3) apenas materiais traduzidos em inglês e compreendidos nesta língua; 4) favorecer fontes recentes; e 5) evitar decisões que podem ter sido fruto do efeito cascata (PONSER; SUNSTEIN, 2006, p. 169-170). Apesar de denominar de princípios, o recorte da quantidade de países, a especificação linguística, temporal e consequencialista não fogem do pragmatismo lembrado por Markesinis e Fedtke (2006). Mais fácil é sugerir que se trata de fontes interpretativas, do que incluir a citação em uma teoria constitucional mais abrangente. Roger Alford (2005) chega à conclusão semelhante por outras vias.

⁴⁸⁷ Em contraposição, acerca da análise consensual errática feita pela comissão e pela corte, cf. Helfer (1993).

abordado nos últimos parágrafos, a grande dificuldade da corte europeia é estabelecer quais Estados terão sua produção jurídica analisada.

Analisando, empiricamente, o argumento consensual pós-Protocolo nº 11, Wildhaber *et. alli* constataram que: 1) em 56% dos casos em que o consenso nos 47 Estados que ratificaram a CEDH foi suscitado, o número de ordens analisadas girou em torno de 60-67% dos países (ou seja, pouco mais da metade dos países foram analisados, na quase metade dos casos em que o argumento consensual foi suscitado); 2) Em 24,6% dos casos, a corte, ao indicar que atesta a presença ou ausência de consenso, não ofereceu qualquer dado ou informação que comprovasse sua assertiva, mencionando simplesmente fórmulas genéricas (uma “maioria de Estados”, por exemplo); 3) Em 12,3% dos casos, quase a metade de todos os Estados foram considerados (e citados separadamente, apesar de não preencher o critério da maioria); e 3) em 7% dos casos, a pesquisa comparativa foi realizada com menos de 25% dos Estados partes.

Além de significativa parte das decisões da corte não ter analisado a maioria dos Estados (44%), os autores constataram que há certa dificuldade de extrair uma resposta à questão de quantos países a corte requer similaridade para estabelecer um consenso. Dentre os fatores que dificultam a empreitada, os autores apontam a divergência entre os juízes sobre o que seria o consenso e os recursos limitados da corte ao realizar um estudo completo do direito comparado (WILDHABER; HJARTARSON; DONNELLY, 2013, p. 258).

Mesmo no contexto europeu, cuja prática do consenso está tradicionalmente assentada, a análise do consenso afasta-se da busca pelo consenso unânime, bem como demonstra a dificuldade em interpretarmos o consenso exigido como simples contabilização dos países que fazem parte do Conselho. Na prática europeia, mesmo nos casos em que uma maioria dos Estados foi analisada, o argumento do consenso foi estabelecido por aproximação, o que apontaria uma fragilidade teórica acerca da utilização do padrão em sua fórmula numérica. Além do mais, os autores afirmam que a corte europeia, mesmo após ter identificado que uma vasta maioria dos Estados europeus permite o aborto, não considerou a prática como consensual, por ser uma questão bastante delicada do ponto de vista moral e ético (WILDHABER; HJARTARSON; DONNELLY, 2013, p. 259). Portanto, outros importantes fatores interferem na interpretação dos direitos convencionais europeus, que ultrapassam a busca do consenso como padrão capaz de compor o conteúdo da convenção.

Outra forma de se chegar a um resultado pelo consenso pode ser defendida pelo argumento das muitas mentes (SUNSTEIN, 2009; POSNER; SUNSTEIN, 2006). Para esta vertente do argumento consensual, o recurso à produção jurídica dos países que ratificaram a

convenção faz-se necessária por questões fáticas e morais, na medida em que a quantidade de Estados que endossa uma determinada interpretação para um direito implicaria na sua provável correção. Dito em outras palavras, uma maioria que opta por uma decisão tem, proporcionalmente, mais chances de estar correta do que uma minoria (POSNER; SUNSTEIN, 2006, p. 136). A diferença em comparação ao consenso pelo denominador, apesar de sutil, está no valor epistêmico da resposta da maioria – a deferência à solução agregativa se justifica, normativamente, pelo provável acerto das decisões formulados por um esforço conjunto (VERMEULE, 2009, p. 10)⁴⁸⁸.

O argumento das muitas mentes como análise do consenso não foge, igualmente, de fortes críticas. Na versão defendida por Sunstein (2009), inspirada em Condorcet, as vantagens epistemológicas do argumento independem da correção da resposta a ser alcançada. Portanto, além de a vantagem ser probabilística, a maior quantidade de mentes pensando sobre a interpretação de um direito fundamental não será garantia de sua qualidade. Ademais, a probabilidade da correção de uma solução das muitas mentes não se preocupa com a forma com que as informações serão agregadas, portanto, será mais provável que os membros do grupo estejam preocupados em escolher a decisão coletiva que maximizará suas preferências, (VERMEULE, 2009, p. 08-09), do que a solução normativa que seja a mais favorável, após cuidadosa análise de todos os fatores envolvidos na questão.

Tendo em vista que o argumento das muitas mentes não garante a correção da decisão coletiva, sua atratividade se enfraquece como uma versão do consenso, pois a construção do princípio *pro homine* exige da CtIDH a avaliação das interpretações regionais, e não sua simples absorção sob a justificativa de que seriam, provavelmente, as melhores apenas por função de sua agregação numérica.

⁴⁸⁸ O argumento da Constituição das muitas mentes (*many minds*) salienta as visões particulares sobre o que as pessoas pensam acerca da interpretação constitucional, pressupondo a sabedoria das multidões e o fato de que o sentido constitucional muda com o passar do tempo, sem que o texto constitucional se altere (SUNSTEIN, 2009, p. 03-07). Sunstein (2009, p. 08) oferece várias respostas para as perguntas do por que as multidões são tidas como sábias e de como e quando será verdadeiro atribuir boas respostas das multidões para questões difíceis: *evolucionárias*, se muitas pessoas aceitaram uma prática ao longo do tempo, a prática provou ser boa; *diversidade*, as previsões das multidões superam as previsões feitas por indivíduos singularmente considerados e *Madisoniana*: em um sistema de freios e contrapesos, cuja ação governamental é possível apenas se muitas mentes independentes concordem com ela, podemos promover tanto a deliberação e a liberdade. A relação do argumento das muitas mentes (que, do ponto de vista formal, espelha o teorema do Júri de Condorcet) com o direito constitucional pode ser encontrada nas raízes de algumas abordagens acerca da interpretação constitucional, como, por exemplo, o *originalismo* (as muitas mentes analisadas são as da geração fundacional, em detrimento das gerações atuais); *interpretação evolutiva* (a interpretação constitucional evolui de acordo com o precedente judicial, portanto, a visão dos juízes que interpretaram a Constituição é mais importante do que a do público); *populismo* (as mentes que formaram a tradição e que compõem a opinião pública importam mais) (SUNSTEIN, 2009, p. 13) e *cosmopolitismo* (busca aumentar o conjunto de visões que estão sendo consultadas na interpretação, na esperança de produzir mais informações sobre o certo e o verdadeiro no plano constitucional) (SUNSTEIN, 2009, p. 188-190).

O resultado da produção interpretativa das muitas mentes passará, invariavelmente, pelo gargalo epistêmico (*epistemic bottleneck*) da CtIDH, pois uma única instituição será a responsável de aferir os limites, conteúdos e alcance dos argumentos produzidos nos países. Nesses casos, a construção coletiva afiguraria apenas como o *input* de um processo de tomada de decisão singular. Portanto, a decisão da corte interamericana sobre a agregação poderia prescindir da produção coletiva anterior, na medida em que poderá interpretá-la de forma equivocada, distorcê-la ou rejeitá-la, em favor de sua própria produção epistemológica⁴⁸⁹.

A quantidade de argumentos contrários aos métodos de identificação de consensos regionais não significa que possamos ignorar a produção interpretativa de direitos humanos no continente. Do ponto de vista dialógico, intencionamos demonstrar que falar em construção da melhor interpretação como a busca pelo consenso regional parece normativamente pouco atrativo⁴⁹⁰. Dessa forma, e tendo em vista a recusa da CtIDH em adotar uma margem de apreciação estrutural, as interpretações dos direitos fundamentais regionais (reminiscência do que poderia ser um consenso) deverão, no entanto, ser inseridas no debate acerca da interpretação evolutiva, critério amplamente aceito pela corte interamericana e utilizado como a justificativa para a inclusão de padrões constitucionais da região.

Como explica Kanstantsin Dzehtsiarou (2011, p. 1.734-1.740), a relação entre interpretação evolutiva e margem de apreciação⁴⁹¹ na corte europeia é mediada pelo consenso. A necessidade de atualização convencional dos problemas jurídicos, sociais e políticos contemporâneos demanda a adoção da interpretação do instrumento vivo para a CEDH; no entanto, isto não significa carta branca para quaisquer interpretações da CtEDH (NEUMAN, 2008, p. 114).

Não por outra razão, Dzehtsiarou (2011, p. 1.743-1.744) vê no consenso importante via legitimadora das decisões da CtEDH, pois é o elo que liga a função da corte de concretizar de maneira efetiva os direitos convencionais, ao mesmo tempo em que demonstra deferência à produção de organismos democraticamente eleitos no plano interno. O consenso é a medida utilizada pela CtEDH para alargar ou diminuir a profundidade da margem de apreciação, por

⁴⁸⁹ A crítica foi estruturada com base em Adrian Vermeule (2009, p. 33-34).

⁴⁹⁰ No mesmo sentido, Ariel Dulitzky (2015, p. 75-76) defende que o consenso regional não deve ser um fator determinante (*determinig factor*) na interpretação da convenção, pois atingir o consenso seria diminuir os padrões protetivos em uma região de problemas estruturais em matéria de direitos humanos. Conclui o autor, todavia, que o consenso pode ser um elemento demonstrativo dos padrões desenvolvidos no continente e que devem influenciar a decisão da CtIDH, porque são oriundos de juízes incumbidos de interpretar a CADH.

⁴⁹¹ Critérios interpretativos identificados na jurisprudência da CtIDH.

meio da aplicação (ou não) da interpretação evolutiva. Quanto maior o consenso entre os países, menor a margem de apreciação e a interpretação evolutiva se justifica. E vice-versa.

Pudemos observar, no entanto, que no próprio continente europeu a busca por um consenso nos Estados é uma tarefa errática e de difícil formulação. As fórmulas unânime, numérica e das muitas mentes falham em captar o que poderia ser considerado como uma interpretação consensual de um direito humano. No entanto, podemos utilizar a ideia de interpretação evolutiva convencional para inserir as discussões constitucionais regionais acerca da aplicação dos direitos humanos, como um dos indícios da deferência acolhida pela CADH.

Afastando a abordagem do consenso, por conseguinte, pensamos que a fórmula da interpretação evolutiva da CADH pode ser mais bem representada pela reconstrução dos argumentos jurídicos que foram veiculados por jurisdições constitucionais americanas, sem que se tenha a preocupação numérica do consenso ou de adotar algum critério que exija da corte demonstrar que está adotando um posicionamento consensualmente aceito no continente. Porém, a corte apenas conseguirá justificar a presença de uma interpretação evolutiva da CADH (alterações políticas, sociais e jurídicas), caso elabore e delibere sobre as fundamentações da produção interpretativa dos países signatários.

A relação entre interpretação evolutiva e a utilização de interpretações constitucionais dos países signatários da CADH representaria o que Hanneke Senden (2011, p. 163-164) identificou em análise empírica dos casos da CtEDH: a evolução na interpretação é, na maioria dos casos, exemplificada com o recurso ao direito comparado. A interpretação evolutiva, por si mesma, não se caracteriza como uma técnica interpretativa capaz de estabelecer o significado substantivo da CEDH, mas sim como um guia interpretativo respaldado pelo conteúdo das interpretações comparativas, abastecidas pelo material produzido pelas interpretações constitucionais internas (SENDEN, 2011, p. 271-283)⁴⁹².

De acordo com essa abordagem, podemos resgatar a legitimidade de Atala Riffo (2012) ainda que não tenha citado o caso brasileiro (que compartilhava formulações semelhantes às dos países citados pela CtIDH), porque a corte interamericana preocupou-se em justificar a interpretação evolutiva utilizando interpretações constitucionais regionais avaliadas pela corte interamericana como as melhores.

⁴⁹² Em sentido contrário, a CtEDH considera que não há indícios de uma interpretação evolutiva, quando não identifica material comparativo suficiente para reforçar a reivindicação (SENDEN, 2011, p. 284). Harris, O'Boyle e Buckley (2009, p. 08) argumentam que uma decisão da CtEDH acerca do caráter evolutivo da convenção exige que alterações nas políticas do direito tenham alcançado aceitação nos países quanto à interpretação do tratado, ainda que não seja ampla ou unânime, como no caso *Goodwin (Christine) v UK* (2002).

A subsidiariedade procedimental (esgotamento dos recursos internos e a vedação da quarta instância) significa, em essência, que os direitos humanos serão desenvolvidos interpretativamente pelos Estados signatários conjuntamente à interpretação dos direitos fundamentais e, em última análise, seus resultados serão avaliadas pela CtIDH. Ou seja, a comunidade de intérpretes da CADH não se restringe aos órgãos do sistema, aos sistemas da ONU e Europeus, mas devem incluir a produção constitucional interna, mas não que a inclusão ocorra na busca de um consenso acerca da temática no continente (como em uma pesquisa estatística), algo impossível e indesejável, mas que o faça na intenção de formular uma interpretação do direito em questão, de forma que reverbere os melhores argumentos produzidos no continente (princípio *pro homine*)⁴⁹³.

Os direitos humanos convencionais seriam direitos que cumpririam, concomitantemente, de acordo com a classificação de Letsas descrita páginas antes⁴⁹⁴, o papel de objetivos políticos e de direitos que limitam o poder político. De uma parte, prescrevem objetivos políticos cujos sentidos diferem com o tempo e com a situação política e social (interpretação evolutiva) da região de abrangência. E, por outra parte, sua força normativa é capaz de impor limites ao poder político estatal.

Por exemplo, podemos constatar que a força normativa e o conteúdo das normas convencionais se alteraram (evoluíram) com o tempo. A CADH entrou em vigor em 1978, época em que a maioria dos Estados que fazia parte do tratado estava à mercê de governos de exceção, portanto, período em que os direitos fundamentais constitucionais eram ineficazes e as democracias não efetivas ou inexistentes. Os órgãos do SIDH estavam cientes de sua atuação limitada nesta época de ditadura, por essa razão e como fora exposto na seção 2.2.3.4, suas atuações limitavam-se às opiniões consultivas, às visitas *in loco* e aos relatórios sem força vinculante. A interpretação da CADH assemelhava-se à mera recomendação (a maior preocupação dos órgãos era em denunciar as violações e embaraçar os países), cuja violação por parte dos Estados surtia pouco efeito, mesmo no âmbito da Assembleia Geral da OEA.

Com a redemocratização dos países que ratificaram a CADH, os órgãos do sistema passaram a adotar interpretações mais incisivas dos direitos convencionais e as frágeis e recentes democracias estavam dispostas a efetivar as sentenças condenatórias e as

⁴⁹³ A síntese de Legg (2012, p. 38) nos parece apropriada para compreender a relação entre o papel institucional de uma corte internacional de direitos humanos, sua relação com a interpretação de padrões universais (direitos humanos) e a interferência nesta interpretação da produção constitucional dos Estados: a compreensão de direitos humanos a ser adotada por um tribunal internacional sempre deverá ser a de possibilitar a diversidade interpretativa, uma vez que os Estados são os primeiros e principais protetores dos direitos fundamentais, o que exige deferência em algumas situações, todavia, a posição institucional dos tribunais internacionais não os exime de estabelecer padrões quando apropriado.

⁴⁹⁴ Cf. p. X.

determinações da Comissão. Dessa forma, apenas quando observamos o caráter do desenvolvimento da jurisprudência da CtIDH nos últimos quinze anos, a decisão dos tribunais constitucionais internos de inserir os padrões da CADH na interpretação constitucional, bem como as decisões constituintes ou da jurisdição constitucional de atribuir status de normas especiais aos tratados internacionais de direitos humanos é que podemos falar nos direitos humanos convencionais como padrões capazes de limitar atos políticos. Todavia, tal interpretação evolutiva só foi possível em decorrência da significativa alteração da situação política e social dos países que ratificaram a CADH⁴⁹⁵.

Portanto, a construção dos direitos humanos no continente não esteve alheia à prática constitucional interpretativa dos países. E através destas considerações é que podemos apontar para uma ideia de evolução que se mostra mais consentânea com as perspectivas interpretativas da tese. A noção de interpretação evolutiva de um tratado internacional exige uma resposta acerca do que poderia ser considerado como um ato de evolução no direito. Tendo em vista que o direito não é uma ciência natural, o que nos impede de utilizar os mesmos critérios para analisar, por exemplo, a evolução jurídica em termos biológicos, a discussão deve ficar no âmbito das disputas interpretativas nos ordenamentos constitucionais que aplicam a CADH.

A não ser que a CtIDH pretenda impor uma interpretação tida como “evolutiva” por meio de uma vinculação formal dos seus precedentes (algo que será abordado a seguir), uma única decisão judicial supranacional, por si mesma, não tem capacidade transformadora, pois ao mesmo texto normativo diversas e opostas interpretações poderão ser defendidas no plano dos Estados signatários da convenção. Portanto, para a análise e desenvolvimento do princípio *pro homine* baseado nas interpretações regionais, a característica de evolução dependerá da força persuasiva dos argumentos da corte interamericana⁴⁹⁶. E a força persuasiva da

⁴⁹⁵ Burgogue-Larsen (2014, p. 108-117), por exemplo, sustenta que a construção da interpretação evolutiva por parte da CtIDH está relacionada e pode ser explicada pela combinação de três fatores contextuais: 1) *O contexto jurídico* (que incluem os arts. 31 e 32 CVDT, o art. 29 da CADH e sua valorização do princípio *pro homine* e a filosofia jusnaturalista que o impregna); 2) *O contexto político* (a violência inerente à história do continente latino-americano fora determinante para a construção jurisprudencial da Corte nos primeiros casos, em sua intenção de erradicar a violência) e 3) *O contexto sociológico* (a interpretação da CADH depende, igualmente, da posição doutrinária, da formação e da especialidade dos juízes). Se os fatores que influenciam a interpretação evolutiva são contextuais, a alteração dos contextos políticos, jurídicos e sociológicos irá refletir no conteúdo dos direitos humanos.

⁴⁹⁶ A defesa de uma interpretação evolutiva de um tratado internacional representada pela força persuasiva dos argumentos que circulam em uma dada comunidade de intérpretes formada por instituições internacionais e, especialmente, nacionais resulta da tensão entre apologia e utopia da estrutura dos discursos internacionais discutida por Koskeniemi (2005, p. 14-64). Segundo o autor finlandês, os argumentos de direito internacional esboçam a constante e necessária tensão entre a exigência jurídica de fornecer padrões normativos e a deferência às manifestações estatais acerca de sua vontade na formulação dos tratados. O direito internacional não pode fornecer padrões jurídicos abstratos desvinculados das manifestações estatais, assemelhando-se a padrões

interpretação evolutiva dependerá do quão bem sucedida a CtIDH desenvolver os argumentos da melhor interpretação com base, também, nos precedentes constitucionais americanos.

A defesa da orientação sexual como categoria resguardada pelo art. 1.1 da CADH em Atala Riffo (2012) foi acompanhada de decisões de inúmeros precedentes internacionais e, especialmente para nosso caso, de decisões constitucionais regionais. Dessa forma, a corte não deixa de observar que a ideia de interpretação evolutiva dependeu do sucesso e do peso das argumentações de outras interpretações possíveis do texto convencional. Ou seja, não foi a decisão em Atala Riffo, isoladamente, que serviu de confirmação da evolução, mas esta foi produto de um processo interpretativo que incluiu atores internacionais e regionais, expondo e discutindo acerca da melhor interpretação a ser atribuída ao texto do tratado⁴⁹⁷. Por conseguinte, a interpretação evolutiva não está atrelada à posição da corte interamericana, ou seja, não é uma questão de autoridade (o que enfraquece tentativas de atribuir a vinculação formal às decisões da CtIDH), pelo contrário, seu sucesso depende da participação do conjunto de atores diretamente envolvidos na prática interpretativa da CADH⁴⁹⁸ e na formulação do princípio *pro homine*.

3.3.2. Normas convencionais *Jus cogens* e o diálogo entre precedentes: uma relação possível?

jurídicos recolhidos de um direito natural ou de uma teoria da justiça (utopia). Porém, não pode, igualmente, limitar-se a um repositório de ratificação das práticas correntes dos Estados (apologia). Koskeniemi defende que não pode haver preferência ou mesmo a conciliação entre apologia e utopia, mas a reavaliação constante e concomitante de ambas. O direito internacional está situado entre política e justiça, sem ser nenhuma das duas, no entanto, o que confere objetividade à prática jurídica do direito internacional é a sua capacidade de fornecer soluções justificadas. Justificativas, por sua vez, não são fornecidas automaticamente, mas construídas por meio de argumentos que levam em conta os aspectos apoloéticos e utópicos do direito internacional. Interpretar evolutivamente a CADH é um esforço hermenêutico constante de construir justificativas que levem em consideração a força normativa dos padrões jurídicos de direitos humanos internacionais e a prática interpretativa dos mesmos direitos no plano interno.

⁴⁹⁷ Argumento inspirado na abordagem interpretativa de Ingo Venzke (2012, p. 40).

⁴⁹⁸ A literatura acerca dos tratados internacionais correlaciona interpretação evolutiva à intenção dos Estados que os ratificaram, muito em função de decisões da CIJ e da Comissão de Direito Internacional, (ARATO, 2010, 466; DAWIDOWICZ, 2011, p. 207; HELMERSEN, 2013, p. 135). Dessa forma, os termos e os tratados apenas comportariam interpretações evolutivas, caso ficasse demonstrado que os países que os assinaram sinalizaram favoravelmente à evolução. No entanto, o argumento do discurso constitucional da CADH e sua natureza especial como tratado de direitos humanos nos permite receber tal correlação com reservas; seja do ponto de vista interpretativo, que aponta para a extrema dificuldade de extração do que poderia ser considerado como a intenção de um grupo de países, em que local e de que forma tal intenção deverá ser apresentada; seja do ponto de vista político, pois a prática interpretativa da CtIDH na aplicação de padrões de direitos humanos não pode limitar-se à reproduzir as interpretações regionais como a busca de uma intenção inalcançável (ponto muito próxima da discussão do consenso). Por exemplo, todos os Estados estavam de acordo com a proteção tradicional das terras indígenas no momento da assinatura da CADH? Temos de considerar a vontade da população no momento da ratificação ou podemos contar com manifestações posteriores? Ou a intenção a ser perseguida é a dos agentes diplomáticos encarregados de assinar o tratado? Caso a resposta não esteja nos trabalhos preparatórios, significa que a interpretação evolutiva está vedada ou que a problemática nem foi pensada no momento da assinatura?

Nos anos que cobrem os três períodos identificados na seção 2.2.3.4 (1978-2001), a quase totalidade dos casos que chegavam à corte estava relacionada aos atos e fatos que ocorreram durante os governos de exceção nos países ou nas práticas de violação de direitos humanos neles institucionalizadas, ou seja, ocasiões em que os países ainda encontravam-se sob o regime ditatorial e as incipientes democracias não dispunham de todos os meios para proteger os mais elementares direitos fundamentais previstos constitucionalmente e, por consequência, os direitos humanos convencionais.

A conjunção dos seguintes fatores – a) direitos envolvidos, b) tipos de violação, e c) as frágeis democracias – demonstram e justificam porque a CtIDH, naquele período, citou poucas vezes a deferência aos Estados. Os dois primeiros fatores (a e b) estão inter-relacionados e, portanto, serão analisados de forma conjunta.

O histórico de violência do continente americano ocupou (e ainda ocupa) significativa parte da pauta da CtIDH, que teve de lidar com as violações em massa de direitos humanos perpetradas pelos governos autoritários do continente americano. Dentre as principais violações identificadas estão, exatamente, a maioria das práticas que a CtIDH considerou que violavam normas *jus cogens*: 1) Proibição do desaparecimento forçado; 2) Vedação de Execuções Extrajudiciais; e 3) Vedação da tortura e de tratamentos desumanos.

As referidas violações podem ser consideradas como facetas e nuances do mesmo pressuposto: proteção do aspecto metafísico do direito à vida. As citadas práticas que violaram sistematicamente direitos humanos e que ocuparam a pauta da corte diziam respeito a um dos principais bens dos indivíduos, e cuja caracterização da violação independe de maiores especulações filosóficas quanto à sua configuração fática⁴⁹⁹. Como postula Candia (2014, p. 05), são violações que dificultam ao extremo o argumento de que, nestas situações, a política de violação em massa de direitos humanos poderia ser defendida como objetivo político legítimo do Estado. Por essa razão, é plenamente justificável que a CtIDH não tenha deferido aos argumentos estatais nestas ocasiões, ainda mais nos casos em que as instituições nacionais não estavam plenamente estabilizadas.

As faces e nuances do aspecto metafísico do direito à vida foram realçadas anteriormente, em detrimento de uma declaração mais precisa, para que os tipos de violações

⁴⁹⁹ Claro que as interpretações acerca da carga probatória dos desaparecimentos forçados e o caráter permanente destas violações são construções jurisprudenciais essenciais à punibilidade dos infratores e estão intimamente relacionadas ao bem jurídico protegido, mas são reflexos mais salientes das consequências procedimentais da defesa do direito, do que de sua construção substancial. Para mais detalhes acerca da direta relação entre o direito à vida, os tipos de violação e suas consequências procedimentais, cf. Maués (2008).

e os direitos envolvidos não se confundissem (proibição de tratamentos desumanos não é o direito, mas uma espécie de vedação de uma ação que viola um direito). Ademais, o direito à vida não é o único que é violado na tortura e no desaparecimento forçado, apesar de ser um dos principais. Como afirma Delmas-Marty (2004, p. 185), a delimitação do objeto de proteção nos três casos elencados parágrafos acima é tão difícil, que nos referimos a ele apenas por meio de proibições e vedações. A esta nuance e faceta metafísica do direito à vida, denominaremos de irredutibilidade do elemento humano⁵⁰⁰. Diferentemente de um ataque que se limita ao aspecto físico do direito à vida, tal objeto visa proteger os elementos que permitem a caracterização do indivíduo como um ser autônomo. Em razão de sua importância, Delmas-Marty (2004, p. 184) o caracteriza como um direito de proteção absoluta⁵⁰¹, ou seja, que não comporta qualquer tipo de limitação temporária ou permanente.

A jurisprudência da CtEDH, igualmente, postula que a margem de apreciação não pode ser invocada na interpretação dos arts. 2º (o direito à vida), 3º (o direito de não ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes), e artigo 4º (o direito de não ser mantido em escravidão ou servidão, ou sujeito à trabalho forçado ou obrigatório)⁵⁰². Na instituição berço da margem de apreciação, semelhante conjunto de direitos identificados pela CtIDH foi subtraído da margem de apreciação dos Estados (direitos relacionados à irredutibilidade do elemento humano e ao direito à vida). Natural que ocorresse o mesmo na jurisdição da CtIDH, com o agravante de a corte de São José estar lidando com Estados que, à época, estavam sob o domínio de ditaduras ou em vias de redemocratização.

A construção jurisprudencial de que o conjunto exposto acima configura violações ao *jus cogens* e que, por consequência, criam obrigações *erga omnes* não está isenta de críticas. Contudo, o conjunto formado pela irredutibilidade do elemento humano parece ter suscitado poucas controvérsias no continente, diferentemente de outro grupo de violações tidas como cogentes pela corte: 1) Igualdade e não discriminação, e 2) Acesso à Justiça.

A expansão das normas cogentes no âmbito da CADH posiciona a corte em um perigoso caminho na construção dos direitos humanos previstos no tratado, porque pressupõe a vinculação dos Estados, sem que possam opor qualquer objeção a elas, nem mesmo no

⁵⁰⁰ Preferimos irredutibilidade do elemento humano ao invés de fórmulas populares como “dignidade da pessoa humana”, para evitar a errônea impressão de que apenas essa categoria de direitos está relacionada com a noção de dignidade, bem como para evitar a atração da problemática filosófica acerca do que seria e como se caracterizaria a dignidade da pessoa humana. Não obstante reconhecermos que o delicado elemento antropológico inerente à dignidade humana esteja, ainda que em menor medida, presente em nossa construção.

⁵⁰¹ Diferentemente da irredutibilidade do elemento humano, o direito à vida em seu aspecto físico não dispõe de proteção absoluta, mas quase absoluta, porquanto limitações circunstanciais são aceitas, como, por exemplo, na legítima defesa, no estado de necessidade e em caso de guerras. Limitações, entretanto, que se restringem ao aspecto físico da supressão do direito à vida (DELMAS-MARTY, 2004, p. 187).

⁵⁰² Cf. nota 342 e Greer (2010, p. 04).

campo diplomático (NEUMANN, 2008, p. 117). Ademais, afirmar a força cogente de uma norma convencional significa esvaziar a necessidade de debater seus contornos através da deliberação dos precedentes da CtIDH.

As críticas teóricas feitas ao *jus cogens* na CtIDH focam os casos afastados da irredutibilidade do elemento humano, especialmente, a OC 18/03, que identificou a igualdade e a não discriminação como normas peremptórias⁵⁰³, mas que servem, igualmente, ao caso do acesso à justiça.

Em primeiro lugar, podemos questionar a posição do consenso internacional sobre os temas deste conjunto de normas cogentes. Tendo em vista o alcance de sua jurisdição, a identificação de tais normas limita-se ao âmbito regional? Ou seja, seriam normas que alcançaram um consenso na região ou sua cogência se estenderia à comunidade internacional, mesmo que dispostas em tratados internacionais que não são de alcance mundial, como os da ONU? Qual a forma de identificação do *jus cogens*: a existência de diversos tratados dispostos sobre o mesmo tema, aspectos relacionados à dignidade da pessoa humana ou apenas uma decisão judicial de uma corte internacional de direitos?⁵⁰⁴

Além de questionável do ponto de vista teórico, o status de norma cogente ao direito à igualdade e a não discriminação no caso de trabalhadores migrantes indocumentados pode transparecer uma estratégia interpretativa fracassada da corte, que pode afetar os argumentos sobre a evolução da CADH.

Quando afirma que o direito a não discriminação ganhou status *jus cogens* e que dele decorrem obrigações *erga omnes*, a CtIDH postula que a aplicação do direito independe da ratificação da CADH e que os Estados são obrigados a adotar todas as medidas para sua concretização. A construção da corte interamericana foi recebida como uma resposta à decisão da Suprema Corte Norte-americana em *Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. NLRB* (2002), que havia negado direitos trabalhistas para mexicano que se engajou em atividades sindicais, mas cuja autorização para trabalhar nos EUA era considerada irregular. Portanto, como norma *jus cogens*, os EUA, que não ratificaram a CADH, deveriam submeter-se às obrigações *erga omnes*.

⁵⁰³ Neumann (2008), Cavallaro e Brewer (2008), Bianchi (2008) e Erika de Wet (2013). Os citados autores formaram a base das críticas expostas no corpo do texto.

⁵⁰⁴ Erika de Wet (2013, p. 544) denuncia que, apesar da tentativa de fundamentar a natureza cogente da não discriminação recorrendo a um suposto consenso da sociedade internacional, a corte interamericana acabou por recorrer a argumentos de direito natural para justificar a cogência da norma, porquanto estabeleceu a conexão entre igualdade perante o direito com aspectos da dignidade humana, sugerindo a garantia do direito a partir de atributos inerentes à dignidade humana.

Da mesma forma que intencionou fazer com a OC nº 16/99 (direito de assistência consular aos presos)⁵⁰⁵, o México buscou com a OC nº 18/03 exercer influência no direito norte-americano (LAURECENCE, 2011, p. 95-96). Entretanto, naquele caso, as “vitórias” na corte interamericana e na CIJ (*Avena and Other Mexican Nationals*, 2004) não foram suficientes para sensibilizar a suprema corte norte-americana no caso *Medellín v. Texas* (2008), que, em síntese, considerou que mesmo que um tratado internacional possa constituir um compromisso internacional, não é tido como obrigatório no direito interno a menos que o Congresso tenha aprovado leis específicas para implementá-lo ou a menos que o próprio tratado seja auto-executável. Além disso, a suprema corte considerou que as decisões da CIJ não eram vinculantes no direito interno e que, sem autorização do Congresso ou da Constituição, o Presidente não dispunha de poder para fazer cumprir as decisões da CIJ. Na segunda ocasião, igualmente, a decisão da CtIDH no direito norte-americano parece não ter sido eficaz o suficiente para iniciar um processo de mudanças na legislação trabalhista dos EUA⁵⁰⁶.

O argumento *jus cogens* para grupos diferentes daquele exposto acima (que giram em torno da irredutibilidade do elemento humano), além de frágil do ponto de vista teórico e empírico, deve ser evitado por conta da construção dialógica e evolutiva dos direitos convencionais. Permitir que a CtIDH atribua, indiscriminadamente, status cogente às normas da CADH significaria que a corte disporia de poderes para construir e fixar unilateralmente o conteúdo dos direitos humanos convencionais. Como afirma Andrea Bianchi (2008, p. 503-504), a ideia de cogência como representação da inderrogabilidade e da aplicação mecânica

⁵⁰⁵ A manifestação dos EUA é contundente no caso, ao afirmar que a consulta seria uma tentativa de submeter o país à jurisdição da CtIDH, mesmo não tendo ratificado a Convenção Americana. Postulou, ademais, que seria um caso contencioso encoberto de consulta (OC 16/99, § 26). Na petição perante a CIJ, o Estado mexicano citou a OC da CtIDH, afirmando ter sido uma via importante para o reconhecimento da violação do direito por parte dos EUA e para o reconhecimento da assistência consular como direito humano, apesar de a petição reconhecer que a OC não surtiu o efeito almejado. Macina (2003, p. 137) afirmou, antes do julgamento do caso *Avena* (2004), que o reconhecimento de uma violação de direitos humanos por parte da CIJ seria um forte incentivo para os mexicanos presos nos Estados Unidos reivindicarem o direito à assistência consular nas cortes norte-americanas.

⁵⁰⁶ Em artigo que discutia o impacto de *Hoffman v NLRB* (2002) no direito laboral norte-americano, Ruben Garcia (2012), além de não citar o julgado da CtIDH como medida que tenha influenciado as políticas públicas nacionais (o autor não abordou o caso, e não sabemos se por desconhecimento ou por sua irrelevância no debate político), argumenta que a revogação do precedente pela suprema corte ou alteração legislativa da restrição dos direitos trabalhistas aos trabalhadores imigrantes de documentação irregular parece bastante remota (GARCIA, 2012, p. 674). Cavallaro e Brewer (2008, p. 823-824) citam que no México existem leis que proíbem trabalhadores não-mexicanos de assumir posições de liderança nos sindicatos, apesar das recomendações do Comitê sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de Suas Famílias. O art. 372, II da Ley Federal del Trabajo mexicana (*No podrán formar parte de la directiva de los sindicatos: II. Los extranjeros*) ainda está em vigor, porque a última alteração da lei foi em 30/11/2012. Informações podem ser encontradas no sítio da Secretaría del Trabajo y Previsión Social mexicana (<http://www.stps.gob.mx>). Ou seja, nos parece que o país que acionou a CtIDH para sustentar a natureza *jus cogens* do direito à igualdade dos trabalhadores, não preocupou-se em ajustar sua própria legislação interna.

de normas por um órgão receptor podem criar efeitos anti-sistêmicos capazes de enfraquecer o papel do *jus cogens* na sua dimensão simbólica (seja quando se vê cogência em tudo, ou quando muitos países negam tal qualidade a uma norma). Por essa razão, por exemplo, o autor defende que as normas cogentes deveriam afastar-se da noção de atribuição de status hierárquico superior a uma regra e aproximar-se de um ideal interpretativo de concretização de valores subjacentes, mas sensíveis ao contexto.

Se o círculo composto das normas de *jus cogens* que protegem uma importante dimensão do direito à vida foi a justificativa para atuação da corte nos casos de violação em massa dos direitos humanos, sem maiores discussões, por conta de um amplo compartilhamento dos valores subjacentes à sua concretização no continente, dificilmente o círculo poderá ampliar-se sob a justificativa de normas inderrogáveis sem a participação construtiva das interpretações regionais.

3.3.3. O Controle de convencionalidade: os perigos de precedentes convencionais vinculantes.

Outro passo para a alteração do vetor de construção unilateral dos direitos humanos no SIDH parte de uma necessária reinterpretação do controle de convencionalidade, porquanto as premissas normativas do pluralismo constitucional estariam comprometidas, caso os estados que ratificaram a CADH tivessem que aplicar uma interpretação uniforme da convenção.

Inicialmente, não podemos assumir como mero acaso a CtIDH ter atribuído às instituições internas (especialmente ao Poder Judiciário) o dever de realizar o referido controle, aproximadamente, vinte anos após sua primeira decisão contenciosa. Possíveis respostas estão nas novas circunstâncias políticas das democracias americanas e na alteração da natureza dos direitos humanos convencionais expostos anteriormente.

Outrora, o Poder Judiciário era considerado pela CtIDH como débil protetor de direitos humanos, além de ser órgão estatal promotor de algumas violações de direitos humanos (especialmente os de ordem processual). Contudo, com o fortalecimento do Judiciário interno, a corte interamericana sentiu-se confortável para conclamá-lo para exercer a fiscalização da produção interna de acordo com a jurisprudência de São José. Ou seja, antes, a corte interamericana considerou impróprio mostrar deferência aos regimes que não tinham qualquer autoridade democrática. No entanto, hodiernamente, o controle de convencionalidade pode ser interpretado como um passo para a deferência aos sistemas

constitucionais, porque integra a visão cooperativa da construção dos direitos humanos, em contraposição a uma postura adversarial⁵⁰⁷.

Em seguida, faremos breve descrição dos contornos do instituto na CtIDH e, posteriormente, uma releitura da operacionalização do controle será defendida.

A primeira vez que a CtIDH, e não apenas um de seus juízes⁵⁰⁸, institui o controle de convencionalidade em um caso contencioso ocorreu em *Almonacid Arellano* (2006), ocasião em que a corte interamericana afirmou que os juízes, enquanto órgãos do Estado, estariam submetidos à CADH e, portanto, obrigados à velar para que suas disposições não fossem obstaculizadas pela aplicação de leis contrárias ao seu objetivo e fim. E, ao realizar juízo de compatibilidade entre as leis nacionais e a CADH, o Poder Judiciário deveria levar em consideração a interpretação da CtIDH, intérprete final da CADH⁵⁰⁹.

Pouco tempo depois de seu pronunciamento inicial sobre o tema, a corte definiu que o teste deveria ser realizado *ex officio*, por todos os órgãos do Poder Judiciário, desde que dentro de suas competências e regulações processuais respectivas⁵¹⁰. Anos mais tarde, acrescentou que todos os órgãos estatais deveriam realizar o controle, e não apenas o Poder Judiciário⁵¹¹, na medida em que o exercício do controle requeria a adequação das interpretações judiciais, administrativas e das garantias judiciais aos princípios estabelecidos na jurisprudência da CtIDH.

O controle de convencionalidade não está presente nas normas da CADH e apenas foi instituído vinte anos após o funcionamento da CtIDH, no entanto, a corte de São José elencou os seguintes fundamentos normativos como fonte do instituto: 1) *pacta sunt servanda*; 2) o cumprimento de boa fé das obrigações internacionais; 3) impossibilidade de alegar disposições internas para justificar o descumprimento de compromissos internacionais (art. 27, da CVDT); 4) obrigação de adequação normativa do direito interno à convenção americana (arts. 1º e 2º, da CAHD); e 5) garantia do efeito útil dos termos do tratado (BAZÁN, 2013, p. 599-601).

⁵⁰⁷ No mesmo sentido, cf. Ariel Dulitzky (2015, p. 55). O autor afirma que a atribuição do controle de convencionalidade decorreu da confiança tardia depositada pela CtIDH no Judiciário das democracias americanas.

⁵⁰⁸ Cf. voto concorrente de Sergio García Ramírez no Caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C, nº 101.

⁵⁰⁹ Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. nº 154, § 124.

⁵¹⁰ Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, § 128.

⁵¹¹ Caso *Gelman Vs. Uruguay*, § 193.

Poderíamos sintetizar o teste de convencionalidade, com os recortes necessários à nossa abordagem, da seguinte maneira: inobstante a estruturação judiciária do país⁵¹² e o status atribuído à CADH pela Constituição nacional⁵¹³, os juízes deverão, de ofício, adequar as interpretações judiciais e a produção normativa (decisões judiciais, atos administrativo, leis e a Constituição) estatal à jurisprudência da CtIDH.

Apesar de teste valioso para a concretização dos direitos humanos e para a difusão da jurisprudência da corte interamericana (RUIZ CHIRIBOGA, 2010, p. 202; CONTESSÉ, 2012), o controle de convencionalidade, a depender da interpretação a ele atribuída, poderá significar que a construção do conteúdo dos direitos humanos dependerá apenas do esforço empreendido pela CtIDH, que funcionaria como a única e legítima intérprete da CADH, submetendo suas interpretações não pela força dos argumentos, mas pelo peso de sua autoridade⁵¹⁴. Diferentemente do atualmente encontrado na análise brasileira do instituto, bastante recente⁵¹⁵, sua operacionalização no plano interno pode ser problemática.

⁵¹² A determinação do teste independe da estrutura judicial do país, uma vez que a CtIDH não deixa claro se um país em que os juízes não podem exercer o controle de constitucionalidade (o monopólio da declaração de inconstitucionalidade mantém-se em uma corte constitucional ou órgão específico, como no Chile e Colômbia) terão suas competências constitucionais reformuladas para afastar leis contrárias à CADH (SAGÜÉS, 2012, p. 27; FERRER MAC-GREGOR, 2013, p. 667 e CONTESSÉ, 2012). Nestor Sagüés (2013, p. 622; 2012, p. 27) tenta contornar as limitações determinadas pela corte interamericana, ao defender um controle construtivo de convencionalidade, que poderia ser exercido por todos os juízes, no sentido de compatibilizar a jurisprudência nacional com a interamericana. Apesar de interessante, a saída de Sagüés parecerá insuficiente para a CtIDH, que, provavelmente, argumentará que os procedimentos internos não poderão constituir óbices ao controle de convencionalidade repressivo, apesar de a corte interamericana ter reconhecido exceções procedimentais nacionais. Ademais, a corte interamericana não explicitou os efeitos da declaração de incompatibilidade. Pensemos no caso do Brasil. A questão não é tão grave em nosso país, na medida em que o controle de convencionalidade poderá ser exercido difusamente por todo o Judiciário, no entanto, a CADH (supralegal) não poderá servir de parâmetro de controle via controle concentrado (MAUÉS, 2013, p. 219) e nem poderá fornecer parâmetros para análise do texto constitucional. Consequência que desembocará na nota seguinte.

⁵¹³ Toda Castan (2013, p. 65-74) tem razão quando argumenta que o controle de convencionalidade, focado na garantia do efeito útil e, no caso das leis de anistia, com a consequência da declaração de ineficácia das leis *erga omnes*, representa a alteração da compreensão da CtIDH acerca da discricionariedade da decisão acerca do status da CADH nos ordenamentos nacionais inferido na OC n° 07/86 (o direito de resposta deve ser garantido, tomadas as medidas cabíveis nos países) e nos votos dissidentes de Nikken e Navia. Para que o Judiciário teste a compatibilidade das normas internas (administrativas, legais e constitucionais) com a CADH, pressupõem-se duas condições cumulativas: 1) que a convenção seja, no plano interno, diretamente aplicável pelos juízes e 2) que ocupe posição no ordenamento constitucional interno superior, no mínimo, às leis ordinárias (o correto seria supraconstitucional, para permitir a fiscalização das normas constitucionais). Com o controle de convencionalidade, a CtIDH estaria a instaurar a ideia de aplicação direta da CADH no plano interno de natureza supraconstitucional. No caso brasileiro, não bastaria o status supralegal, porquanto tal categorização limitaria o objeto do controle convencional aos atos administrativos e leis internas, excluindo as normas constitucionais.

⁵¹⁴ A defesa de um diálogo pela via do controle de convencionalidade foi feita por Flávia Piovesan (2013). Apesar de concordarmos que o controle de convencionalidade possa ser interpretado como mecanismo capaz de permitir que a deliberação de precedentes ocorra, Piovesan (2013, p. 393-407) defende uma versão do controle de convencionalidade como uma oportunidade de uniformização de padrões internacionais. O controle de convencionalidade, de acordo com Piovesan, contribui para que se implemente no âmbito nacional os *standards*, princípios, normatividade e jurisprudência internacional em matéria de direitos humanos para que se alcance ao *ius commune* latino-americano. A verticalidade do “diálogo” defendido por Piovesan não se coaduna com a ideia de deliberação de precedentes.

⁵¹⁵ Nesse sentido, ver as contribuições de Marinoni (2012), Alves (2012), Mazzuoli (2011) e Piovesan (2013).

Recente manifestação da corte interamericana incorporou a ideia de coisa julgada interpretada *erga omnes* para inserir força vinculante às interpretações da CtIDH a serem aplicadas no plano interno por meio do controle de convencionalidade⁵¹⁶. Ainda que tenha reforçado que o caráter vinculante dos fundamentos determinantes de suas decisões tidas como coisa julgada *erga omnes*⁵¹⁷ aplica-se ao Estado condenado, o argumento valeria para outros países que realizarem o controle de convencionalidade. Portanto, indiretamente, a corte defendeu que a *ratio decidendi* de suas sentenças, de força vinculante *erga omnes*, acompanharia as interpretações da corte interamericana, um dos parâmetros do controle de convencionalidade⁵¹⁸.

Carlos Hitters (2013, p. 709), entusiasta da novidade, fala em vinculação relativa *erga omnes* dos Estados não envolvidos na demanda, a relatividade estaria caracterizada pela vinculação apenas à norma interpretada (e não a toda a sentença) e limitada pela existência de outra interpretação mais favorável. Alfredo Vítolo (2013, p. 367-375), por outro lado, capta nossas preocupações interpretativas, ao referir-se à dificuldade em identificar nas sentenças da corte a diferença entre *ratio decidendi* e *dicta*⁵¹⁹, bem como a possível consequência da redução à deferência estatal, porquanto a vinculação poderia reduzir a diversidade interpretativa no continente⁵²⁰. Por fim, o autor postula que tal construção poderá criar obstáculos a um possível diálogo entre as cortes, pois apenas uma delas falaria e as demais, escutariam e, obrigatoriamente, acatariam.

A CtIDH respondeu a contento a crítica denominada por Sagüés (2012, p. 23-24) de conflito de lealdade (os juízes deverão basear-se na Constituição ou na Convenção, em hipóteses de conflito acerca da constitucionalidade de uma lei?). De acordo com a corte de São José, uma vez que o Estado ratificou a Convenção e reconheceu a competência de seus órgãos através de mecanismos constitucionais, esse conjunto normativo e institucional

⁵¹⁶ Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013.

⁵¹⁷ *Idem*, §102.

⁵¹⁸ Queralt Jiménez (2008) defende a ideia de coisa julgada interpretada das decisões da CtEDH como reforço do caráter convencional de sua jurisprudência, ou seja, os Estados deverão considerar a produção jurisprudencial da CtEDH como imanente às normas convencionais. No entanto, a autora não defende uma força vinculante uniformizadora dos padrões interpretativos da corte de Estrasburgo, uma vez que seus precedentes exigiriam compatibilizações em busca de harmonia e não uma uniformização visando a identidade interpretativa.

⁵¹⁹ Ruiz Chiriboga (2010, p. 203) considera que a falta de clareza no desenvolvimento da doutrina judicial da corte e a jurisprudência instável da CtIDH dificultam o exercício do controle de convencionalidade. Sagüés (2012, p. 22-23), na mesma linha argumentativa, postula que conhecer a jurisprudência da corte interamericana não é tarefa simples, e detectar suas doutrinas requer análise detida de todos os julgados. Contudo, ainda assim, são possíveis diversas interpretações sobre os padrões da corte, ao que o autor urge por mais concisão e consistência no desenvolvimento dos parâmetros.

⁵²⁰ Carlos Hitters (2009, p. 359), por exemplo, antes da construção da coisa julgada interpretada vinculante, já havia alertado para a natureza unificadora da interpretação sobre a CADH pela via do controle de convencionalidade.

passaria a fazer parte do seu ordenamento jurídico, tornando o conflito de lealdades como um falso dilema⁵²¹. No entanto, a argumentação não responde ao problema da forma com que as cortes internas deverão receber a jurisprudência da corte interamericana.

Mesmo que um tribunal estatal tenha afirmado exercer o controle de convencionalidade, isto não impedirá que a corte interamericana avalie o acerto de como tal controle foi feito. Portanto, a postura da força vinculante da interpretação da corte interamericana retira parcela da competência interpretativa das cortes nacionais, que, existindo jurisprudência da CtIDH, deverão uniformizar os padrões constitucionais e interamericanos⁵²².

O controle de convencionalidade pode ser uma importante via para o diálogo entre precedentes, especialmente, porque, e de acordo com a CtIDH: a) os ordenamentos constitucionais regionais não podem, simplesmente, ignorar a produção jurisprudencial da CtIDH; e b) o comprometimento com a concretização dos direitos convencionais da CADH não se exaure com a adoção de suas prescrições textuais, mas engloba, necessariamente, a interpretação de seus órgãos (e os precedentes da corte interamericana são os veículos que transportam essa interpretação).

Com efeito, uma postura dialógica não é contrária ao instituto, desde que as exigências de vinculação aos precedentes da CtIDH não signifiquem uma ilusória e indesejada uniformidade interpretativa de mão única. Dessa forma, o controle de convencionalidade a ser exercido pelos tribunais constitucionais nacionais deve ser interpretado como a oportunidade em que o ordenamento constitucional interno deverá realizar o diálogo com os precedentes da CtIDH, como reflexo da construção conjunta dos direitos humanos para alcançar a melhor interpretação e não como uma plataforma de uniformização da interpretação do tribunal supranacional⁵²³.

⁵²¹ Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, § 88.

⁵²² Expressões de tal compreensão é a manifestação da diferença entre vigência e validade, de Mazzuoli (2011, p. 117). A lógica parece sempre muito próxima a um tudo ou nada.

⁵²³ Contesse (2012) compartilha de visão semelhante, que vê no controle de convencionalidade a oportunidade de a corte interamericana servir como amplificadora das melhores interpretações dos direitos humanos da região, não apenas liderando, mas seguindo processos de decisões constitucionais, deixando espaço para deferência.

Capítulo 04 - DIÁLOGO ENTRE PRECEDENTES NO STF.

Nos capítulos anteriores defendemos que a suprallegalidade inseriu na interpretação constitucional brasileira um importante fator – os tratados internacionais e sua consequente produção jurisprudencial. No entanto, a mera citação formal de um precedente ou tratado não é suficiente para a concretização de uma postura dialógica deliberativa. Dessa forma, neste capítulo argumentaremos que o STF terá dialogado com precedente da CtIDH nas hipóteses em que os argumentos da suprallegalidade tiverem surgido e tiverem dado origem à processos deliberativos acerca das razões de decidir da corte interamericana. Ademais, demonstraremos de que forma o STF poderá concretizar o princípio *pro homine*, na construção da melhor interpretação para a relação entre direitos humanos e fundamentais.

Tendo em vista a natureza agregativa dos acórdãos do STF, cujos votos não interagem entre si, o diálogo entre precedentes constitucionais, contudo, apenas ocorrerá quando o tribunal deliberar acerca dos fundamentos de um precedente da CtIDH. Após análise dos casos em que o STF citou precedentes da CtIDH (ADPF 130, RE 511.961/SP, EXT 1.126, Pet. 3.388/RR, ADPF 153, ADPF 132 e ADI 4277, AP 470, RE 591.054/SC), pudemos concluir que não houve diálogo entre cortes, uma vez que as citações aos precedentes foram feitas, via de regra, apenas por poucos ministros e sem que houvesse deliberação das fundamentações desenvolvidas pela CtIDH, no intuito de construir-se uma interpretação mais favorável. Paralelamente, pudemos demonstrar de que forma o tribunal deveria ter interpretado os precedentes da CtIDH, a fim de construir a melhor interpretação.

4.1. A DELIBERAÇÃO SOBRE PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS NAS DECISÕES DO STF: A suprallegalidade como fator da interpretação constitucional.

A suprallegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos possibilita ao STF lançar mão da jurisprudência da CtIDH para interpretar a Constituição de 1988. Capítulos atrás, ao dispormos sobre o aspecto descritivo do pluralismo constitucional, pudemos concluir que, a partir da decisão no RE 466.343/SP, as citações de casos paradigmáticos da corte de São José, longe de serem consideradas frequentes, deixaram de ser completamente estranhas.

Se a citação dos casos da corte interamericana, em um primeiro momento, pode ser suficiente no plano descritivo para identificarmos uma abertura à pluralidade normativa no âmbito da Constituição brasileira, o aspecto normativo não se satisfaria com citações que fossem caracterizadas como descontextualizadas ou estratégicas. A linha é tênue, mas

difícilmente poderíamos falar de diálogos entre precedentes como forma de interação entre direitos fundamentais e direitos humanos, se chegássemos à conclusão de que o STF cita os precedentes da CtIDH apenas para reforçar uma posição argumentativa definida anteriormente ou que os cita como mero sinal de erudição (dos ministros considerados individualmente, para ser mais preciso).

A avaliação acerca da forma com que o STF lida com os precedentes da CtIDH pode ser introduzida por um conjunto de padrões decisórios presentes nos votos dos ministros do STF. O mais importante dos padrões decisórios é a interação entre fatores da interpretação constitucional. Se a legalidade constitucional brasileira não se esgota na Constituição, porquanto alcança os direitos humanos previstos na CADH, que interagem, através dos precedentes da CtIDH, com os direitos fundamentais por meio do critério do princípio *pro homine*, os tratados internacionais (desenvolvidos através dos precedentes) passam a ser fatores da interpretação constitucional⁵²⁴.

Richard Fallon Jr. (1987) elenca cinco fatores que podem ser considerados válidos na interpretação constitucional norte-americana: 1) o significado claro, necessário ou histórico do texto constitucional⁵²⁵; 2) a intenção dos constituintes; 3) argumentos de teoria constitucional,

⁵²⁴ Aida Torres Pérez (2009, p. 144-146) defende o método comparativo como a forma de diálogo (e da legitimidade das decisões comunitárias) entre CJE e Cortes Constitucionais. Inicialmente, a autora diferencia fontes do direito, fontes da interpretação e métodos da interpretação. Fontes do direito compreenderiam a fonte do direito aplicável. No caso dos direitos fundamentais, sua fonte seria a Constituição. Entretanto, como o significado dos direitos fundamentais é bastante contestado, abre-se espaço para que as fontes da interpretação indiquem os argumentos que os intérpretes podem utilizar para justificar a atribuição de sentido ao texto jurídico. A miríade de fontes que podem ser empregadas na interpretação dos direitos fundamentais será limitada pelos métodos da interpretação utilizados (delimitam o significado do texto de acordo com sua fonte correlata). Um dos métodos seria o comparativo, que consistiria na citação de decisões judiciais estrangeiras para interpretar o próprio direito. As fontes da interpretação, portanto, no caso do método comparativo, seriam alheias ao ordenamento do intérprete. Preferimos nos afastar da construção da autora por considerar que a introdução de justificativas interpretativas baseadas em métodos atrairia críticas acerca da viabilidade instrumental de argumentos metodológicos que não se observam nos votos dos ministros do STF e cujo conteúdo (dos métodos) estaria, ele mesmo, sujeito à interpretação (STRECK, 2004, p. 115). No entanto, reconhecemos que a argumentação de que fontes da interpretação alheias ao ordenamento do intérprete que são inseridas na interpretação constitucional através do método comparativo podem surtir o mesmo efeito prático da sua inserção como fatores interpretativos, tal como será defendido a seguir. No entanto, os problemas teóricos da utilização de métodos para sugerir a inserção de fontes da interpretação permanecem.

⁵²⁵ O autor faz a distinção entre argumentos *sobre* o texto e argumentos *do* texto. O foco do fator interpretativo é no argumento *do* texto, pois, de alguma forma, todos os demais fatores revolvem em torno e são *sobre* o texto, porque intencionam estipular o significado dos textos constitucionais. Nos argumentos *do* texto a análise advém da linguagem explícita da Constituição (*plain language*) (FALLON JR., 1987, p. 1.195-1.196). Fallon reconhece que o texto explícito da Constituição comporta vários significados, a depender do intérprete, mas conclui que os juízes derivam interpretações da Constituição com base na abordagem textual da Constituição, como o originalismo (FALLON JR., 1987, p. 1.197). Apesar de não termos desenvolvido em nosso país teorias interpretativas da Constituição que se aproximem do originalismo norte-americano, o fator permanece relevante em nossa análise, porque os ministros do STF recorrem a construções semelhantes que remetem aos argumentos *do* texto para a solução de controvérsias interpretativas, como, por exemplo: “o texto é claro” (voto do ministro do Marco Aurélio na QO na ADI 3.516/DF); “vontade objetiva da Constituição” (voto do Ministro Ayres Britto na Pet. 3.388/RR) etc.

que se baseiam na pressuposição hipotética de explicar normas constitucionais particulares ou todo o documento constitucional; 4) precedentes; e 5) argumentos valorativos acerca de reivindicações de justiça e políticas sociais (FALLON JR., 1987, p. 1.189-1.190)⁵²⁶.

A preocupação do autor norte-americano está em responder como a interação de tais fatores pode produzir uma decisão constitucional coerente, especialmente nos casos em que cada fator parece apontar, *prima facie*, para resultados distintos. Seu argumento principal é a construção de uma tese que denominou de construtivismo coerente – no momento da interpretação constitucional, o intérprete deve esforçar-se para construir compreensões plausíveis de todos os fatores para que, conjuntamente, alcancem o mesmo resultado. O aspecto construtivo não se esgota nesse primeiro momento, porquanto a coerência determina a constante reavaliação de cada fator avaliado para ajuste das respostas de cada um. O construtivismo coerente infere a interdependência entre os fatores, que devem ser pensados e interpretados de forma conjunta e simultânea, não obstante apresentarem justificativas fortes o suficiente para lhes exigir análise separada (FALLON JR., 1987, p. 1.240- p. 1.242).

A suprallegalidade⁵²⁷ dos tratados insere a CADH como um fator na interpretação constitucional brasileira e, tendo em visto que as normas da CADH são desenvolvidas pela CtIDH, a inserção da convenção acompanha a dos precedentes da CtIDH. No entanto, diferentemente, das demais fontes, o conteúdo dos precedentes interamericanos (Direitos Humanos) não é originário da Constituição brasileira, o que exige que o STF, deliberando sobre as razões do precedente da CtIDH, desenvolva sua melhor interpretação⁵²⁸. A deliberação acerca do fundamento do precedente supranacional não significa, partindo da lógica do construtivismo coerente dos demais fatores, que o precedente interamericano não possa ser reinterpretado para que se extraia uma melhor interpretação⁵²⁹.

⁵²⁶ Ainda sobre o assunto, não podemos deixar de ressaltar a falta de produção acadêmica sobre os fatores interpretativos identificados nas decisões do STF, tal como a pesquisa de Richard Fallon o fez no âmbito da suprema corte norte-americana. A grande maioria dos trabalhos brasileiros que problematizam a interpretação constitucional ocupa-se da discussão de maneira abstrata e descontextualizada, de princípios e métodos que, supostamente, auxiliariam o intérprete na concretização das normas constitucionais. Cf. a crítica de Virgílio Afonso da Silva (2005) à abordagem mencionada. Notável exceção é o trabalho de Sundfeld e Sousa (2012). Contudo, os autores não se preocuparam em realizar uma análise teórica da interpretação constitucional (o objetivo do estudo era a análise empírica da estrutura dos votos dos ministros e a da interação entre eles), não obstante terem identificado alguns fatores que o STF se vale para interpretar a Constituição.

⁵²⁷ Claro que todos os tratados de direitos humanos são suprallegais, mas a delimitação da CADH foi feita em função do objeto do trabalho.

⁵²⁸ A caracterização de um tratado de direitos humanos como fator na interpretação constitucional não se confunde com a reinterpretação do conteúdo dos precedentes da CtIDH.

⁵²⁹ O STF pode superar os próprios precedentes, descartar uma tese doutrinária, considerar insuficiente a resposta da intenção constituinte, ressaltar a vagueza do texto da Constituição e afastar argumentos de justiça pela sua demasiada abstração ao interpretar a Constituição, mas o fará com base na interpretação de outros fatores interpretativos, sem que o tribunal julgue um caso em que afirme que o fez contrariando qualquer um dos fatores (uma decisão que o tribunal reconheça que contradisse a intenção constituinte para reforçar um precedente ou

A legalidade da leitura plural da Constituição de 1988 não exige uma uniformização da interpretação nacional com os precedentes interamericanos, situação que poderia levantar suspeitas quanto à interpretação do STF acerca do pluralismo político brasileiro. Contudo, a inclusão da supralegalidade dos tratados de direitos humanos como fator interpretativo da Constituição proporciona ao STF fundamentações e argumentos que não estavam, anteriormente, disponíveis pelos fatores internos à prática nacional⁵³⁰. E o desenvolvimento destas fundamentações deve ocorrer de forma deliberativa com os demais fatores.

A supralegalidade nos permite identificá-la nos argumentos das decisões do STF como um elemento relevante na interpretação do tribunal brasileiro para concluirmos se a corte dialoga ou não com os precedentes da CtIDH, de acordo com as premissas que serão expostas a seguir.

A corte terá dialogado com o precedente da CtIDH nas hipóteses em que os argumentos da supralegalidade tiverem surgido e tiverem dado origem à processos deliberativos acerca das razões de decidir da corte interamericana. Em suma, necessárias reavaliações das justificativas constitucionais brasileiras (reafirmação, alteração ou compatibilização) em face dos conteúdos inseridos pelos precedentes interamericanos, a fim de que o tribunal brasileiro construa o princípio *pro homine* (a interpretação com as melhores razões). Por outro lado, caso o STF não tenha deliberado com as fundamentações (o que não significa aceitar as conclusões do precedente), tenha apenas citado a decisão de forma descontextualizada ou a tenha citado apenas para reforçar um argumento decidido anteriormente (o que poderá ser comprovado pelo grau de influência do fator supralegalidade e pela ausência de reavaliação das justificativas, em contraposição à interpretação dos demais fatores), não terá havido o diálogo.

que o tribunal adota uma teoria que reconhece ser contrária ao texto constitucional). O que ocorre é uma constante reinterpretação do mesmo fator, que pode alterar seu conteúdo em função da sua interação com os demais. No entanto, em raríssimas ocasiões, a construção coerente pode parecer impossível (respostas irreconciliáveis dos fatores). Exatamente em função de situações como essas, Fallon Jr. (1987, p. 1.243-1.244) afirma que o construtivismo coerente não cede a uma espécie de balanceamento entre as fontes, mas à disposição hierárquica dos fatores. A estruturação hierárquica dos fatores é ponto da tese que o próprio autor reconhece como delicada e deve ser encarada como o último recurso, porquanto, idealmente, todos os fatores sempre devem constituir e influenciar a interpretação (FALLON JR., 1987, p. 1.246). Queremos demonstrar que, na ocorrência de algum dos eventos descritos no início da nota, haverá um trabalho de reconstrução coerente dos demais fatores e esforço integrativo (se o texto for vago, uma teoria constitucional pode complementar sua interpretação), cuja fonte argumentativa sempre será a prática constitucional brasileira. Situação diversa da descrita, é observada quando o conteúdo do precedente inserido pela supralegalidade é contraposto com os demais fatores, pois ausente a obrigatoriedade de integrar seu conteúdo aos padrões normativos constitucionais (pensemos em um precedente que oferece uma interpretação menos protetiva), pois as fontes da interpretação são alheias ao direito brasileiro.

⁵³⁰ A distinção feita por Torres Pérez (2009) descrita na nota 523 vem a calhar para elucidar a assertiva acima. Os fatores da interpretação constitucional são fontes do direito interno, mas as interpretações dos tratados supraleais, fontes da interpretação, são produzidas fora do ordenamento jurídico brasileiro.

Para o leitor acostumado com a leitura das decisões do STF, identificar a influência de um fator na interpretação constitucional e sua interação com os demais pode ser uma tarefa árdua. O que nos leva a discutir outros padrões decisórios no tribunal, a fim de complementar a análise dos fatores interpretativos. Roger Stiefmann (2006, p. 170-171) afirma que é muito comum que os ministros do STF concordem com o resultado de uma demanda (procedência ou improcedência, por exemplo), mas discordem, severamente, acerca dos motivos que ensejaram suas compreensões acerca do tema⁵³¹. Mais recentemente, Sundfeld e Pinto (2012, p. 24-25) observaram, com base empírica, que os ministros, ao apresentar seus votos individuais, geralmente apresentam argumentos diversos daqueles aventados pelo ministro relator, mas acabam por concordar com o resultado do julgado, dificultando a compreensão acerca do que, efetivamente, a corte decidiu sobre a questão⁵³². A construção argumentativa dos votos dos ministros, comumente, se baseia em premissas diferentes e independentes, com trajetos apartados e com baixo grau de interação entre as diversas linhas argumentativas que foram aventadas pelos demais ministros em seus votos.

A construção de uma argumentação imputada ao ministro relator, e não à corte, dificulta a compreensão e a formação de precedentes que possam ser considerados como produtos da tarefa coletiva do tribunal, por consequência, dificulta a identificação de quais fatores foram importantes para a interpretação constitucional. É muito mais provável, por conseguinte, que os ministros, na ocasião de julgamentos similares, utilizem a sua própria compreensão sobre o tema e deixem de citar precedentes formulados pela própria corte, seja pela dificuldade de sua extração, seja pelo traço personalíssimo com que os votos são redigidos. Ademais, nos casos de aderência ou aceitação tácita ao voto do relator, é incerta a extensão da concordância dos demais ministros aos fundamentos desenvolvidos pelo voto condutor.

Além do mais, o processo de tomada de decisões do tribunal é puramente agregativo: cada ministro redige seu próprio voto separadamente e todos os votos são agregados e publicados na ordem em que foram apresentados em plenário (SILVA, 2013, p. 568)⁵³³. Os

⁵³¹ Tal como apontaram, igualmente, Vojvodic *et. alli.* (2009, p. 30-31).

⁵³² Os autores analisaram todas as ações do controle concentrado de constitucionalidade julgadas pelo plenário do STF entre junho de 2006 e agosto de 2010. A análise compreendeu 267 acórdãos e o estudo de 2.510 votos individuais (SUNDFELD; PINTO, 2012, p. 24-25).

⁵³³ André Rufino do Vale (2013, p. 331-337) identifica os mesmos problemas no processo decisório do STF: a) *problema de argumentação*: ausência de debates construtivos e efetiva troca de argumentos; b) *problemas de fundamentação*: os votos são escritos para convencimento do público externo e não dos próprios ministros (demonstração de erudição individual); c) *problemas de tomada de decisão*: a decisão é constituída da mera soma dos votos e não de um acordo racionalmente construído deliberativamente; d) *problemas de publicação das decisões*: da soma dos votos, a sentença se apresentará como um *Frankstein* argumentativo; e) *problema de*

votos dos ministros não são condensados, geralmente, em uma única decisão redigida de forma conjunta e despersonalizada representando a opinião da corte (*per curiam*). A decisão do STF é apresentada de forma seriada (*seriatim*)⁵³⁴.

Não necessariamente a forma de apresentação da decisão final da corte (*seriatim* ou *per curiam*) espelha, de antemão, a pressuposição ou não de procedimentos deliberativos anteriores. O mais importante é o conteúdo da decisão (MENDES, 2013, p. 96). Entretanto, uma decisão *seriatim* que não apresenta características deliberativas na sua redação final (colcha de retalhos) provavelmente revela e exponencia uma ausência ou falha deliberativa anterior, porquanto demonstra a falta de um esforço final dos ministros em buscar as convergências que justificam a interação colegiada da corte enquanto instituição. O *seriatim* não deliberativo que caracteriza o STF reforça o personalismo dos ministros, que apresentam seus votos como opiniões pessoais e não como resultados do que poderia ser alcançado quando trabalham em conjunto (MENDES, 2013, p. 110-112).

No entanto, tendo em vista que o acórdão é do tribunal e não de um ministro, a interpretação constitucional não estaria contida, tão somente, no voto do ministro relator, mas na interpretação sistemática dos votos de todos os ministros, como referido pelo ministro Cezar Peluso, no julgamento da Rcl. 9.428/DF. Dessa forma, para que possamos compreender a forma com que o tribunal manejou os fatores da interpretação constitucional é importante que seja realizado o cotejo dos votos apresentados pelos ministros que formaram a maioria. Não no sentido de extrair uma soma dos votos, mas na identificação de possíveis argumentos que tenham influenciado a decisão colegiada e que não foram expostos no voto do relator, como, por exemplo, um voto divergente vencedor.

Como se o problema da agregação dos votos dos ministros do STF não fosse suficiente para afetar a avaliação do sucesso de uma empreitada deliberativa (a interação entre os votos dos ministros), um aspecto anterior desperta preocupações semelhantes: a deliberação interna

diálogo institucional: os problemas no processo decisório dificultam a delimitação de uma posição institucional do tribunal capaz de dialogar com os outros poderes.

⁵³⁴ A apresentação de votos que concordam com os resultados, mas que divergem nas fundamentações é feita na forma das *concurring opinions* (votos concorrentes). Tais votos, por não concordarem com a fundamentação da maioria, não são os fundamentos que fazem parte do precedente. Além, obviamente, da possibilidade de apresentação de votos divergentes (*dissenting opinions*). Utilizando a Suprema Corte norte-americana como paradigma, a primeira corte a realizar a distinção entre sentenças *seriatim* e *per curiam*, nos casos em que há votos que divergem da maioria (votos concorrentes ou minoritários), apesar de a decisão não ser *per curiam*, os demais juízes da suprema corte elegem um juiz para escrever a decisão para a maioria, como afirma Baum (1987, p. 176). O que não ocorre no Brasil, pois os votos concorrentes e minoritários são acumulados de acordo com a apresentação cronológica dos votos, independentemente da distinção entre os votos que compoem a maioria, quais os votos concorrentes e quais os votos minoritários.

nos votos considerados separadamente (a interação entre os fatores constitucionais interpretativos nos votos individuais).

A forma de argumentação constitucional predominante nos votos dos ministros do STF confirma o que Marcos Nobre (2003, p. 149-150) denominou de modelo do parecer⁵³⁵. Oriunda do sentido técnico do termo no campo jurídico, o modelo do parecer na argumentação constitucional parte da seguinte premissa: a construção do argumento do parecerista está guiada pela tese que intenciona defender. Geralmente, o parecer recolhe o material jurisprudencial, doutrinário e os dispositivos legais pertinentes unicamente em função da tese a ser defendida e estabelecida *a priori*⁵³⁶. O parecerista não tem a preocupação de recolher todo o material disponível e confrontar posições contrárias, mas tão somente a porção que vai ao encontro de sua tese. A resposta vem de antemão, pois está posta previamente à deliberação⁵³⁷.

O principal foco da interpretação constitucional baseada no modelo do parecer não é demonstrar a correção da decisão, mas tomar uma decisão, mesmo sem oferecer fundamentações à altura da complexidade dos casos. A estratégia é invocar o maior número de argumentos de autoridade possíveis para sustentar a decisão do ministro e não da racionalidade da corte enquanto instituição (RODRIGUEZ, 2013, p. 62). Como a intenção não é convencer pelo argumento, mas pela autoridade do material citado (selecionado de maneira direcionada à tese), a citação dos precedentes da CtIDH pode estar incluída na categoria dos precedentes que são citados apenas para reforçar uma tese defendida como ponto de partida (enfeites no pavão).

Sundfeld e Souza (2012, p. 88-90) corroboram que as citações que os ministros do STF fazem, seja de fontes com força normativa (leis, precedentes do próprio tribunal e súmulas) e as desprovidas de força normativa (trabalhos acadêmicos, pareceres e

⁵³⁵ Originalmente, o autor estava a referir-se à produção acadêmica do direito no Brasil, cujo aspecto formal assemelha-se aos pareceres feitos por advogados em função da problemática mescla entre a prática de um operador do direito (que age, a depender de sua posição, de modo interessado) e a produção acadêmica do pesquisador (que deve partir de premissas neutras ao analisar o estado da arte da produção acadêmica para aferir a construção racional do objeto a ser estudado) (NOBRE, 2003, p. 150). O modelo do parecer foi confirmado empiricamente por Sundfeld e Souza (2012), Rodriguez (2013) e Silva (2013).

⁵³⁶ José Rodrigo Rodriguez (2013, p. 85) não indica informações importantes da pesquisa que realizou (delimitação temporal, classe de processos analisada, que parte da decisão fora analisada etc.), apenas que analisou cerca de três mil decisões do STF, STJ, TST e TJ-SP. Da análise das decisões, o autor pôde concluir que as cortes citam teorias e precedentes sem reconstruí-los em uma linha de argumentação racional, sem explicar o porquê dos autores citados terem sido selecionados ou como as citações foram relevantes para a solução final (RODRIGUEZ, 2013, p. 81-82). O autor, como exemplo, cita a ADI 354, ocasião em que os ministros Celso de Mello e Moreira Alves transcreveram trechos idênticos do mesmo autor, apesar de defenderem, ao final, posicionamentos contrários quanto à procedência da ação (RODRIGUEZ, 2013, p. 97).

⁵³⁷ Virgílio Afonso da Silva (2013, p.576) aproxima-se da conclusão acima ao afirmar que os ministros, em suas argumentações, utilizam estratégias similares às dos advogados, pois quando adotam uma tese ou solução em um caso, não se sentem compelidos a revelar as informações contrárias a elas.

manifestações em audiências públicas) são feitas apenas para corroborar a tese manifestada pelo ministro. São citações que intencionam convencer do acerto da posição aventada com pouco diálogo com as produções normativas e não normativas divergentes. Em números⁵³⁸, os autores constataram que das 1.123 citações à literatura, apenas 3% foram acompanhadas de posicionamentos divergentes. Dos 189 pareceres citados, 13% foram de citações contrárias ao seu teor. Dos 1.990 precedentes citados, apenas 4% das citações foram para afastar o precedente e 2% para superá-lo.

O grande número referente a citações de precedentes confirmatórios no STF aciona um alerta importante: de que forma poderíamos diferenciar, de um lado, uma citação feita pelo STF de precedente da CtIDH que, após deliberação de suas fundamentações, converge com o conteúdo dos direitos fundamentais; da citação, por outro lado, confirmatória, realizada apenas para reforçar um entendimento anterior?

Os próprios precedentes não são tratados da mesma maneira pelo STF. Adriana Vojvodic (2012) postula que os precedentes possuem diferentes facetas, que variam de acordo com as funções desempenhadas pelo tribunal no momento do desenvolvimento dos precedentes (Corte Recursal ou Constitucional). Para a corte recursal, os precedentes e a jurisprudência servem para diminuir a quantidade de processos no tribunal. Nesses casos, a resolução dos processos concentra-se nos julgamentos monocráticos do relator, sem julgamento plenário. Os precedentes, identificados simplesmente pelo número do processo e agregados em conjuntos (que formam uma jurisprudência), servem como filtros e não há desenvolvimento argumentativo de suas fundamentações. Por conta de sua funcionalidade, apenas a parte dispositiva do conjunto de precedentes é ressaltada, não há espaço para a construção argumentativa das generalizações e o papel interpretativo do ministro é menor (VOJVODIC, 2012, p. 102-108). A força dos precedentes está mais focada em sua autoridade, em detrimento da construção racional da fundamentação⁵³⁹.

Em outras ocasiões, o precedente formado é diferente quando envolve a interpretação dos direitos fundamentais. Ao desenvolver argumentação semelhante à exposta linhas atrás, a autora afirma que a positivação dos direitos fundamentais não se limita à previsão constitucional, pois seus conteúdos são constantemente reconstruídos pelos diversos precedentes editados em situações específicas (o que afasta a possibilidade de solução de

⁵³⁸ A base dos dados analisada é a mesma indicada na nota 531.

⁵³⁹ Se a preocupação da corte recursal fosse com a fundamentação do precedente, bastaria que o tribunal reconstruísse as razões de decidir do primeiro caso e não elencar o número dos casos que foram decididos da mesma forma – a intenção é persuadir pela quantidade e pela autoridade da decisão, não pela correção de seus fundamentos.

demandas idênticas apenas com a parte dispositiva do julgado ou com a citação do número do precedente). Nessas hipóteses, o que está em jogo não é a capacidade de o STF vincular outras jurisdições inferiores, mas de construir o significado das normas constitucionais. Portanto, o que interfere na decisão não é apenas o resultado, mas os fundamentos e as argumentações desenvolvidas pela corte (VOJVODIC, 2012, p. 109-114).

Com base nas categorias desenvolvidas pela autora, podemos extrair um novo elemento para aferir a forma como o STF lida com o precedente da CtIDH: o tribunal deve utilizá-lo como argumento que serve para o desenvolvimento das normas constitucionais que preveem direitos fundamentais, em detrimento das hipóteses em que o precedente seja identificado no voto apenas pela sua referência catalográfica (no caso da CtIDH, pelo nome das vítimas e do Estado demandado) e/ou pela “identidade”⁵⁴⁰ do resultado com a tese defendida pelo ministro.

Um último aspecto do padrão decisório do STF precisa ser destacado.

Na análise das decisões do STF, não podemos deixar de atribuir importante peso ao voto do relator, pois é o ministro que melhor conhece o caso e que elabora o voto que servirá de norte para os votos subsequentes no mesmo sentido, concorrentes ou divergentes⁵⁴¹. Todavia, o voto do relator não é importante apenas porque o ministro conhece mais profundamente o caso, mas, também, porque o voto do relator é a referência para os votos dos ministros que apenas o seguem (quando não expõem manifestações orais no plenário, que não apresentam voto escrito ou simplesmente discutem sem profundidade o tema). Sundfeld e Souza (2012, p. 87) constaram que em 242 julgados, dos 267 analisados, o voto do relator e os votos dos ministros que o seguiram sem manifestações orais e escritas formaram uma maioria capaz de decidir a demanda⁵⁴².

⁵⁴⁰ As aspas se justificam pelo fato de que, obviamente, as situações fáticas do caso analisado pelo STF e pela CtIDH dificilmente serão as mesmas. No caso, a identidade seria a do resultado das demandas.

⁵⁴¹ Não podemos deixar de concordar com Virgílio Afonso da Silva (2013, p. 578 e 583), que os conceitos de votos concorrentes e divergentes são mitigados no STF. Os votos concorrentes e divergentes dependem do que está presente no voto do relator, ponto de referência de ambos. Na peculiaridade do processo decisório do STF, o relator não compartilha seu voto com antecedência aos demais ministros, nem seu voto é um esboço que agregará os posicionamentos posteriores ou se ajustará às deliberações plenárias. Dessa feita, a concorrência e a divergência são acidentes, porquanto todos tomam conhecimento dos posicionamentos pessoais no momento da leitura dos votos (não se pode divergir do que não se conhece de antemão, ou seja, o ministro que diverge apenas dimensionará seu posicionamento na sessão). Por fim, como os votos não estão, necessariamente, divergindo das mesmas fundamentações expostas no voto do relator (e os votos do relator e divergente não interagem), o voto não seria divergente, mas derrotado.

⁵⁴² Os autores consideraram que poderia haver votos concorrentes ao voto do relator, mas no ponto analisado a maior preocupação foi a formação de uma maioria com base no voto do relator sem a manifestação oral ou escrita dos ministros que o seguiram. Outro estudo empírico sobre a influência do relator nas decisões em ADI do STF constatou que, das 692 ADI's julgadas entre 1999 e 2006 que questionavam normas federais, apenas 06 divergiram do voto do relator. Portanto, o voto do relator foi seguido em 99% dos casos. Para Fabiana Luci (2012, p. 109-110), autora da pesquisa, uma hipótese para o sucesso do voto do relator na decisão final seria a

Em resumo, a análise do padrão decisório do STF poderá nos fornecer a resposta se houve ou não diálogo entre as cortes quando pudermos observar as seguintes situações: 1) os tratados supralegais forem apresentados como um dos fatores da interpretação constitucional, interagindo com os demais para a formação do conteúdo dos direitos fundamentais; 2) as fundamentações dos precedentes da CtIDH devem ser desenvolvidos da mesma forma que os precedentes do STF sobre direitos fundamentais, e não simplesmente mencionados pela sua catalogação ou como argumento de autoridade para confirmar uma tese; 3) o desenvolvimento argumentativo deve estar presente, especialmente, no voto do ministro relator; 4) e deve, igualmente, levar em consideração os argumentos nos votos subsequentes que tenham influenciado a interpretação do colegiado.

4.2. ANÁLISE DO DIÁLOGO DOS PRECEDENTES DA CtIDH NA JURISPRUDÊNCIA DO STF: diálogo entre cortes e o princípio *pro homine*.

Para que possamos identificar se o STF dialoga com os precedentes da CtIDH e demonstrar de que forma a suprema corte poderia realizar um diálogo deliberativo de precedentes capaz de desenvolver o princípio *pro homine*, precisamos analisar os argumentos construídos nas decisões do STF lançando mão das premissas expostas ao longo deste capítulo e da teoria do pluralismo constitucional. Serão analisados a seguir apenas os acórdãos plenários (posição institucional da corte) que citaram expressamente algum precedente da CtIDH no corpo da decisão. Os acórdãos foram encontrados mediante pesquisa realizada no próprio *site* do tribunal, na seção “Pesquisa de Jurisprudência”. Utilizamos os termos “Corte Interamericana de Direitos Humanos”, “Corte Interamericana”, “Convenção Americana sobre Direitos Humanos” e “Opinião Consultiva” como critérios de busca. Os casos da CtIDH analisados englobaram, de início, apenas as decisões exaradas antes do pronunciamento do STF. Ou seja, hipóteses em que o STF dispunha de material normativo interamericano para deliberar com seus precedentes. Para os casos em que a decisão for posterior, indicações serão feitas. A exposição dos casos será feita de forma cronológica. Após atestarmos se houve ou não diálogo no STF, será feita alusão aos argumentos da corte interamericana que, por

barganha de bastidores entre os ministros antes de levar o processo ao plenário, prática condicionante da pauta da corte à confirmação de que o relator possui uma maioria. Por outro lado, a autora pondera que a alta carga de trabalho pode ser, também, um dos fatores para o peso do voto do relator. Sundfeld e Souza (2012, p. 87) concordam com a última hipótese de Luci (2012), no entanto, ao invés de apostaram em trocas informais nos bastidores, sugerem que a maior familiaridade do relator com o caso seria a justificativa para o peso do voto.

ventura, o tribunal supremo tiver deixado de desenvolver deliberativamente, a fim de demonstrarmos de que forma o princípio *pro homine* poderia ser desenvolvido.

4.2.1. **Liberdade de Expressão e de imprensa:** ADPF/130⁵⁴³

No bojo da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) proposta pelo Partido Democrático Trabalhista em face da não recepção da Lei 5.250/67, popularmente conhecida como Lei de Imprensa, o STF teve a oportunidade de discutir o tema da liberdade de expressão, liberdade de imprensa, a relação de ambas com a democracia e o direito de resposta (ocasião em que precedente da CtIDH fora citado pelo ministro Celso de Mello).

Para o relator do caso, Ministro Ayres Britto, a liberdade de imprensa é uma atividade, do ponto de vista objetivo, que ganha corpo como instituição-ideia cuja força é capaz de multiplicar condutas e plasmar caracteres (art. 220, § 1º, CF/88). Do ponto de vista subjetivo, imprensa significa o conjunto de veículos, empresas e meios de comunicação (instituição-aparato). A atividade e o aparelho formam a imprensa, que objetiva comunicar, repassar e divulgar: a) informações ou notícias de coisas acontecidas no mundo do ser e b) o pensamento, pesquisa e percepções humanas.

A comunicação desenvolvida pela imprensa visa atingir o público em geral (meio de comunicação de massa), além de ser capaz de influenciar e formar a opinião de uma pessoa ou das massas. Portanto, a imprensa caracteriza-se como importante meio para o desenvolvimento institucional do aspecto político-cultural de um povo. A importância da liberdade de imprensa pode ser apreendida, ademais, pelo fato de a Constituição reservar um capítulo específico para regê-la (Capítulo V - Da comunicação social),

O conteúdo das informações veiculadas pela imprensa funciona como contraponto da leitura oficial dos fatos e das circunstâncias expostas e anunciados pelo Estado, além de favorecer a irrupção de espaço crítico, em qualquer circunstância ou contingência social. Para tanto, não pode haver oligopólio ou monopólio dos veículos de imprensa (art. 220, § 5º), como garantia do pluralismo democrático (art. 1º, V).

Por tais razões, conclui o ministro, não pode haver qualquer limitação jurídica às atividades da imprensa. A regulação apenas pode ser auto imposta (a liberdade será a medida da responsabilidade dos jornalistas no trato do repasse das informações). Uma imprensa livre, por sua vez, concretiza os princípios constitucionais da soberania e da cidadania, na medida em que o cidadão e eleitor têm o direito de conhecer os acontecimentos do Estado de maneira

⁵⁴³ Relator Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJe 06/11/2009.

verdadeira e imparcial e de acompanhar as formas do poder público. Dessa forma, a democracia dependerá da imprensa livre e vice-versa.

Da análise do art. 220 da CF/88, o relator extrai que liberdade de imprensa é plena, seja qual for o suporte fático ou físico de sua veiculação, salvo as restrições impostas pela própria Constituição (art. 220, § 1º). A plenitude da liberdade, somada à vedação constitucional de censura prévia (art. 220, § 2º), permitiram ao relator dimensionar os direitos individuais de personalidade relacionados à liberdade de imprensa (manifestação do pensamento, criação, expressão e informação) como *sobredireitos* (direito irrestringíveis que submetem os demais à momentânea paralisia), cujas limitações constitucionais são colocadas posteriormente ao seu exercício (reponsabilidade penal e civil). Não seria o caso de caracterizar tais direitos como mandados de otimização, mas sim de reconhecer a preferência e precedência constitucional à liberdade de expressão em detrimento de outros direitos.

No entanto, ressalta o ministro, mesmo nos casos de responsabilidade civil, a indenização não poderá ser exacerbada, sob pena de inviabilizar a liberdade de imprensa (fechamento de jornais ou inibição indireta). No caso de agentes públicos, a indenização deve ser módica, pois se trata de agente sob a permanente vigília da cidadania.

O relator separa o que considera matérias centralmente de imprensa, das matérias periféricas ao tema para decidir sob a possível autorização constitucional de regulamentação legislativa. As matérias centrais (início e duração de seu exercício e a extensão ou tamanho do seu conteúdo) não podem ser reguladas por lei e sua limitação decorre da Constituição. Ou seja, o relator não se posiciona contrariamente às leis de imprensa, desde que não disponham sobre o conteúdo central dos direitos.

Quanto ao direito de resposta, e o possível vácuo legislativo com a não recepção da lei de imprensa, o relator afirma que o direito fora minudentemente regulamentado pela própria Constituição. A lei de imprensa não teria sido recepcionada por regulamentar, de maneira indistinta, os dois âmbitos de matérias relacionadas à liberdade de imprensa (centrais e periféricas), bem como por estar impregnada pela marca ideológica da ditadura militar.

A fundamentação do ministro Ayres Britto, entretanto, não foi seguida pela maioria do tribunal, muito embora tenham concordado com o resultado prático do seu voto (não recepção total da lei de imprensa), daí a importância de expor os demais votos para identificar os principais pontos de divergência.

Menezes Direito inicia seu voto concorrente afirmando que os direitos da personalidade ganharam, da mesma forma que a liberdade de expressão, proporcional resguardo constitucional. Dessa forma, a relação entre liberdade de imprensa e direitos da

personalidade deve ser de equilíbrio, a ser garantido pela interpretação constitucional. Os meios de comunicação em massa são capazes de ameaçar direitos individuais, sugerindo cautela ao intérprete constitucional no que concerne à extensão da liberdade de imprensa.

Para Menezes Direito, a ausência de uma lei que regule a imprensa pode ser problemática. No entanto, a lei de imprensa alvo da ADPF viola direitos fundamentais, pois dificulta o desenvolvimento institucional da liberdade de imprensa.

O ministro reconhece que há relação entre liberdade de expressão e democracia política, porquanto a primeira serve como plataforma de acesso ao pensamento e à livre circulação de ideias, contudo, a liberdade de expressão, como instituição e não como direito, não precede à dignidade da pessoa humana dada a relevância desta, sem a qual não haveria democracia. Para solucionar a tensão entre dignidade e liberdade de expressão deve haver balanceamento entre os direitos sem que nenhum deles seja sacrificado, pois não há direito ou instituição absoluta.

Menezes Direito conclui que a lei de imprensa possuía natureza punitiva e criava condições de intimidação para o exercício do direito, o que não significa que não possa haver mediação estatal para que sejam estipulados padrões para a solução dos conflitos entre direitos.

Seguindo a linha do voto de Menezes Direito, Cezar Peluso, Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes, em síntese, reafirmaram o caráter não absoluto dos direitos fundamentais, uma vez que inexiste hierarquia entre princípios constitucionais, além do mais, concordaram que uma lei de imprensa não seria inconstitucional e que os direitos decorrentes da dignidade da pessoa humana impõem limites à liberdade de expressão.

No único voto que cita decisão da CtIDH, Celso de Mello defende que o pensamento deve ser sempre livre e que os jornalistas têm o direito de fazer comentários contundentes e críticas desfavoráveis àqueles que exercem parcela do poder público, pois os interesses sociais sobrepõem-se a eventuais suscetibilidades dos detentores do poder.

A liberdade de imprensa, por sua vez, nada mais seria do que a projeção da liberdade de expressão, agregando algumas prerrogativas: 1) o direito de informar; 2) o direito de buscar informação; 3) o direito de criticar; e 4) o direito de opinar. Tais direitos encontram arrimo no pluralismo político garantido constitucionalmente (art. 1º, V) e são pressupostos essenciais do sistema democrático. Pondera o ministro que o direito de manifestar o pensamento e as convicções não se coadunam com intervenções estatais *a priori* sobre o conteúdo a ser veiculado (palavra, ideia e modos de divulgação).

Dessa forma, não pode haver a criminalização da exteriorização de críticas quando inspiradas no interesse público, especialmente quando inexisterem elementos que configuram os tipos penais (*animus injuriandi vel diffamandi*). Ou seja, à crítica jornalística, seja ela de que natureza for (dura, contundente, irônica etc.), não se aplicam os limites externos resultantes dos direitos da personalidade. No entanto, Celso de Mello afirma que o direito à crítica não é absoluto, pois nenhum direito constitucional o é.

Tendo em vista o caráter não absoluto dos direitos fundamentais, o legislador não está impedido de criar leis para a proteção dos direitos da personalidade, tal como previsto no art. 220, § 1 da CF/88, abarcando a calúnia, injúria, difamação e apologia de atos criminosos. O direito à liberdade de expressão não abarca exteriorizações revestidas de ilicitude penal ou civil. A tensão entre a liberdade de expressão e direitos de personalidade não pode ser, por conseguinte, resolvida por uma preferência absoluta, sendo possível a responsabilização civil posterior no caso de abusos, em função da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. A solução da tensão ocorre por meio da ponderação.

Na última parte do voto, o ministro assegura que a revogação da lei de imprensa não implicará na desproteção do sigilo de fonte do jornalista ou do direito de resposta. Quanto ao último ponto, Celso de Mello afirmou que o inciso V, do art. 5º tem densidade normativa suficiente para que seja concretizado independentemente de interposição legislativa, ou seja, a norma constitucional em referência caracteriza-se como norma de aplicabilidade imediata. A lei é desnecessária, mas não impossível e, durante o vácuo normativo, balizas jurisprudenciais podem ser criadas.

Sustenta o ministro que o direito de resposta serve para a contenção dos excessos do exercício da prática irregular da liberdade de imprensa, bem como para restaurar e preservar a verdade pertinente aos fatos (dupla vocação do direito de resposta). Para ratificar sua interpretação de que para exercitar o direito de resposta uma lei formal não seria necessária, cita o art. 14, da CADH e trechos da OC 07/86, §§ 32-33. A citação apenas transcreve parágrafos sem contextualizá-los ou aprofundá-los, principalmente porque, no caso, a CtIDH não aprofundou o tema da relação entre liberdade de expressão e direito de resposta⁵⁴⁴, bem como não chancelou uma interpretação tão ampla acerca da aplicação do direito à resposta independentemente da regulação existente no direito interno, como faz acreditar o ministro.

A CtIDH afirmou que o direito de resposta existe em decorrência da CADH, o que quer dizer que os países que não o previam antes, agora agregam o direito por conta do tratado internacional e que normas internas é que devem estabelecer os contornos do exercício

⁵⁴⁴ Salvo a menção feita à OC 05/85 no § 25.

do direito (não necessariamente através de leis em sentido formal), com base no art. 2º, desde que não esvazie o direito à livre expressão (e caso a lei seja editada, não pode violar padrões internacionais)⁵⁴⁵. A apropriação enviesada do ministro pode ser identificada pelo fato de citar trecho do voto parcialmente dissidente no ponto de Rodolfo E. Piza Escalante, o qual vai de encontro à tese do ministro do STF, mas que difere do pensamento da maioria da CtIDH, pois o juiz interamericano considerava que a forma com que o direito de resposta convencional deveria ser regulamentado não poderia ficar à cargo de quaisquer tipos de normas jurídicas internas⁵⁴⁶.

Retomando o aspecto institucional da decisão do STF, podemos perceber que há inúmeras divergências entre os argumentos dos votos concorrentes e o voto do ministro relator. De acordo com os pressupostos descritos acima, a construção da argumentação do tribunal não se limita ao voto do relator ou à ementa do acórdão⁵⁴⁷, mas de uma construção realizada do cotejo dos principais argumentos sustentados pela maioria dos ministros.

Da síntese dos argumentos, podemos extrair as seguintes proposições sustentadas pela maioria do tribunal: 1) a liberdade de imprensa é um direito fundamental importante para a construção e manutenção das instituições democráticas; 2) a liberdade de expressão, projetada pela liberdade de imprensa, está em constante tensão com os demais direitos individuais da personalidade (honra, imagem, dignidade etc.); 3) a solução das tensões ocorre por meio de ponderação no caso concreto; 4) em face do caráter não absoluto dos direitos fundamentais, a liberdade de expressão pode ser limitada e os abusos reparados por meio da responsabilidade civil e criminal; e 5) a Constituição não veda a edição de leis de imprensa (que podem regular desde o conteúdo da expressão, até assuntos periféricos, como o direito de resposta e sanções civis e criminais).

⁵⁴⁵ OC 07/86, §§23-28. Ademais, se uma norma interna for editada para limitar o direito, uma lei formal será exigida.

⁵⁴⁶ Celso de Mello reproduz o § 38 do voto parcialmente divergente do juiz costarricense, mas esquece de citar o parágrafo seguinte em que ele ressalva a ampla interpretação feita anteriormente: *Hay, empero, dos razones que, a mi juicio, hacen que en el caso presente se dé, junto a la exigibilidad inmediata e incondicional del derecho de rectificación o respuesta y sin menoscabo de ella, la necesidad de que las condiciones de su ejercicio se establezcan con la precisión y permanencia de la ley (...)* Aquí sí operaría el principio a que me he referido en la sección anterior de este capítulo, de que son necesarias medidas legales e institucionales complementarias para que el propio derecho consagrado en el artículo 14.1 alcance plena eficacia y garantía, como derecho de la Convención, en el orden interno, que es donde siempre han de encontrar su vigencia los derechos humanos, y, por ende, la aplicación del deber de los Estados de adoptarlas de conformidad con el artículo 2 de la misma. Ou seja, o juiz da corte interamericana afirma que os Estados são obrigados à criar, mediante lei em sentido formal, as medidas substantivas e procedimentais necessárias para o efetivo gozo do direito, a despeito de sua existência como direito convencional, algo que Celso de Mello não concordaria.

⁵⁴⁷ Para uma leitura pouco atenta e que identifica o pensamento do tribunal com o voto do relator, ver Napolitano (2011) e Machado (2013, p. 293-294). Natália Machado inclusive sugere que o Brasil teria incorporado os parâmetros interamericanos na decisão. A autora, porém, analisa somente o voto de Ayres Britto e não demonstra como o relator, visivelmente vencido em sua fundamentação, teria se inspirado pelas decisões da CtIDH.

Os ministros rejeitaram, portanto, a interpretação de Ayres Britto acerca da existência de *sobredireitos* na Constituição e de que não pode haver qualquer interferência legislativa no conteúdo das manifestações expressas pela imprensa. Os ministros não chegaram a um consenso acerca de quais seriam os conteúdos vedados, porém, alguns exemplos aventados foram a discriminação racial e a propaganda de guerra⁵⁴⁸.

A ausência de deliberação da corte sobre a jurisprudência da CtIDH e a citação estratégica de um trecho da OC 07/86 por somente um ministro do STF são suficientes para concluirmos que não houve diálogo entre a corte brasileira e a interamericana a partir do precedente citado.

O STF não dialogou com a jurisprudência da CtIDH, que desenvolveu em sua jurisprudência princípios e argumentações bastante semelhantes às desenvolvidas pelos ministros do STF nos pontos elencados acima. Ademais, a omissão da construção jurisprudencial da CtIDH é curiosa em um julgado em que não faltaram citações à decisões estrangeiras (inclusive da CtEDH)⁵⁴⁹.

A seguir, disporemos sobre alguns pontos que o STF poderia ter dialogado e deliberado com os precedentes da CtIDH para alcançar uma melhor interpretação.

a) A liberdade de expressão, sua dupla dimensão e valores democráticos.

A base do conteúdo do direito à liberdade de expressão previsto no art. 13 da CADH foi construída pelo tribunal na OC 05/85 e foi seguida em todos os casos contenciosos posteriores que lidaram com o tema (BERTONI, 2009, p. 333)⁵⁵⁰. O direito à liberdade de expressão possui duas dimensões: uma individual (garantia individual de expressão do

⁵⁴⁸ Costa (2014, p. 130-131) chega à mesma conclusão.

⁵⁴⁹ 1) *Suprema Corte dos Estados Unidos*: Patterson vs. Colorado (1907), Abrams vs. United States (1919), Schenck v. United States (1919), Pierce v. United States (1920), Gitlow v. New York (1925), Whitney vs. Califórnia (1927), New York Times vs. Sullivan (1964), Rosenblatt v. Baer (1966), Curtis Publishing Co. v. Butts, Associated Press v. Nalker (1967), Rosenbloom v. Metromedia (1971), Virginia v. Black (2003), United States vs. Williams (2008); 2) *Tribunal Constitucional da Espanha*: Sentenças 6/1981, 12/1982, 104/1986 e 171/1990; 3) *Corte Europeia de Direitos Humanos*: Caso Handyside (1976) e Lingens (1986); 4) *Corte Constitucional Alemã*: Caso Lüth (BVerfGE 7, 198, 1958), Schmid-Spiegel (BVerfGE 12, 113, 1961), Caso Spiegel (BVerfGE 20, 62, 1966), Blinkfüer (BVerfGE, 25, 256, 1969), Solidaritätsadresse (BVerfGE 44, 197, 1977) e Caso Lebach (BVerfGE 35, 202).

⁵⁵⁰ Por tal razão, iremos deixar de citar todos os parágrafos dos casos relacionados à liberdade de expressão que constroem os argumentos que seguirão. Para confirmar o ponto, cf. os §§ 371-372 em julgado recente da Corte (Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279).

pensamento por quaisquer meios tidos como necessários) e uma social (direito da coletividade de conhecer e receber a informação do pensamento alheio)⁵⁵¹.

Além da dupla dimensão do direito, a liberdade de expressão implica, igualmente, na liberdade da escolha dos meios para a propagação do pensamento de maneira indissociada⁵⁵². Ademais, a CADH veda a censura prévia e prevê a impossibilidade de monopólio da difusão da informação, para que não haja a tentativa de moldar a opinião pública em apenas uma direção⁵⁵³. A proibição da censura prévia não significa que o direito à liberdade de expressão não possa ser abusado, mas não constitui argumento suficiente para um direito de estabelecer medidas preventivas, restando apenas a possibilidade de responsabilização posterior proporcional ao agravo⁵⁵⁴.

Por fim, a liberdade de expressão é pedra angular para a existência de uma sociedade democrática, na medida em que a sociedade e as instituições devem ser informadas sobre os assuntos que lhes dizem respeito para que seja considerada livre⁵⁵⁵. A Corte acrescenta, ademais, que enfraquecer a liberdade de expressão e, por consequência, sua capacidade de servir de mecanismo de controle e de denúncia dos cidadãos, é abrir as portas para que se instalem regimes autoritários⁵⁵⁶.

O STF, com exceção da construção lateral nos votos de Ayres Britto e Celso de Mello, não reconheceu a existência de uma dimensão social da liberdade de expressão, apesar de vincular a última à democracia. Ou seja, o tribunal brasileiro não foi claro quanto à existência de um direito a receber informação de outros, apesar de inferirmos sua presença com a ideia de democracia defendida por todos os ministros – se a sociedade precisa estar informada dos acontecimentos públicos, de formar sua opinião por meio da expressão de outrem e se a Constituição veda a formação de monopólios (garantia do pluralismo político e de informações não enviesadas), não é muito difícil chegar à conclusão de que o direito à liberdade de expressão não estaria limitado apenas a uma dimensão individual.

Nestes pontos, a construção jurisprudencial das cortes é bastante semelhante.

b) liberdade de expressão: direito absoluto ou sujeito a balanceamento com outros direitos e objetivos coletivos?

⁵⁵¹ OC 05/85, § 30-32.

⁵⁵² *Idem*, § 31.

⁵⁵³ *Idem*, § 33.

⁵⁵⁴ *Idem*, § 39.

⁵⁵⁵ *Idem*, § 70.

⁵⁵⁶ Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, § 116.

A CtIDH, com base no prescrito nos incisos 4º e 5º do art. 13, afirmou que o direito à liberdade de expressão não seria absoluto, podendo ser restringido, desde que de forma proporcional ao objetivo que se almeja alcançar para que sua afetação seja mínima⁵⁵⁷. Caracterizar o direito à liberdade de expressão como absoluto ou não depende da compreensão de direitos que está por trás da argumentação judicial e, a partir daí, consequências práticas importantes decorrerão de tal caracterização⁵⁵⁸.

No caso do voto do ministro Ayres Britto, a caracterização do direito à liberdade de expressão como absoluto, partiu da impossibilidade de censura prévia e das possíveis restrições ao direito estarem deslocadas no tempo com relação à manifestação (reparações posteriores à manifestação, quando cabíveis). Como consequência prática, nenhuma limitação de conteúdo ou de meio podem ser feitas à manifestação do pensamento, salvo aquelas, com anterioridade, previstas na Constituição.

Por outro lado, o caráter não absoluto e a possibilidade de ponderação sugerem que direitos conflitam e algum cálculo precisa ser feito para que se chegue a alguma conclusão acerca do conflito, provavelmente, com a prevalência de um direito em detrimento de outro (WALDRON, 1993, p. 506)⁵⁵⁹. Quando o conflito envolve um objetivo coletivo⁵⁶⁰, há o risco

⁵⁵⁷ Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, §§ 120-123.

⁵⁵⁸ Waldron (1984, p. 09-15) identifica duas grandes teorias dos direitos no que diz respeito à relação entre deveres e os detentores dos direitos: a teoria dos interesses (ou do benefício) e a da escolha. A teoria da escolha, defendida por Hart e agregadora de poucos seguidores, sugere que os direitos são posições que conferem poder de controle das ações relacionadas aos sujeitos ditos como portadores dos deveres. Por exemplo, se prometo a X que irei cuidar de sua mãe doente quando ele morrer, o beneficiário da obrigação será sua mãe, mas o portador do direito será X, que poderá, a qualquer tempo, alterar minha posição de devedor – minha liberdade de escolha está limitada por X (HART, 1984, p. 81-82). A teoria dos interesses sugere que um direito de P existe quando Q tem o dever de realizar um ato que é do interesse de P. De forma mais ampla, a teoria dos interesses defende que P tem um direito sempre que a proteção ou a garantia de algum de seus interesses esteja reconhecida como uma razão para impor deveres e obrigações em face de outrem. Dentro da teoria dos interesses, três modelos podem ser construídos, a partir do peso dos direitos nos debates políticos: 1) direito como interesse especial entre os demais (os direitos possuem um peso maior que os demais interesses, mas, em princípio, podem ser superados por um outro interesse similar ou por um conjunto de interesses); 2) direitos como elementos que gozam de prioridade lexical em face de outros interesses (direitos são garantidos em toda sua extensão, antes que outros interesses sejam colocados em consideração, situando os direitos como absolutos contra considerações de mera utilidade) e 3) direitos como bases para requerimentos de estritas restrições às ações (a função dos direitos é excluir da consideração intencional de certas formas de comportamentos que envolvem outras pessoas). O debate entre a categorização de direitos absolutos e não absolutos pode ser caracterizado como disputas acerca dos direitos fundamentais como interesses especiais (01) e direitos fundamentais como trunfos (02).

⁵⁵⁹ Não necessariamente o cálculo será utilitarista, mas alguma forma de compromisso (*trade-off*) será necessário em teorias de direito que sustentam que direitos conflitam, que não são absolutos e que podem ser restringidos por outros direitos ou objetivos coletivos, argumenta Waldron (1993). São teorias, como posto na nota anterior, que consideram os direitos como um interesse especial, que pode ser sobreposto por outros direitos ou um conjunto qualitativo de interesses. O principal exemplo de teorias desse tipo em nosso país é a de Robert Alexy (2008). Ao caracterizar algumas normas de direitos fundamentais como princípios, Alexy (2008, p. 90) sustenta que os princípios funcionam como mandamentos de otimização que devem ser balanceados, com base em uma precedência *prima facie* condicionada quando colidem. Sendo uma precedência condicionada, ela é dependente de contingências fáticas e jurídicas (fatos do caso, precedentes, argumentações teóricas), nenhum direito

de que cálculos utilitaristas se façam presentes na argumentação. Caminho que o STF e a CtIDH parecem trilhar juntos. Pelo lado prático, as cortes terão de realizar testes para avaliar o conteúdo veiculado e os meios utilizados na manifestação.

A decisão pela caracterização do direito à liberdade de expressão no STF foi impulsionada pela interpretação de que os direitos de personalidade (imagem, honra etc.) estavam em pé de igualdade ao direito à liberdade de expressão e que deveriam ser, igualmente, protegidos.

O STF não poderia, dado o objeto da demanda, analisar pormenorizadamente as medidas legislativas que restringem o direito à liberdade de expressão, tal como a criminalização da calúnia, injúria, difamação e as condutas consideradas como desacato. No entanto, especialmente, no voto de Gilmar Mendes e Celso de Mello, os ministros sinalizaram que tais medidas são constitucionais, apesar de uma maior latitude interpretativa ser concedida quando as ações tipificadas forem praticadas em face de autoridades públicas.

A diferença entre uma proteção absoluta e outra restritiva fica mais evidente nos casos de proibição de algumas espécies de discursos (não especificados constitucionalmente ou legislativamente) e nas medidas judiciais que poderão ser exigidas para a prevenção de sua ocorrência. Gilmar Mendes utilizou o famoso caso paulista da escola base para ilustrar um caso de abuso da liberdade de imprensa, mas não indicou que medidas judiciais poderiam ser tomadas para remediar o caso. Poderíamos conjecturar, hipoteticamente em caso semelhante, que o juiz, ao realizar um balanceamento, e em função do caráter não absoluto do direito de liberdade imprensa e expressão, poderia impedir, de maneira preventiva, que as notícias fossem veiculadas ao público (publicadas, portanto)⁵⁶¹.

fundamental considerado como mandamento de otimização goza de precedência absoluta (ALEXY, 2008, p. 96). Central para as teorias do conflito é a inexistência de um núcleo essencial fixo dos direitos fundamentais (conteúdo inviolável). Por conta da necessária adoção de um suporte fático amplo, os direitos fundamentais não apresentam, de antemão e para sempre, os conteúdos permitidos e proibidos pelas normas constitucionais (ALEXY, 2008, p. 320-322). Por essa razão, as restrições ao direito são tidas como limitações externas (ao conteúdo do direito) válidas constitucionalmente, porquanto não afetaram os critérios de validade do princípio. Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 165) sintetiza a questão da seguinte forma: se o limite e o conteúdo do direito estivessem postos anteriormente pela Constituição, não haveria razão para o sopesamento.

⁵⁶⁰ Segurança nacional, ordem pública, saúde ou moral públicas e as justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática (arts. 13, 2, b e 32, 2 da CADH).

⁵⁶¹ O STF, no entanto, tem repellido decisões judiciais que impediram a circulação de revistas nacionais que traziam denúncias que envolviam Governador de Estado (MC na Rcl 18.638/CE, Rel. Luis Barroso); retirada de notícias em *blog* de periódico semanal nacional que expunham denúncias e críticas severas aos envolvidos (MC na Rcl 18.290/RJ, Rel. Luiz Fux) e a retirada de notícia em site eletrônico (MC na Rcl 16.074/SP, Rel. Ricardo Lewandowski). Todas as decisões foram feitas em sede cautelar o que limita o âmbito de análise do ministro no caso, porém, demonstram que alguns ministros parecem relutantes em encontrar argumentos suficientes para justificar medidas que pudessem ser tomadas previamente à manifestação do conteúdo das matérias veiculadas pela imprensa. Tais posições monocráticas podem, ademais, sugerir um posicionamento institucional da corte.

c) Os limites da liberdade de expressão e responsabilidade civil/criminal.

Além da possibilidade de restrições que antecedem à manifestação e circulação do pensamento, a responsabilização criminal e civil podem, igualmente, interferir na liberdade de expressão. Como aponta Pasqualucci (2006a, p. 382), indivíduos poderosos podem lançar mão de leis criminais para intimidar a mídia de expor práticas corruptas ou de publicizar informações incriminadoras. A existência de leis que criminalizam alguns discursos pode criar uma autocensura da mídia, afetando o direito de informação indiretamente.

Para a manifestação de Ayres Britto, poucas dúvidas restam acerca da inconstitucionalidade dos tipos penais que criminalizam algumas formas de discurso e o crime de desacato, previsto no art. 331, do Código Penal brasileiro⁵⁶² (não há autorização constitucional para sua criminalização). Apesar de reconhecer em seu voto a responsabilidade civil e criminal como possíveis limites constitucionais ao exercício da liberdade de expressão, o ministro ressalva apenas a possibilidade de indenizações civis módicas aos agentes públicos, em função de sua posição no debate público e como garantia de que as condenações não sejam utilizadas como medidas indiretas de censura.

No campo penal, Ayres Britto afirma a impossibilidade de maior severidade criminal dirigida especificamente a jornalistas e, em seguida, considera incompatível com a Constituição tipificações criminais específicas para os que exercem a liberdade de expressão por meio da imprensa. Os ministros do STF não seguiram o mesmo caminho, pois evitaram discutir diretamente a problematização da criminalização do exercício da liberdade de expressão em todas as suas formas e a sua possível (in)compatibilidade com as prescrições constitucionais.

A CtIDH, por outro lado, oferece importantes argumentos para o equacionamento da questão. Diferente das genéricas ressalvas de Ayres Britto e Celso de Mello sobre a diferente incidência das leis penais e civis no que tange aos agentes públicos, a CtIDH identifica o problema nessa linha de argumento que transparece que pessoas públicas (e o problema

⁵⁶² Do cotejo da posição de Ayres Britto no HC 82.424/RS com as conclusões de seu voto na ADPF 130, o ministro considera constitucional a criminalização legal de discursos racistas e discriminatórios, com a amplitude compartilhada pelos demais ministros que votaram no caso (a proteção constitucional não se limita à “raça” negra), por conta de expressa disposição constitucional (caso de limitação penal constitucionalmente autorizada à liberdade de expressão). Contudo, pondera que nem todas as manifestações que discorram sobre questões de raça são racistas (ainda que chocantes ou desagradáveis ao público) e o intérprete deverá realizar análise acerca da categoria de discurso proferida (crença religiosa, convicção filosófica e política) para avaliar sua vedação ou não. Caso esteja dentro de alguma categoria protegida (no caso de Ellwanger, fruto de uma ideologia – convicção política e filosófica), o autor não cometerá crime de racismo. Posição vencida no HC 82.424/RS.

começaria em como identificá-las) possuiriam direitos individuais diferenciados das privadas⁵⁶³.

A corte interamericana foca a análise no assunto em pauta e não no caráter da pessoa envolvida, ou seja, os critérios diferenciados de proteção não estão baseados na questão de o sujeito ser ou não uma figura pública ou um cidadão privado, mas se as atividades praticadas por ele estão inseridas no domínio do interesse público. Tendo em vista o interesse social do assunto em pauta e, portanto, do debate plural democrático, as figuras envolvidas devem ter uma tolerância maior ao criticismo (as atividades saem da esfera do privado para atingir a esfera do debate público)⁵⁶⁴. O critério, obviamente, torna-se mais evidente para aqueles que voluntariamente escolheram desempenhar um cargo público (funcionários públicos, agentes políticos, parlamentares etc.).

No caso específico dos que ocupam cargos públicos, a CtIDH restringiu o alcance das leis que criminalizavam as condutas descritas como desacato⁵⁶⁵. Contrário ao posicionamento de importantes comentadores de sua jurisprudência⁵⁶⁶, a CtIDH não considerou a sanção criminal aos abusos da liberdade de expressão como contrárias à CADH⁵⁶⁷, no entanto, restringiu sua utilização, em razão de sua severidade e do seu impacto na liberdade dos indivíduos. Os juízes de São José exigiram das leis penais sobre o tema uma tipificação clara e precisa⁵⁶⁸, além das seguintes características: 1) que a lei leve em consideração a gravidade

⁵⁶³ Do ponto de vista argumentativo, seria constitucionalmente problemático para o STF justificar que existe uma honra específica para quem é pessoa pública, em razão da subjetividade da noção de honra e de como uma pessoa sente que a sua fora afetada pelo discurso de outrem.

⁵⁶⁴ Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, §§ 127-129. Ainda que tenha sido posterior ao caso da ADPF 130, a CtIDH detalhou os critérios de sua análise em *Fontevicchia y D'Amico Vs. Argentina* (2011, §59): *De tal modo, dos criterios relevantes, tratándose de la difusión de información sobre eventuales aspectos de la vida privada, son: a) el diferente umbral de protección de los funcionarios públicos, más aún de aquellos que son elegidos popularmente, respecto de las figuras públicas y de los particulares, y b) el interés público de las acciones que aquellos realizan.*

⁵⁶⁵ Leis que criminalizam a ofensa, insultos ou ameaças a funcionários públicos no exercício de seus deveres (p. PASQUALUCCI, 2006a, 394-395). No Brasil, o art. 331, do CP criminaliza o desacato com a seguinte redação: *Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela.*

⁵⁶⁶ Cláudio Grossman (2012, p. 389), Eduardo Bertoni (2009, p. 345) e Jo Pasqualucci (2006a, p. 404). A última autora acrescenta que a CtIDH deveria ter confirmado que os abusos decorrentes da difamação apenas poderiam estar limitados aos procedimentos civis em todos os casos e que a abordagem criminal seria uma restrição desproporcional à liberdade de expressão sob a CADH. Eduardo Bertoni (2009, p. 345) aponta uma possível contradição na decisão da CtIDH em *Kimel Vs. Argentina* (2008), na medida em que a corte reconheceu que processos criminais e indenizações civis exorbitantes podem ser meios de censura indireta (o que o autor denomina de *chilling effect*), mas, não obstante, passou a considerar a possibilidade de que, ainda que sujeito à salvaguardas, o uso de leis criminais difamatórias seja possível, mesmo em casos que envolvam manifestações dirigidas a agentes públicos ou a expressões de matérias de interesses público. Ou seja, se a corte reconheceu o *chilling effect*, por que não considerou as leis difamatórias como contrárias à CADH? Nash Rojas (2009), em contraposição, concorda com a CtIDH.

⁵⁶⁷ Caso *Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, § 78 (*La Corte no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones ...*).

⁵⁶⁸ *Idem*, § 77.

da conduta do emissor da mensagem; 2) o dolo com que atuou; 3) as características do dano causado injustamente; 4) outros dados que justifiquem a reprimenda criminal; e 5) manutenção do ônus da prova na acusação⁵⁶⁹.

Com base nos critérios estabelecidos pela CtIDH, os artigos do CP brasileiro que criminalizam a injúria⁵⁷⁰, difamação⁵⁷¹ e desacato não estariam de acordo com a CADH. Apenas para reforçar, o que viola a CADH não é a criminalização destas práticas, mas a estrutura normativa da tipificação. Obviamente que a corte suprema não poderia ter feito o controle da constitucionalidade do CP na ADPF 130, mas poderia ter discutido com maior amplitude as consequências da responsabilidade criminal de jornalistas, em razão da revogação da lei de imprensa, para o conteúdo da liberdade de expressão.

Por fim, a CtIDH estabeleceu importante critério para que o dolo da manifestação do pensamento seja feita: a distinção entre expressão de valores e relato de fatos. Para a corte interamericana, as opiniões não podem ser objeto de discussões acerca de sua veracidade ou não, o que impede que sejam alvo de sanções (ainda mais quando dirigidas à agentes público). A análise da veracidade ou falsidade não pode ser submetida a juízos de valor, apenas aos fatos⁵⁷². Por tal razão, a corte restringe ainda mais o alcance da responsabilidade em matéria de liberdade de expressão às hipóteses em que haja um dolo específico em falsear informações sobre a atuação de indivíduos envolvidos com assuntos de interesse público, deixando de fora os juízos de valor (mesmo as críticas duras, desagradáveis, impopulares etc.). Critério que poderia ser incluído na posição do STF.

4.2.2. A exigência de diploma de nível superior para jornalistas e liberdade de expressão: RE 511.961/SP⁵⁷³

O Recurso Extraordinário originou-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, que requereu a não recepção do art. 4º, V, do Decreto-Lei nº 972/69, que exigia registro de diploma universitário de jornalista no Ministério da Educação.

⁵⁶⁹ *Idem*, § 78.

⁵⁷⁰ Art. 140 - *Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro.*

⁵⁷¹ Art. 139 - *Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação.* Os artigos do CP transcritos ao longo das notas de rodapé são idênticos aos da legislação argentina considerados como violadores da CADH em Kimel (2008). O Estado argentino, em cumprimento da determinação de adequar direito interno, alterou suas leis penais para, em resumo, a) excluir a possibilidade de injúria e difamação serem dirigidas a pessoas jurídicas; b) excluir a possibilidade de restrição da liberdade como pena; e c) descriminalização de manifestações que digam respeito à assuntos públicos.

⁵⁷² Kimel v Argentina, § 93.

⁵⁷³ Relator Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 13/11/2009.

Para o relator do caso, Ministro Gilmar Mendes, a questão do RE divide-se em duas: a primeira, relacionada à constitucionalidade do DL em face das liberdades de profissão, expressão e de informação constitucionais (art. 5º, IX e XIII; art. 220 da CF/88) e a segunda, questiona o decreto em face do art. 13, da CADH.

O ministro inicia analisando o conteúdo do art. 5, XIII da CF/88 (é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer). Para Gilmar Mendes, a norma constitucional estabelece uma reserva legal qualificada, o que significa dizer que a Constituição exige legislação que estabeleça as condições de exercício do direito. No entanto, para a efetividade do âmbito de proteção do direito, as restrições possíveis devem passar no teste da proporcionalidade. Ou seja, a lei pode limitar o direito, mas não pode atingir seu núcleo essencial. Considera o ministro que a análise deve ser feita no sentido de perquirir se o DL atingira o núcleo essencial do direito ao livre exercício da profissão de jornalista, transbordando a permissão constitucional de limitação legislativa conformadora.

Em seguida, o ministro cita dois precedentes do STF criados em regimes constitucionais pretéritos: o RE 70.563/SP e a Representação nº 930. Após transcrever longos trechos dos relatores dos referidos casos, Gilmar Mendes conclui que aquelas decisões estabeleceram o princípio de que nem todas as profissões exigem o preenchimento de condições legais para seu exercício, e a lei não poderia tornar a liberdade de profissão ilusória ao restringi-la injustificadamente. Por fim, considerou que as restrições ao exercício da liberdade apenas podem dizer respeito às qualificações profissionais.

Assentadas as premissas acima, o ministro cita dois pareceres (Eros Grau e Geraldo Ataliba) para concluir que a doutrina constitucional justifica os limites impostos pela Constituição à liberdade profissional apenas para profissões que exigem capacidade técnica, como garantia do bem coletivo. A legislação exigida nesses casos assegura que os profissionais não causem problemas ou riscos para a sociedade ao cumprirem os requisitos profissionais e o domínio de conhecimentos técnicos específicos. Pontos que não são observados na profissão de jornalista, que não exige conhecimentos técnicos para a elaboração de notícias. Ademais, não seria o diploma dos jornalistas que preveniria a coletividade e terceiros de riscos.

O ministro considerou o DL inconstitucional com base no art. 5, XIII. Mas prosseguiu para afirmar que a profissão de jornalista é diferente das demais por sua estreita vinculação com a liberdade de expressão e informação. De acordo com o ministro, a profissão de jornalista é a própria manifestação e difusão do pensamento e da informação de forma

contínua, profissional e remunerada. Por essas razões, o ministro sustenta que o caso não pode ser interpretado de forma dissociada dos arts. 5º, IV, IX e XIV e 220 da CF/88. Para reforçar seu argumento, o ministro citou a ADPF 130 para afirmar que o tribunal decidiu que as liberdades de expressão e de imprensa apenas poderiam ser limitadas por lei de maneira excepcionalíssima, nos casos de proteção dos direitos à honra, imagem, privacidade e personalidade. Por tais razões, a lei não pode criar obstáculos à liberdade de informação ao exigir a aferição de suposta capacidade profissional do jornalista, porquanto o exercício profissional não afeta os valores que a lei requerida pela Constituição intenciona limitar. Por fim, qualquer interferência estatal quanto às qualificações profissionais do jornalista ou limitação preventiva são consideradas formas de censura prévia⁵⁷⁴.

O precedente da CtIDH é trazido ao voto como reforço à interpretação realizada pelo ministro. Após descrever os fatos que levaram à OC 5/85, Gilmar Mendes transcreve parágrafos inteiros da decisão interamericana (§§ 53-81)⁵⁷⁵.

O voto do relator é seguido integralmente pelos ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Ellen Gracie, Celso de Mello e Cezar Peluso. Ayres Britto e Eros Grau apresentaram votos concorrentes, que não citavam a OC 5/85 e Marco Aurélio divergiu do voto. O voto do relator, portanto, no caso, espelha o posicionamento do tribunal.

Podemos identificar, na primeira parte do voto, que o ministro considerou os seguintes fatores da interpretação constitucional: o texto constitucional, a doutrina constitucional brasileira e os precedentes do STF. Contudo, na segunda parte, o ministro reconhece que a CADH precisa ser analisada como fator interpretativo, pois internalizada pelo país (apesar de não lembrar no voto sua natureza supralegal). O ministro considerou a CADH como um fator a ser considerado como argumento constitucional para julgar o RE, fundamentado no art. 102, III, a.

A estruturação do voto parece indicar que a citação do precedente foi como argumento de autoridade, ou como simples reforço à tese do ministro (o precedente foi simplesmente transcrito com eventuais grifos), mas não podemos esquecer que a primeira parte do voto declarou a não recepção do DL com base na seguinte justificativa – a profissão de jornalista não exige conhecimentos técnicos específicos, cuja capacidade apenas pudesse ser aferida por

⁵⁷⁴ Como razões secundárias, o ministro ressalta que a ausência de limitação estatal não significa pouco caso da profissão – ainda pode agir de maneira danosa à sociedade, mas o mais danoso seria censurar previamente seu exercício. A regulação do exercício profissional dos jornalistas deve ser endógena (auto regulação), pois mais consentânea com a liberdade de expressão. São os próprios meios de comunicação que devem estabelecer os requisitos de contratação e controle da qualidade dos trabalhos do jornalista (o que poderia incluir a exigência do diploma).

⁵⁷⁵ O ministro cita, também, o informe anual de 2009 da CIDH.

diplomas exigidos legalmente, para fins de resguardo social⁵⁷⁶. A segunda parte apresenta uma argumentação diferente para aferir, não a desproporcionalidade da lei, mas para justificar a impossibilidade de interferência legislativa: o jornalista profissional exerce de forma contínua e remunerada a liberdade de expressão.

Não se trata de conexão necessária (exercício do jornalismo/proteção à liberdade de expressão), pois o ministro Marco Aurélio considerou que a exigência de diploma de ensino superior representaria maior salvaguarda aos que leem jornais e que não seria uma violação da liberdade de expressão⁵⁷⁷. O argumento da conexão entre profissão de jornalista, desnecessidade de conhecimentos técnicos para seu exercício e proteção da liberdade de expressão foi feita pela CtIDH de maneira idêntica a de Gilmar Mendes⁵⁷⁸, o que demonstra um esforço em construir uma melhor interpretação constitucional com base na deliberação entre os precedentes das cortes.

Ainda que o ministro não tenha demonstrado de maneira explícita a fonte da correlação, os argumentos utilizados para defendê-la foram os mesmos utilizados pela corte interamericana. Poderíamos pensar de forma diferente caso o ministro justificasse a correlação de forma diversa e, ainda assim, citasse a OC 05/85 como fonte confirmatória.

Discordamos, no ponto, portanto, de Carvalho Ramos (2013, p. 36)⁵⁷⁹ acerca da forma de identificação do diálogo entre as cortes. Para o referido autor, a transcrição dos parágrafos da OC demonstraria respeito e valor à interpretação internacionalista dos direitos humanos por parte do STF. Consideramos que a recepção que o STF fez da interpretação da correlação

⁵⁷⁶ Felipe Tateno (2012, p. 451) concorda que o argumento da não recepção do DL em razão da desproporcional exigência de qualificações técnicas para profissões que não ensejam conhecimentos técnicos para exercê-la e que não causam riscos à sociedade não se confunde com o argumento da vinculação entre jornalismo e liberdade de expressão. Podemos citar o caso dos *chefs* de cozinha, lembrado por Mendes.

⁵⁷⁷ A CtIDH afirmou que não poderia dissociar a profissão do jornalista do exercício da liberdade de expressão, dissociação pressuposta pelo argumento de que a contraprestação pecuniária paga ao jornalista excluiria sua liberdade (e justificaria registro profissional para fins de ordenar o recebimento do pagamento do jornalista) (§ 74, da OC 05/85).

⁵⁷⁸ Algumas passagens do voto do ministro apresentam muitas similitudes com a opinião consultiva da corte. Cf. a página 46 do voto do Ministro Gilmar (página 758 do processo). Podemos comparar a seguinte passagem: *Não obstante o acerto de todas essas considerações, o ponto crucial é que o jornalismo é uma profissão diferenciada por sua estreita vinculação ao pleno exercício das liberdades de expressão e informação. O jornalismo é a própria manifestação e difusão do pensamento e da informação de forma contínua, profissional e remunerada. Os jornalistas são aquelas pessoas que se dedicam profissionalmente ao exercício pleno da liberdade de expressão. O jornalismo e a liberdade de expressão, portanto, são atividades que estão imbricadas por sua própria natureza e não podem ser pensadas e tratadas de forma separada.* Com o parágrafo 74 da OC 05/85 (*El ejercicio del periodismo profesional no puede ser diferenciado de la libertad de expresión, por el contrario, ambas cosas están evidentemente imbricadas, pues el periodista profesional no es, ni puede ser, otra cosa que una persona que ha decidido ejercer la libertad de expresión de modo continuo, estable y remunerado. Además, la consideración de ambas cuestiones como actividades distintas, podría conducir a la conclusión que las garantías contenidas en el artículo 13 de la Convención no se aplican a los periodistas profesionales*)

⁵⁷⁹ Importante ressaltar que o autor, posteriormente, sugere parâmetros mais rígidos para a presença de um diálogo (CARVALHO RAMOS, 2013, p. 37).

entre exercício profissional do jornalismo e liberdade de expressão feita pela CtIDH para construir o conteúdo dos direitos fundamentais da CF/88 seja o indício mais forte e não a transcrição dos parágrafos.

Não podemos deixar de fazer referência à forma como o pleito foi apresentado pelo MPF (e o parecer foi no mesmo sentido), que fundamentou a não recepção do DL com base na CADH e na OC da CtIDH. A fundamentação do pedido do RE com base na CADH pode ter influenciado o voto do ministro, tendo em vista a tradicional taxa de sucesso das ações propostas pelo MPF no STF⁵⁸⁰. O dado é importante, pois pode demonstrar que o STF se predisporá ao diálogo caso seja instigado a fazê-lo, a depender do posicionamento dos outros atores processuais (para nosso caso, se trazem a jurisprudência da CtIDH como fundamento do pedido).

4.2.3. O direito à assistência consular como direito humano: Ext 1.126/República da Alemanha⁵⁸¹

A extradição em análise tinha por objeto aferir a regularidade do pedido de extradição formulado pelo Governo da República Federal da Alemanha, com base em promessa de reciprocidade, de nacional alemão acusado da suposta prática do crime de tráfico ilícito de drogas na União Europeia e América do Sul.

Inicialmente, o ministro Joaquim Barbosa verificou o atendimento de todos os requisitos formais da extradição exigidos pelo Estatuto do Estrangeiro (dupla tipicidade, não ocorrência de prescrição, pedido de reciprocidade, autoria, etc). Posteriormente, passou a analisar o argumento da defesa que requeria o indeferimento do pedido extradicional com base na suposta ilegalidade da colheita de depoimento por agentes da polícia federal alemã, os quais se teriam feito passar por agentes diplomáticos.

Como justificativa para negar o pedido, Joaquim Barbosa apenas transcreve trecho do parecer do MPF, que considerou que o Brasil cumprira o requisito do art. 36, 1, b, da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, que determina que a autoridade competente do Estado receptor deverá, sem tardar, informar a repartição consular competente quando, em sua jurisdição, um estrangeiro for preso ou detido e também deverá comunicar imediatamente o interessado preso ou detido sobre esse direito. De acordo com o parecer transcrito, as

⁵⁸⁰ Ainda que a análise tenha se retornado apenas às ADI's, Vianna et alli (1999, p. 123 e 2007, p. 79) concluíram que o MPF é o legitimado para propor ADI's com as maiores possibilidades de ter seu pedido deferido parcialmente ou em parte, no mérito e liminarmente.

⁵⁸¹ Tribunal Pleno, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 11/12/2009.

autoridades policiais brasileiras teriam preservado o direito do extraditando de se comunicar com os agentes consulares por ocasião de sua prisão em flagrante e de constituir advogado para representá-lo. O Ministro deferiu a extradição.

O Ministro Celso de Mello apresentou voto concorrente. Ao tratar do art. 36, 1, b, da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, afirmou que o estrangeiro preso pelo país receptor possui direitos decorrentes da Convenção. E, antes de prosseguir no voto, o ministro concordou que as autoridades brasileiras cumpriram com as obrigações internacionais previstas na convenção. Para ressaltar a importância da norma, o ministro cita sua categorização como direito humano pela OC nº 16/99, da CtIDH e transcreve o parágrafo 141 da decisão interamericana. Como evidência do cumprimento do Estado brasileiro da norma convencional, o ministro transcreve o mesmo trecho anteriormente transcrito por Joaquim Barbosa do parecer ministerial. Celso de Mello finaliza seu voto considerando que a negativa da notificação consular acarretaria violação do devido processo legal e que a notificação deve ser feita tão logo seja realizada a prisão do estrangeiro (antes de qualquer manifestação perante as autoridades nacionais).

O ministro Marco Aurélio confessou que não teria verificado a comprovação da formalidade em processos de extradição anteriores que julgara, assistência que considerou ser essencial à validade da constrição⁵⁸².

Curioso notar que o Ministro Joaquim Barbosa não se aprofundou na discussão acerca da caracterização da assistência consular como direito humano no acórdão analisado, uma vez que havia tecido breves comentários acerca do ponto na decisão monocrática na Ext 954/Itália⁵⁸³. Além de ressaltar o status de direitos humanos da assistência consular conferida pela CtIDH e pela CIJ⁵⁸⁴, o ministro considerou que o direito era cabível nas hipóteses extradiçãois (a prisão é condição procedimental para o prosseguimento do processo

⁵⁸² O direito do preso estrangeiro à assistência consular não é apenas importante nos casos de extradição analisados pelo STF. Theresa Rachel Correia (2008, p. 250-256), em pesquisa empírica realizada no Estado do Ceará acerca da situação de mulheres estrangeiras presas em decorrência de tráfico internacional de entorpecentes, pôde identificar que quase todas as detentas estrangeiras não tiveram seu direito à assistência consular garantido. A autora contabilizou no presídio estadual feminino Auri Moura Costa 15 mulheres estrangeiras. A maioria não foi informada de seu direito à assistência no momento da prisão e da condenação e, no caso de algumas, inexistiam consulados dos respectivos países no Estado do Ceará. Apenas as duas detentas da Holanda tiveram seu direito observado. Nádia de Araújo (2005, p. 239-240) noticia que o Procurador da República André de Carvalho Ramos, proeminente teórico dos Direitos Humanos no Brasil, expediu recomendação à Polícia Federal para que nos casos de prisão de cidadãos estrangeiros no Brasil, fosse-lhes notificado sobre seu direito à assistência consular, com o registro no auto de prisão em flagrante, para ciência das demais autoridades. A recomendação fundamentava-se na OC 16/99, da CtIDH.

⁵⁸³ DJ 24/05/2005.

⁵⁸⁴ Como será visto abaixo, a CIJ não decidiu acerca da natureza de direito humano da assistência consular. Não obstante, Joaquim Barbosa afirmou o contrário.

extradicional), com base na amplitude da norma convencional, que abarcaria qualquer hipótese de privação da liberdade.

Todavia, o caso da Ext 1.126 não pode configurar-se como uma hipótese de diálogo entre cortes. O voto do relator não discutiu o ponto e os demais ministros, com exceção dos ministros Celso de Mello e Marco Aurélio, não se manifestaram oralmente ou por meio de voto escrito, apenas seguiram o voto do relator.

O voto concorrente do Ministro Celso de Mello incorpora ao seu voto trechos da argumentação da CtIDH na OC 16/99⁵⁸⁵ para concluir que a violação do direito à assistência consular (direito humano) acarretaria a ilegalidade da prisão por descumprimento do devido processo legal. Entretanto, o ministro não desenvolveu sua argumentação com base em outros fatores interpretativos da CF/88 (o texto da Constituição⁵⁸⁶ e a CADH - suprallegalidade), apenas conclui pela violação com base nas decisões da CtIDH e da CIJ (o ministro citou os casos Ángel Breard, LeGrand e Avena), cujas decisões são elencadas de forma seriada e indistinta.

A distinção entre os precedentes citados é necessária por algumas razões. Em primeiro lugar, porque as decisões da CIJ não se basearam na principal premissa desenvolvida pela CtIDH e incorporada no voto do ministro – a de que o direito à assistência consular é um direito humano que faz parte do devido processo legal (direito à ampla defesa). A CIJ, nos casos LaGrand⁵⁸⁷ e Avena⁵⁸⁸, evitou caracterizar o direito garantido pela Convenção de Viena como humano. A CIJ não decidiu pela natureza de direito humano da assistência, por consequência, a influência da sua citação em correlação com as justificativas da opinião consultiva da CtIDH incorporadas no voto do ministro não fica clara quando os precedentes são dispostos indistintamente. Por fim, a origem dos casos é diversa, um é uma opinião consultiva de um sistema internacional de direitos humanos que o Brasil faz parte e cuja interpretação do tratado dispõe de status supralegal e o outro, decisão judicial contenciosa de uma corte que não vincula o Brasil (no caso) ou dispunha sobre direitos humanos.

O ministro poderia ter citado o desenvolvimento contencioso do SIDH das fundamentações da opinião consultiva, como o fez com os casos da ONU anteriores a Avena,

⁵⁸⁵ De forma bastante semelhante a de Gilmar Mendes no caso analisado anterior.

⁵⁸⁶ É bem verdade que o ministro afirma, ao final do voto, que a falta de assistência consular acarreta a violação “de todas as prerrogativas e direitos que se compreendem na cláusula *constitucional* do devido processo” (grifos nossos), mas o ministro não explica de que forma o direito humano internacional se relaciona com a cláusula da Constituição brasileira, apenas atesta sua inclusão.

⁵⁸⁷ LaGrand (Germany v. United States of America), 2001, § 126.

⁵⁸⁸ Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico V. United States of America), 2004, § 124. A corte não evitou, simplesmente, decidir sobre o tema, mas assentou que nem o texto, o objeto, a finalidade da Convenção de Viena, ou qualquer indicação nos trabalhos preparatórios, corroboravam a conclusão.

aparentemente influenciados pela manifestação consultiva da CtIDH⁵⁸⁹. Dentre os casos que poderiam ter sido lembrados, podemos citar a ocasião em que cidadão francês foi preso ilegalmente no Equador por autoridades policiais sem mandado de prisão expedido por autoridade judicial e que, no momento de sua prisão, não fora permitido entrar em contato com o consulado de seu país⁵⁹⁰. Na ocasião, a CtIDH decidiu que a garantia da assistência consular era determinação imposta pelo direito à defesa, como parte das garantias do devido processo legal⁵⁹¹. Para a CtIDH, o acesso à assistência garante que o estrangeiro possa preparar melhor sua defesa, garantido um julgamento justo⁵⁹². Aspectos que poderiam ser incorporados pelo STF na interpretação do devido processo legal constitucional.

A citação indistinta da CtIDH e da CIJ, a discussão sem maior atenção a outros fatores interpretativos constitucionais e a ausência de criteriosas citações de casos contenciosos da CtIDH podem indicar uma peculiar forma de tratar com as fontes internacionais que se distancia das abordagens dialógicas e se aproxima de premissas universalistas.

A interpretação universalista pressupõe que os juízes fazem parte de uma rede de interpretação do mesmo conjunto de princípios, estimulando os juízes a não levarem em consideração nenhuma forma de particularidade nacional na interpretação dos direitos humanos. Caracterizados como normas jurídicas que transcendem barreiras territoriais, os direitos humanos interpretados pela abordagem universalista, não apenas estão presentes em todos os ordenamentos, mas devem ser iguais em suas soluções (CHOUDRY, 1999, p. 833).

A universalidade permite a citação de decisões alheias ao país (decisões da CIJ, que não tinham como parte o Estado brasileiro) por imperativos naturalistas acerca dos direitos humanos, tal como a dignidade da pessoa humana e igualdade. Os imperativos típicos do direito natural tornam de pouca importância a eficácia da norma citada (a decisão da CIJ e a OC não vinculam o Brasil) ou sua aplicação ou não ao país, desde que se cumpra com seu

⁵⁸⁹ Cf., Cançado Trindade (2003, p. 65 e 2007, p. 04-05). Trindade (2007, p. 10) dá a entender ao leitor que a decisão em *Avena* foi influenciada pela OC da CtIDH, mas, como vimos, a CIJ, apesar de decidir favoravelmente ao México, não o fez com base em violação de um possível direito humano.

⁵⁹⁰ Caso *Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, § 90.17. Algo semelhante ocorreu com *Acosta Calderón*, cidadão boliviano preso pela polícia equatoriana, suspeito de traficar drogas, e que não teve acesso ao seu direito de assistência consular (Caso *Acosta Calderón Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129).

⁵⁹¹ Caso *Tibi Vs. Ecuador*, § 195.

⁵⁹² *Acosta Calderón Vs. Ecuador*, § 125. A assistência na defesa pode vir na forma de: fornecimento ou contratação de representação legal, obtenção de provas no país de origem, a verificação das condições em que a assistência jurídica esteja sendo exercida e acompanhamento processual enquanto o acusado estiver na prisão (Caso *Bueno Alves Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164, § 116).

resultado (BAHDI, 2002b, p. 569-575). Dessa forma, a citação conjunta de Mello parece se afastar das premissas de uma séria deliberação dialógica.

O universalismo pode ser considerado uma postura teórica constitucional (adotada por um ministro), que determina a conformação da interpretação constitucional nacional ao consenso do direito internacional ou transnacional. Tendo em vista a importância do consenso, a Constituição é vista como local para a implementação do direito internacional (JACKSON, 2010, p. 42-46).

As premissas normativas da abordagem universalista foram afastadas no capítulo anterior, mas podem surgir como categoria de análise das manifestações dos ministros do STF, especialmente as do ministro Celso de Mello após o RE 466.343/SP⁵⁹³, e que acompanhariam todas as citações da jurisprudência da CtIDH feitas pelo ministro.

4.2.4. Os direitos às terras tradicionalmente ocupadas das comunidades indígenas: Pet 3.388/RR⁵⁹⁴

O caso ora analisado, popularmente alcunhado pelas terras indígenas demarcadas, foi uma das mais emblemáticas decisões do STF, por ter lidado com o conflituoso tema da demarcação de terras indígenas em áreas fronteiriças e a natureza do direito indígena as suas terras.

Tratava-se de ação popular que impugnava o modelo contínuo de demarcação da Terra Indígena Raposa/Serra do Sol, situada em Roraima. O autor da ação alegou, dentre outras supostas irregularidades, impactos econômicos negativos ao Estado decorrentes da demarcação contínua das terras e para os interesses do país, por comprometer a segurança e a soberania nacional. Por fim, seria desproporcional privilegiar a tutela do índio em detrimento, por exemplo, da iniciativa privada.

O relator do caso, Ministro Ayres Britto, iniciou seu voto discorrendo acerca da natureza da terra indígena e do índio como sujeito constitucional. Afirmou que a Constituição de 1988 favoreceu o índio, integrante de grupos étnicos que fazem parte da nação brasileira. Seu pertencimento à realidade da nação brasileira caracterizaria os indígenas como pessoas naturais brasileiras, não estrangeiros, garantindo-lhes direito às terras indígenas que fazem parte do território brasileiro. As referidas terras são bens da União (art. 20, XI), não

⁵⁹³ Celso de Mello é um dos ministros que mais cita legislações e decisões internacionais (12% das citações legislativas) e o material citado é, via de regra, para ratificar seu entendimento (97% dos precedentes citados foram para corroborar seu pensamento) (SUNDFELD; SOUZA, 2012, p. 99).

⁵⁹⁴ Tribunal Pleno, Rel. Ayres Britto, DJe 01/07/2010.

compartilhadas, portanto, com nenhum outro ente político interno ou externo e não são alçadas ao patamar de entes políticos-geográficos.

Do ponto de vista federativo, as terras não são territórios federais, mas bens da União presentes nos territórios dos demais entes federados. Terras tradicionais, no sentido constitucional, não estão ligadas a uma questão político-territorial, mas sociocultural. Tendo em vista que não são categorias políticas do território nacional, as terras indígenas não comportam a noção de livre circulação de pessoas, ainda que não tenham personalidade jurídica política de direito interno e externo (perante a ordem internacional).

Com base no exposto acima, o ministro afirmou ser desnecessária a ratificação de documentos internacionais atribuidores de autoridade política, como a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Para o ministro relator, a proteção constitucional ao indígena seria suficiente. Em continuação, o ministro pontuou que a garantia aos índios de espaços fundiários são essenciais para sua subsistência e para a preservação de sua identidade somática, linguística e cultural. Os últimos pontos configuram direitos fundamentais dos indígenas.

Quanto aos aspectos constitucionais da demarcação, Ayres Britto assentou como marco temporal a promulgação da Constituição de 1988 para identificar a posse das terras tradicionais ocupadas. A tradicionalidade da posse deve ocorrer de forma continuada, cuja ocupação deve ocorrer no sentido anímico e psíquico. A posse tradicional não se ajusta aos institutos do direito civil, mas caracteriza-se como heterodoxo instituto do direito constitucional (os perímetros devem resultar da consideração dos usos, costumes e tradições)⁵⁹⁵.

No que diz respeito à sobreposição de terras indígenas e áreas de unidade de conservação ambiental, o relator ressaltou que a dupla afetação da terra não seria inconciliável, pois a relação entre demarcação e meio ambiente é algo pertinente. Por fim, constatou a compatibilidade entre faixa de fronteira e terras indígenas, em função da proteção cooperativa entre os índios e as forças armadas.

A única citação à jurisprudência da CtIDH ocorreu apenas no voto concorrente do Ministro Menezes Direito.

Para Menezes Direito, deve ser reconhecida a relação próxima do indígena com a terra que habita. Contudo, a ocupação tradicional de suas terras não remonta a tempos imemoriais,

⁵⁹⁵ Elementos definidores para análise da posse tradicional: a) habitação em caráter permanente ou não-eventual; b) terras utilizadas para atividades produtivas; c) imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar; e d) as que forem necessárias à reprodução física e cultural.

mas ao marco constitucional de 1988. A tradicionalidade identifica-se pela maneira com que os índios se relacionam com a terra.

Ao tratar da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, sugeriu que muitas de suas garantias já estavam presentes na CF/88. Afirmou que a autonomia externa dos povos indígenas está afastada para o Brasil, em decorrência de comentários da delegação brasileira feitas no momento da assinatura da Declaração. Ainda na análise da normativa internacional, Menezes Direito cita o caso *Awas Tingni v Nicarágua*, da CtIDH, para afirmar que a Nicarágua fora condenada por violar direito de propriedade dos indígenas sobre suas terras, o que demonstraria que a comunidade internacional não mediria esforços para tentar aplicar aos estados-membros as posições de autonomia das comunidades indígenas frente aos Estados, desconsiderando que no caso brasileiro a propriedade das terras indígenas seria da União. Finalizou o ponto lembrando a natureza não vinculante da declaração e que sua interpretação deve conformar-se à Constituição.

Segundo Menezes Direito, os direitos indígenas não são absolutos, especialmente, nos casos em que suas terras estejam submetidas à tripla afetação (terra indígena + unidade de conservação + faixa de fronteira). Nessas hipóteses, deve haver conciliação dos regimes jurídicos, sem que haja a predominância de algum deles. O direito dos índios cede à imperativos de defesa, interesses nacionais e de proteção ao meio-ambiente (proibição de práticas danosas ao ambiente). Nas duas ocasiões, as ações da União serão realizadas sem consultas às comunidades indígenas.

Por fim, o ministro Menezes Direito sugeriu 19 salvaguardas institucionais à decisão. No que foi seguido pela maioria do tribunal (Joaquim Barbosa julgou a ação improcedente), inclusive pelo ministro relator. Com a incorporação das salvaguardas, o tribunal votou pela procedência parcial da ação. Os demais ministros que votaram pela maioria seguiram as premissas dos votos anteriores e não citaram nenhum precedente da CtIDH.

O ministro Marco Aurélio apresentou o único voto divergente, ao sustentar, no mérito, a total procedência da ação⁵⁹⁶. O voto é importante, pois pode nos auxiliar na explicação da resistência ao diálogo com a CtIDH no caso. Para Marco Aurélio, as terras indígenas poderiam ser a via para a internacionalização da Amazônia, fato intensificado pela Declaração da ONU e pela defesa de uma autodeterminação dos povos indígenas, reduzindo a soberania

⁵⁹⁶ Logo após a prolação do voto de Menezes Direito, Marco Aurélio requereu antecipação de seu pedido de vista dos autos. O colegiado, porém, não acatou o pedido de paralisar o julgamento. O ministro alegara que o requerimento de antecipação das vistas estaria fundado na arguição de nulidade da ação perante o STF, em razão de violações ao devido processo legal. Ou seja, Marco Aurélio teria sustentado a nulidade do processo no início do julgado, e não no final. Não obstante posicionar-se favorável à nulidade do processo, o ministro votou pela total procedência da ação. Divergindo, portanto, da maioria.

do país. Para o ministro, a questão principal de fundo no caso seria a defesa da soberania nacional.

Marco Aurélio defendeu a demarcação em ilhas das terras, para que não houvesse prejuízos à economia do Estado de Roraima com a demarcação contínua. Ponderou que a demarcação em ilhas não violava tratados internacionais, pois a Constituição de cada país estabeleceria os regimes das terras indígenas e a nossa não previu um modelo de demarcação específico. Além de confundir a CIDH com a CtIDH⁵⁹⁷, Marco Aurélio afirmou que a demarcação contínua violava o direito à propriedade dos fazendeiros previsto na CADH, o que poderia acarretar condenações do país no plano internacional. Por fim, conclui que a demarcação contínua não se harmoniza com interesses maiores da nação, mas com sinalizações internacionais de cunho separatista⁵⁹⁸.

A CtIDH desenvolveu rica jurisprudência acerca dos direitos indígenas, dispondo sobre questões específicas debatidas no caso Raposa Serra do Sol (direito à terra, direito de participação efetiva, gestão de recursos naturais etc.) e a ausência de citações mais elaboradas da jurisprudência da CtIDH levanta suspeitas em um tribunal que rotineiramente cita jurisprudência internacional⁵⁹⁹. Contudo, dois fatores poderiam explicar a ausência de citações no caso específico.

Um deles, o desconhecimento da jurisprudência da CtIDH, podemos afastar de pronto, uma vez que os ministros Menezes Direito e Marco Aurélio (mesmo de forma confusa), não ignoraram a existência de decisões da CtIDH sobre o tema. E outros ministros que participaram do julgado (Gilmar Mendes e Celso de Mello) já citaram precedentes da CtIDH em ocasiões anteriores. O outro poderia ser o argumento relacionado à soberania nacional.

Da análise dos votos dos ministros no caso Serra do Sol, encontramos velho ranço de discursos integracionistas contidos na ideia de que os índios seriam ameaças à integridade nacional. De acordo com Violeta Loureiro (2011, p, 509), os partidários da visão

⁵⁹⁷ Na página 86 de seu voto, Marco Aurélio afirma que a CtIDH jugou caso de demarcação de terras Ianomâmis e que não havia estipulado um modelo de demarcação. Muito provavelmente, o ministro estava a referir-se às considerações feitas pela CIDH no caso nº 7615 (Resolución Nº 12/85, 05/03/85) ou ao capítulo VI do Informe Sobre La Situación De Los Derechos Humanos En Brasil, de 1997 (OEA/Ser.L/V/II.97).

⁵⁹⁸ A manutenção da demarcação na Pet. 3388 pelo STF foi um importante passo, mas não suficiente para uma completa e efetiva proteção dos direitos indígenas dos povos da região demarcada, que haviam petitionado anteriormente à CIDH alegando a demora na demarcação (1977-2009), incidentes de violência estatal, degradação ambiental, fatos que implicaram na afetação do direito daqueles povos à livre circulação e ao livre exercício de sua religião e cultura. Os petionários, no que concerne a decisão do STF ora em análise, argumentaram à CIDH que o Estado violou o direito à propriedade comunal e o direito à consulta prévia, em função das 19 salvaguardas anexas à decisão interna (Informe de Admisibilidad No. 125/10, Petición 250/04, da CIDH, § 17).

⁵⁹⁹ Christine Silva (2013, p. 162), em extensa empreitada empírica, identificou que o STF citou decisões estrangeiras em 178 julgados de 1961 a 2012, além de concluir que mais de 50% das citações ocorreram entre 2010 e 2012.

integracionista defendem a fragmentação das terras indígenas contínuas situadas em áreas de fronteira, pois seriam um elemento facilitador da independência dos grupos indígenas, por conferir-lhes possibilidade de estruturar suas terras como territórios independentes, formando possíveis novas nações.

Todos os ministros, em algum momento dos seus votos, salientaram que a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas não vincularia o Brasil no plano internacional, limitando uma possível autodeterminação dos povos indígenas no campo externo. Outro ponto amplamente frisado pelos ministros foi o domínio das terras tradicionais entre os bens da União, cabendo aos índios apenas a posse. A característica da posse permanente torna a terra indígena inalienável. É exatamente nesse contexto que a citação do caso *Awas Tingni* da CtIDH pelo ministro Menezes pode ser melhor compreendida.

A decisão interamericana foi citada pelo ministro para reforçar que a comunidade internacional previu o direito à propriedade das terras tradicionais às comunidades indígenas (o tom era de alerta), elemento que poderia reforçar movimentos separatistas por parte dos indígenas⁶⁰⁰, na medida em que a interferência da comunidade internacional limitaria a atuação das forças armadas nas áreas de fronteira. O referido temor foi, igualmente, identificado por Robério Filho (2013, p. 342), ao salientar que o tribunal estava preocupado, no caso em discussão, em vetar a hipótese de Estados estrangeiros ou organizações internacionais imponem normas ao Estado brasileiro, em função da participação na Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Dessa forma, a construção interpretativa de que o art. 21 da CADH, tratado internacional, protegeria direitos à propriedade comunal das comunidades indígenas, bem como o temor de que movimentos separatistas indígenas pudessem enfraquecer a defesa das fronteiras nacionais, militaram para a não invocação dos precedentes da CtIDH. No julgado, dificilmente um ministro iria além da Constituição para interpretar direitos indígenas, com base em instrumentos e decisões internacionais, quando questões de soberania nacional, proteção de fronteiras e unidade territorial estavam tão sensíveis. Interpretar o art. 231 da CF/88 com base na jurisprudência da CtIDH poderia significar que o STF estava

⁶⁰⁰ Thomas Antkowiak (2013, p 136) afirma que os grupos indígenas latino-americanos raramente fazem demandas baseadas na autodeterminação externa. O receio dos ministros parte do pressuposto, reforçada pela linguagem do constitucionalismo moderno, de que uma cultura, enquanto manifestação monolítica e homogênea de costumes e tradições, conforma uma nação e esta, por conseguinte, apenas pode alcançar autodeterminação por meio de um Estado-nação independente (TULLY, 1995, p. 05-08). As reivindicações das comunidades indígenas, interpretadas como demandas por reconhecimento cultural, não se confundem com movimentos separatistas.

corroborando com a internacionalização da Amazônia e com a emancipação territorial das populações indígenas⁶⁰¹.

Portanto, a citação da jurisprudência da CtIDH no caso não pode ser considerada uma hipótese de diálogo, pois a decisão fora citada como um alerta para os riscos de interferências internacionais nos assuntos constitucionais, além do mais, não realizou-se uma reconstrução argumentativa acerca dos fundamentos utilizados pela corte de São José, mesmo que ao final o precedente fosse afastado, e, por fim, apenas um ministro considerou o precedente (posição não institucional)⁶⁰².

O STF, novamente, não dialogou com a CtIDH sobre direitos indígenas. Para demonstrar os pontos de contato e de afastamento da jurisprudência do STF com aquela produzida pela corte interamericana, vamos dispor por temas os possíveis pontos de diálogo acerca da construção dos direitos indígenas e a construção do princípio *pro homine*.

a) o direito às terras indígenas tradicionais: posse e propriedade.

O desenvolvimento dos direitos indígenas em uma Convenção que não os citou expressamente (principalmente, o direito à propriedade comunal) pôde ser construído pela CtIDH de acordo com duas premissas: a) o princípio da não discriminação e proteção igualitária, que requerem do Estado consideração das características inerentes à identidade cultural dos direitos indígenas (PASQUALUCCI, 2006b, p. 286-287); e b) através da interpretação evolutiva, que permitiu à corte incluir no direito à propriedade da CADH (art. 21), noções imprescindíveis à garantia dos direitos indígenas (propriedade coletiva, ancestralidade, territorialidade) (MELO, 2006, p. 33).

⁶⁰¹ Não por outra razão, uma das salvaguardas institucionais (VI) tratava, exatamente, sobre esse ponto. A atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI. Robério Filho (2013, 364-365) confirma que a presença das Forças Armadas não pode ser afastada de plano em áreas de fronteira, o problema da salvaguarda é excluir da consulta às comunidades toda e qualquer atividade, bem como a não restrição da atuação das Forças Armadas às áreas de fronteira.

⁶⁰² Apenas como exemplo de um precedente estrangeiro analisado pelos seus fundamentos, mas afastado em função de argumentos baseados em fatores interpretativos constitucionais brasileiros, podemos citar o julgamento da ADPF 186, cujo relator, Min. Ricardo Lewandowski, a fim de justificar a utilização do sistema de cotas no ordenamento constitucional brasileiro para o estabelecimento de meios para a promoção de ações afirmativas de critério racial, elencou diferenciações constitucionais com os precedentes da Suprema Corte Norte Americana e a interpretação da última acerca da constitucionalidade das ações afirmativas de acordo com a Constituição norte americana, que aceita critérios diferenciados de acesso aos cargos e bens, mas não por meio do sistema de cotas. Foram dois os fatores utilizados pelo ministro: textuais (art. 37, VIII – reserva de vagas em concursos públicos para portadores de necessidades especiais) e precedentes (RMS 26.071 – a Constituição autoriza políticas de ação afirmativas não textualmente mencionadas). Cumpre ressaltar que o exemplo analisado não se insere no contexto do pluralismo constitucional e foi apenas salientado para que o leitor tivesse uma ideia da estrutura argumentativa de um voto que dá indício de diálogo para afastar e, portanto, não acolher um precedente citado.

A propriedade comunal presente no art. 21 da CADH, obviamente, não está centrada no indivíduo, mas no grupo ou na comunidade. De acordo com a jurisprudência da corte de São José, a estreita relação dos indígenas com a terra deve ser reconhecida e compreendida com base em sua própria cultura, vida espiritual, integridade e sobrevivência econômica. Não se trata de uma posse com viés econômico, mas de posse que inclui elementos espirituais de gozo pleno, como meio de preservação cultural e legado para gerações futuras⁶⁰³, porquanto, a cultura dos membros das comunidades indígenas corresponde a uma forma de vida particular, constituída a partir de sua estreita relação com suas terras tradicionais e com os recursos naturais que nela se encontram⁶⁰⁴. Ambos (terras tradicionais e recursos naturais) perfazem elementos constitutivos de sua cosmovisão, religiosidade e identidade cultural⁶⁰⁵.

Para que seja reconhecido o direito, basta que as comunidades indígenas estejam de posse da terra com base nas suas características culturais, mesmo que inexista título formal de propriedade conferido pelo Estado⁶⁰⁶. Contudo, a posse tradicional implica no dever estatal de delimitar, demarcar e titular coletivamente os membros da comunidade⁶⁰⁷.

No julgado da Pet 3.388/RR, Ayres Britto desenvolveu interpretações semelhantes às da CtIDH acerca da relação dos indígenas para com suas terras, conforme o descrito acima, embora não tenha citado nenhum julgado daquela. Dos demais ministros do STF, apesar de concordarem com a dimensão Constitucional da posse indígena (de conteúdo diverso da previsão civil), apenas Ayres Britto e Gilmar Mendes aprofundaram o tema acerca da íntima relação entre as terras tradicionalmente ocupadas e os aspectos culturais das comunidades indígenas. Gilmar Mendes sustentou que a ocupação indígena tem aspectos culturais, costumeiros e religiosos. Para o ministro em comento, o texto constitucional reconheceu uma

⁶⁰³ Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, § 149.

⁶⁰⁴ A garantia à propriedade comunal não se restringe às comunidades indígenas, mas alcança, igualmente, a propriedade comunal de outras comunidades tradicionais. Os casos no SIDH *Moiwana* e *Saramaka*, ambos do Suriname, dispunham sobre povos descendentes de grupos oriundos da África, forçados a trabalhar no Suriname como escravos pelos europeus. A situação das terras tradicionais dos remanescentes das comunidades dos quilombos no Brasil é situação análoga às abordagens interamericanas sobre propriedade comunal, conclusão importante para o destino do julgamento da ADI 3.239/DF. Ultrapassadas as questões formais, o voto do relator do caso, Min. Cezar Peluso, interpretou o art. 68 do ADCT da CF/88, bem como os institutos da desapropriação e da usucapião com visão civilista calcada na propriedade individual. Em recente voto vista (25/03/2015), a Ministra Rosa Weber divergiu do relator para defender a característica de propriedade comunal das terras dos remanescentes de quilombos, e lembrou, além da OIT 169, os casos *Moiwana v. Suriname* (2005) e *Saramaka v. Suriname* (2007). O julgamento não foi concluído em razão do pedido de vistas de Dias Toffoli.

⁶⁰⁵ *Idem*, § 135.

⁶⁰⁶ Caso de la Comunidad *Moiwana* Vs. Suriname, § 131.

⁶⁰⁷ Caso del Pueblo *Saramaka* vs. Suriname, § 194

sociedade aberta, em que valores e concepções diversos são acolhidos, além de salientar que o modelo de desenvolvimento econômico não indígena não seria o único⁶⁰⁸.

Não obstante o reforçado por ambos os ministros supracitados acerca da íntima relação entre terras indígenas e garantia de outros direitos culturais e sociais indígenas, a Constituição de 1988 não concedeu aos indígenas direito à propriedade de suas terras, apenas a posse permanente constitucional, garantindo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (art. 231, § 2º). A propriedade das terras pertence à União.

No julgamento da Pet 3.388/RR, a todo momento, os ministros reforçaram que as comunidades indígenas não eram proprietárias de suas terras, algo que poderia contrastar com a interpretação dos direitos indígenas realizada pela CtIDH, que, em um primeiro passar de olhos, poderia ser considerada como mais protetiva. Entretanto, devemos nos questionar se a natureza do título ao direito às terras indígenas influencia na proteção das terras tradicionais. Ou seja, se o instituto da propriedade ou da posse permanente das terras acarreta em diferentes proteções, para fins da melhor interpretação.

Inicialmente, a previsão constitucional normativa de qualquer um dos dois não é garantia absoluta de proteção aos direitos indígenas às terras tradicionais. Nicarágua e Paraguai previam direitos de propriedade comunal em suas Constituições e leis internas, mas, como a própria corte interamericana reconheceu, a simples previsão abstrata do direito não é suficiente para sua concretização efetiva⁶⁰⁹. Dessa forma, a posse permanente constitucional, que exige a demarcação e titulação da terra, pode implicar em padrões de proteção semelhantes.

De acordo com a jurisprudência da CtIDH, as terras tradicionais estão no domínio das comunidades indígenas, e não do Estado onde estão situadas. Contudo, a própria CtIDH considera que o Estado pode fazer concessões à exploração de recursos naturais, desde que não afetados pela vinculação cultural, nas terras tradicionais⁶¹⁰. O direito de propriedade da terra tradicional não é suficiente para impedir que o Estado dela extraia recursos naturais, regime que se assemelha ao da posse tradicional e do usufruto constitucional brasileiro.

A posse permanente constitucional de terra tradicional no Brasil é inalienável e indisponível, e os direitos sobre elas, imprescritíveis. Além de ter o poder de nulificar títulos

⁶⁰⁸ Outros ministros desenvolveram tal relação na ACO 312. Eros Grau, relator, afirmou que a área habitada pelos indígenas é aquela necessária à preservação de sua identidade cultural. Cezar Peluso atestou que a posse analisada no caso desfrutaria de sentido constitucional, porquanto visava à preservação da sobrevivência biológica e da identidade cultural do grupo indígena.

⁶⁰⁹ Yakie, § 143.

⁶¹⁰ Caso de Pueblo Saramaka, §§ 125-128. Para mais detalhes, ver tópico *d, infra*.

de propriedade supostamente oponíveis a elas⁶¹¹. E, da mesma forma como a CtIDH o fizera, o STF na ACO 312, decidiu que o reconhecimento da posse permanente não dependeria da conclusão do procedimento administrativo de demarcação (atribuição de um título oficial), por conta da força das normas constitucionais que são suficientes para caracterizar as terras como tradicionais.

O que a CtIDH condena de maneira veemente (poderíamos caracterizá-lo como limite à deferência) são as leis do Estado que outorgam, meramente, aos integrantes dos povos indígenas privilégios de uso da terra insuficientes para garantir o direito de controlar efetivamente e dispor livremente de seus territórios, sem nenhum tipo de interferência externa. Ademais, o título a ser concedido não pode ser despojado a qualquer momento pelo Estado ou por terceiros. As comunidades devem ser titulares do uso e gozo permanente da terra⁶¹². A posse tradicional brasileira pode ser incluída nos requisitos mínimos previstos pela corte interamericana.

Não bastasse a possibilidade de igual proteção aos direitos indígenas, independentemente do instituto jurídico, a correlação entre a garantia do direito à propriedade de terras tradicionais e identidade cultural não é sinônimo de proteção efetiva, por exemplo, para Thomas Antkowiak (2013, p. 161-162). Para o autor, a abordagem dos direitos indígenas na CADH pela via do direito à propriedade limita a autonomia dos povos indígenas, bem como sua capacidade para mudanças, pois se espera que a comunidade indígena siga um *script* cultural para que sejam reconhecidos seus direitos à propriedade da terra – a referida abordagem limita a escolha de outras formas de subsistência da comunidade e uma possível alienação das terras. Ou seja, poderíamos interpretar que a caracterização do direito à propriedade, por parte da CtIDH, como a porta de entrada de todos os direitos relacionais às populações tradicionais, não seria a melhor maneira de proteger direitos tão complexos⁶¹³.

⁶¹¹ Da mesma forma como o STF o determinara em área cujo procedimento administrativo de demarcação ainda não havia terminado em função da ausência da homologação, na ACO 312 (importante lembrar que o padrão normativo decisório no julgado fora a CF/67, e não a CF/88).

⁶¹² Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, §§ 113-115.

⁶¹³ Proteger interesses de comunidades indígenas através de direitos humanos ou direitos constitucionais filtrados por meio de uma linguagem estranha, técnica e imposta a elas por documentos jurídicos nacionais e internacionais expressam uma forma de imperialismo. Os interesses indígenas são “traduzidos” pela limitada linguagem dos direitos humanos e são submetidos à decisão de um órgão supranacional, cuja autoridade, provavelmente, pouco significa para comunidades indígenas da América Latina. Nesse processo, muitas demandas importantes são perdidas na tradução (TULLY, 1995, p. 30-53). Seria ingenuidade considerar que os modelos de reconhecimento de interesses de comunidades indígenas desenvolvidos, atualmente, pela CF/88 e pela CADH os tratam com o cuidado ou respeito devido, caso fossem contrapostos aos modelos que poderiam ser desenvolvidos pelas próprias comunidades, por meio de linguagem própria, com os próprios costumes e mecanismos de adjudicação. Os modelos da proteção multinível realizam desconfortáveis acomodações em um modelo de constitucionalismo que está ainda aprendendo a lidar com políticas de reconhecimento cultural.

Portanto, o instituto (posse permanente x propriedade) não será o mais importante, a depender da forma como forem reconstruídos substancialmente nos diversos países que ratificaram a CADH.

b) O marco temporal para reivindicações de direitos à terra: reconhecimento ou constituição?

A CtIDH não estabeleceu um limite temporal específico para que os povos indígenas pudessem requerer o retorno às suas terras, mas fixou balizas importantes para a reivindicação: a) o direito de restituição das comunidades indígenas às suas terras tradicionais permanece enquanto os povos mantiverem relação material e espiritual com suas terras tradicionais⁶¹⁴; e b) caso sejam afastados de suas terras por motivo de ameaça e violência (casos em que não há a posse da terra), seu direito de restituição permanece até que os impedimentos desapareçam⁶¹⁵ (PASQUALUCCI, 2006b, p. 322). Não obstante a corte tenha se eximido de fixar uma limitação temporal à reivindicação das terras, afirmou que o direito se extingue quando as relações tradicionais com a terra desaparecerem.

O STF delimitou como marco da análise temporal da posse da terra tradicional a promulgação da CF/88, ou seja, apenas as terras que estejam ocupadas pelos indígenas no dia 05/10/1988 serão consideradas como tradicionais para fins de demarcação e titulação. Não bastando, todavia, o critério temporal, que deve ser associado à natureza tradicional (relacionadas aos costumes, e não ao tempo) da posse. No entanto, Ayres Britto salientou que a violência da expulsão dos índios não descaracteriza a tradicionalidade da posse de suas terras, desde que o marco seja a vigência da CF/88. Para utilizar a analogia do ministro, a base para verificação da posse tradicional de índios deslocados será a “radiografia” feita no momento da promulgação da CF/88: caso os índios que estejam ocupando uma terra sejam esbulhados após 05/10/88, seu direito à posse permanente não será afetado.

Erica Yamada e Luiz Villares (2010, p. 150-151) afirmam que a delimitação temporal de ocupação na data da promulgação da Constituição ignora a produção legislativa anterior disposta no Estatuto do índio e diminui o valor do passado indigenista brasileiro⁶¹⁶. O posicionamento anti-histórico não beneficiaria aos índios, por ser imune a qualquer

⁶¹⁴ Sawhoyamaya Vs. Paraguay, nº 146, § 131.

⁶¹⁵ *Idem*, § 132.

⁶¹⁶ Baniwa (2012, p. 206-207) afirma que a produção legislativa pré-88 visava garantir e facilitar o processo de integração indígena ou mesmo sua eliminação física, para abrir caminhos aos projetos de expansão territorial. O autor caracteriza este período de Indigeníssimo Governmental Tutelar

possibilidade de revisão das falhas históricas da política indigenista brasileira e das injustiças perpetradas contra os índios. Para os autores, o marco temporal exclui hipóteses em que as comunidades indígenas foram removidas por convencimento das autoridades governamentais (não violentas) ou em hipóteses de fugas por conta da aproximação de não índios ou de outros grupos indígenas.

A jurisprudência recente do STF demonstra como o problema temporal é mais complexo e dificilmente pode ser solucionado pela delimitação de uma data específica fixada no tempo, pois o marco da temporalidade da posse permanente dependerá da época em que a ação foi proposta. O marco temporal a ser analisado irá regredir ao regramento constitucional em vigência no momento da propositura, conforme o exposto na ACO 312/BA.

Curioso notar que no precedente citado acima os ministros reconheceram o direito à posse tradicional de índios que não estavam, no momento da promulgação da CF/67, de posse da terra reivindicada. Eros Grau, relator, considerou que a diáspora dos índios da localidade ocorreu por conta de arrendamento e acolheu os dados da perícia que indicaram a constante presença indígena nos arredores da terra (os índios obrigados a deixar sua terra natal mantiveram laços com os familiares que lá permaneceram). Por fim, afirmou que a baixa demografia indígena na região, principalmente quando decorrente de esbulhos, não consubstancia óbice ao reconhecimento do caráter permanente da posse.

O marco temporal constitucional, no entanto, foi utilizado por uma das turmas do STF para declarar a nulidade de demarcação de terra indígena no RMS 29.087/DF⁶¹⁷.

O *writ* foi proposto em face de ato do Ministério da Justiça que declarou a posse permanente de terra indígena Guyraroka no Mato Grosso do Sul. No caso, o processo administrativo da FUNAI identificou terra onde, há anos, não havia posse indígena. O voto vencedor, proposto pelo ministro Gilmar Mendes, afirmou que os relatórios da FUNAI apontaram que a população indígena Kaiowá residiu na área até o início da década de 1940 e que pressões de fazendeiros inviabilizaram a presença dos índios no local. Lançando mão do marco temporal estabelecido na Pet. 3388 (promulgação da CF/88), o ministro decidiu que não havia posse permanente de forma tradicional, em função da ausência dos povos nas terras por 70 anos.

A delimitação temporal fixada na data da promulgação da Constituição de 1988 feita pelo STF para a reivindicação das terras indígenas, se de um lado pode ser tida como uma arbitrária, mas bem intencionada, metodologia para apaziguar conflitos de terras, por outro se apresenta como questionável interpretação dos preceitos da CF/88. Portanto, uma

⁶¹⁷ 2º Turma, DJe 16/09/2014.

interpretação que pode não ser a melhor pela perspectiva *pro homine*. Ora, se o direito à posse tradicional indígena é reconhecido e não outorgado pela Constituição (*caput* do art. 231, da CF/88), como justificar um artificial reconhecimento *pro futuro* proposto para suprimir conflitos seculares de terra? Se a Constituição tivesse atribuído o direito à posse aos índios em contraposição ao reconhecimento, a interpretação da ação prospectiva dos efeitos da norma constitucional poderia ser defensável – a norma constitucional teria previsto, de forma constitutiva, algo que deverá ser observado dali em diante (a ideia da “chapa radiográfica” das terras brasileiras na data da promulgação da Constituição), como ocorrera, por exemplo, com a transformação dos municípios em entes federativos e a transformação dos territórios federais de Roraima e Amapá à qualidade de Estados.

Situação oposta deve ser argumentada para direitos que são reconhecidos constitucionalmente, e que, em função de sua natureza originária, retroagiriam para alcançar situações passadas. Com a referida interpretação dos direitos indígenas, como capazes de retroagir à data da promulgação da Constituição, afastamos o bizantino caso de negarmos direito à terra nas hipóteses em que uma comunidade tenha sua posse permanente esbulhada por violência no dia 04 de outubro de 1988 (sendo seguro afirmar que a comunidade ainda mantenha relações tradicionais com a terra, apesar de não aparecer na “chapa”), mas cuja ação tenha sido proposta após a promulgação da Constituição.

Luís Roberto Barroso (2006, p. 56-57) afirma que não há barreiras teóricas para a retroação de efeitos de norma constitucional emanada do poder constituinte originário (não há direito adquirido em face de Constituição nova), desde que a norma constitucional expressamente identifique sua operação retroativa e resguarde decisões transitadas em julgado. Ivo Dantas (2004, p. 82), Maria Helena Diniz (2001, p. 55-56) e Elival Ramos (2003, 209-215) compartilham de interpretação semelhante. O STF poderia argumentar que o art. 231, § 6º, ao prever a nulidade e extinção dos atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras tradicionais, representaria autorização constitucional para que a norma constitucional operasse efeitos retroativos, alcançando situações pretéritas em que os índios mantenham relações culturais com a terra, mesmo que não estejam de posse da mesma, uma vez que, como o próprio STF decidira, a posse não é suficiente para afastar o direito à reivindicação das terras.

O artigo 231, § 6º, poderíamos argumentar, surtiria efeitos semelhantes aos do exemplo clássico do direito constitucional brasileiro acerca dos efeitos retrospectivos das normas constitucionais do art. 17 do ADCT (a adequação da remuneração de servidores públicos à Constituição de 1988 não admitiu invocação de direitos adquiridos à regime

jurídico), pois, aos direitos indígenas reconhecidos não são opostos títulos de propriedade de terceiros. O marco temporal, portanto, ainda seria a Constituição de 1988, mas a estipulação da reivindicação não estaria limitada à chapa radiográfica tirada na data da sua promulgação.

c) O direito à participação efetiva: consulta e consentimento.

A estreita relação das comunidades indígenas com seus territórios, que carregam essencial componente de identificação cultural, impõe o reconhecimento e respeito das comunidades indígenas como atores sociais e políticos diferenciados em sociedades democráticas multiculturais. A garantia da identidade cultural diferenciada justifica o reconhecimento do direito à consulta das comunidades indígenas nas decisões estatais que os afetem.

O direito à consulta tem sido aceito entre os órgãos internacionais (OIT, Comitês de Direitos Humanos da ONU e CtIDH), mas com alcance variado. O ponto de encontro das diversas construções do direito está na garantia de que, pelo menos, os povos indígenas devam ser informados com antecedência da concretização de quaisquer projetos que ocorram em suas terras, mas os referidos órgãos discordam se os povos possuíam um direito a *consulta* ou direito de expressar seu *consentimento* (PASQUALUCCI, 2009, p. 86). A diferença parece ser sutil, mas ganha corpo quando interpretamos a exigência do consentimento indígena como possível veto às atuações estatais em suas terras.

A posição da CtIDH parece estar no meio termo das perspectivas, pois sempre requer a consulta aos povos indígenas, no entanto exige seu consentimento livre, informado e prévio apenas para grandes projetos que terão significativo impacto em seu povo e ambiente⁶¹⁸. O significativo impacto ocorre quando as ações estatais impactam profundamente os direitos de propriedade em uma larga porção do território (pondo em risco a integridade da terra e dos recursos naturais)⁶¹⁹. Portanto, o procedimento de consulta é requerido pela CtIDH sempre que estiverem em jogo projetos que afetem as terras tradicionais e os recursos naturais, no entanto, quando a interferência nas terras indígenas implicar em significativo impacto nos direitos de propriedade, o Estado necessitará do consenso da comunidade indígena (OLIVARES ALANÍS, 2013, p. 206).

⁶¹⁸ Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, § 134-137.

⁶¹⁹ Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, § 17.

Verbeek (2013, p. 278) critica a postura da corte ao afirmar que a mera consulta em todas as ocasiões não é suficiente para a proteção do direito à autodeterminação dos povos indígenas. A autora pondera que a exigência do consentimento apenas para casos de concessões de larga escala forçará as comunidades a acessar o Judiciário para discutir o que seriam concessões de “larga escala” para consentir ou não com o projeto.

Pasqualucci (2009, p. 90-91) critica a postura da corte ao sustentar que a limitação do consentimento dos povos indígenas apenas aos casos em que haja o desenvolvimento ou investimento de projetos que terão impacto profundo em uma larga porção do território parece conferir aos Estados espaço para garantir concessões econômicas mais baratas em áreas que podem impactar as comunidades indígenas próximas a ela, limitando o direito das comunidades de cultivar seus próprios recursos naturais. Carol Verbeek (2013, p. 281) prossegue com a crítica ao apontar para o problemático foco da quantidade, em detrimento da qualidade da terra para as comunidades indígenas.

A CtIDH, contudo, desenvolveu um série de requisitos que devem ser cumpridos pelo Estado para que o direito à consulta, em qualquer hipótese, seja considerado como efetivo⁶²⁰:

a) *caráter prévio da consulta*: a consulta deve ser feita antes de o Estado empreender ou autorizar qualquer programa de exploração dos recursos existentes em terras indígenas; b) *boa-fé e finalidade de chegar a um acordo*: as consultas devem ser feitas com boa-fé, visando chegar a um acordo ou lograr consentimento sobre as medidas, sem que haja qualquer tipo de coerção por parte do Estado; c) *consulta adequada e acessível*: a consulta deve ser realizada mediante procedimentos apropriados, além de permitir que os povos possam compreender e se fazer compreender; d) *estudo de impacto ambiental*: os governos devem cuidar para que sejam feitos estudos, em cooperação com os povos interessados, para avaliar a incidência social, espiritual e cultural e sobre o meio-ambiente das atividades previstas, condição necessária para a concessão e e) *consulta informada*: os povos devem ter conhecimento dos possíveis riscos dos planos propostos.

Grande parte das salvaguardas institucionais estabelecidas pelo STF na Pet. 3.338/RR limitou o direito à consulta dos povos indígenas. A restrição pode ser explicada pela contraditória construção da fundamentação do tribunal. Ora, se o tribunal reconheceu que os direitos dos índios são originários, e que sua cultura foi elevada pela CF/88 a fator

⁶²⁰ Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, §§ 177-211. Interessante notar, com Efrén Olivares Alanís (2013, p. 212-213), que, no caso Sarayaku, a CtIDH não deixou claro se o caso exigia consulta ou consentimento. No entanto, dada a magnitude da interferência nas terras indígenas observadas no caso, o consentimento pode ser inferido como requerido. Além do mais, como o procedimento mínimo para consulta foi violado, a corte não precisou analisar o conteúdo da consulta.

determinante para a caracterização das suas terras e de seu modo particular de vivência, a diferença deveria ser um fator, também, para estimular a participação dos indígenas em projetos nacionais que lhes dizem respeito, uma vez que são grupos sub-representados politicamente (ausência de partidos políticos específicos e de representação congressional de lideranças indígenas). O direito à consulta seria uma das formas de participação política dos indígenas nos destinos do país que os ministros tanto se desdobraram para demonstrar o pertencimento indígena.

O posicionamento do tribunal vai ao encontro da postura que Violeta Loureiro considera como uma nova versão, camuflada, de antigos argumentos assimilacionistas. De acordo com a autora, embora apresentada sob discurso renovado e neutro em relação às minorias indígenas, o posicionamento da nova versão assimilacionista não se nega a reconhecer as diferenças étnico-culturais do povo brasileiro, o que lhe resguarda de parecer retrógrada (não contesta o direito à diferença)⁶²¹. Todavia, os novos assimilacionistas argumentam pela desnecessidade de atribuir-se terras extensas aos índios, em função da garantia do desenvolvimento econômico, pois considera que os dois pontos anteriores são incompatíveis (LOUREIRO, 2011, p. 505). O mesmo valeria para a garantia de diferentes formas de participações políticas às comunidades indígenas.

Da análise das salvaguardas, inúmeras negavam consulta às comunidades indígenas exatamente em hipóteses de exploração de recursos naturais (especialmente, as de número II, III e V)⁶²² que interferem nas terras tradicionais.

No julgamento do ED na Pet 3.388/RR, o tribunal, contudo, através do voto do Min. Roberto Barroso, parece ter mitigado as estipulações presentes nas salvaguardas. Ao tratar sobre o direito à consulta, o ministro reforçou seu caráter não absoluto e sugeriu que poderia ser limitado em hipóteses excepcionais. Uma dessas hipóteses seria a da defesa nacional. No entanto, o relator considerou que não seria possível banalizar o alcance do termo “defesa

⁶²¹ Alcida Ramos (2012, p. 10) desenvolve argumento semelhante ao analisar as prescrições constitucionais latino-americanas. Para a antropóloga, essas normas são caracterizadas como concessões feitas por condescendência para com o elemento dominado, ao invés de um autêntico reconhecimento das diferenças. As cláusulas constitucionais seriam apenas um *tokenismo*, pois criam a falsa aparência de plena justiça e participação, ou seja, de gesto vazio para apaziguar os descontentes.

⁶²² (ii) o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional; (iii) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei; v) o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI.

nacional” como subterfúgio para impedir a participação indígena. O ministro frisou que o planejamento das operações militares independe de consulta prévia, mas ressaltou que “situação inversa ocorrerá, por exemplo, em relação à construção de uma estrada, ainda que ela seja estrategicamente relevante para o País”⁶²³.

O ministro Barroso finalizou o ponto argumentando que o direito à consulta não seria um poder de veto dos indígenas, comparando a participação dos índios, opinião e sua possível divergência a uma política pública de Estado aos habituais debates que ocorrem em uma democracia. Não seria, portanto, uma prerrogativa constitucional dos índios.

Com o acréscimo do voto de Barroso, podemos extrair alguns delineamentos iniciais acerca do direito à consulta indígena prevista na Constituição: a) não é direito absoluto, pois poderá ser excepcionado quando questões de segurança nacionais estiverem envolvidas; b) deve ser observado quando estiverem em jogo outras questões consideradas estratégicas ao país; c) não há obrigatoriedade do consentimento da comunidade indígena como requisito de validade dos atos Estatais (o que nos autoriza pressupor que não será necessário o consentimento nos casos de profundos impactos nas terras e nos recursos naturais); e d) o ato de consulta não leva em consideração as particularidades culturais das comunidades, porquanto se equipara às manifestações políticas proferidas por qualquer cidadão sob a mais básica regra de maioria (o voto indígena não seria qualificado).

O posicionamento do STF, lembrando novamente Loureiro (2011), esboça o paradoxo de posicionamentos assimilacionistas velados, pois, ao passo que reconhece o direito à diferença no tocante à posse tradicional, iguala o poder de interferência dos indígenas nas decisões políticas a de um cidadão não índio, reduzindo o impacto de sua participação ao não atribuir vias especiais e diferenciadas de participação⁶²⁴.

⁶²³ Ou seja, o tribunal reinterpretou e limitou o alcance da salvaguarda de número V, acima.

⁶²⁴ O direito à consulta é uma das formas de remediar o problema da inclusão e representatividade das comunidades indígenas nas políticas públicas. A sub-representação indígena no Congresso Nacional é resultado, também, da inexistência de mecanismos diferenciados na lei eleitoral brasileira para o reconhecimento de agremiações políticas formadas fora dos padrões dos partidos políticos, bem como acerca da possibilidade de candidaturas avulsas em situações excepcionais. A CtIDH captou a diferença cultural na formatação política das comunidades indígenas e a necessidade de incluir tais modelos na contenda eleitoral tradicional, a fim de que o gozo de direitos políticos não seja afetado por leis nacionais que discriminam por não reconhecer diferentes formas de participação na construção da vontade popular, como decidido no caso YATAMA (2005). O Tribunal considerou que a participação nos assuntos públicos de organizações políticas diferentes de partidos é essencial para assegurar a expressão política legítima e necessária quando se trata de grupos de cidadãos que poderiam ser excluídos dessa formatação jurídica, como no caso do grupo Yatama, cujos costumes e tradições não seguiam a estrutura partidária. Ou seja, a lei não poderia exigir a criação de partidos políticos para grupos políticos que, em função de seus costumes e tradições particulares, desconhecem tal modelo de agremiação. Isto seria uma forma de discriminação. A CtIDH determinou que o Estado deveria adotar todas as medidas necessárias para assegurar que os membros das comunidades indígenas e étnicas da Costa Atlântica da Nicarágua pudessem participar, em pé de igualdade, na tomada de decisão sobre as questões políticas que afetassem seus direitos e do desenvolvimento dessas comunidades, para que pudessem ser integrados em instituições e órgãos do Estado e

Apesar de enfraquecer direitos indígenas, não é possível afirmar com certeza se o direito à consulta apenas será afastado nas hipóteses de segurança nacional, tendo em vista a ideia aventada nos ED de que algumas decisões estratégicas ensejam consulta às comunidades indígenas. O que parece estar claro na interpretação constitucional do direito à consulta indígena brasileiro, no entanto, é que não são respeitados três cruciais elementos desenvolvidos pela CtIDH: consulta adequada e acessível (consentânea aos particularismos culturais das populações indígenas), devidamente informada (amplo debate acerca dos riscos dos projetos para as terras tradicionais) e, principalmente, a obrigatoriedade de consulta (ainda que nem sempre com poder de veto) em todas as ocasiões em que os direitos à posse permanente estiverem em debate⁶²⁵.

d) O direito indígena aos recursos naturais das terras tradicionais.

A CtIDH considera que o direito de propriedade indígena não se limita às terras tradicionais, mas alcança, igualmente, os recursos naturais nela presentes. Dessa feita, o Estado pode expedir concessões de uso dos recursos tradicionais a terceiros desde que atenda a três requisitos que servem de garantia do direito à propriedade indígena: 1) garantir participação efetiva (seguindo os procedimentos elencados no tópico anterior); 2) garantia de recebimento de benefício razoável; e 3) as concessões devem ser feitas após estudos de impacto ambiental e social⁶²⁶.

Apesar de a CtIDH reconhecer que o direito de propriedade aos territórios tradicionais seria insignificante sem o correspondente direito de usar e desfrutar dos recursos naturais dispostos sob e no solo, a corte acrescentou que nem todos os recursos naturais presentes nas terras tradicionais estão protegidos de ações estatais, mas somente aqueles ligados à cultura da comunidade, ou seja, os recursos naturais tradicionalmente utilizados e necessários para a sobrevivência física, desenvolvimento e continuidade do estilo de vida das comunidades indígenas⁶²⁷.

participar diretamente na condução de problemas públicos e fazê-lo a partir de suas próprias instituições, de acordo com seus valores, hábitos, costumes e formas de organização (§§ 217-225).

⁶²⁵ O STF terá oportunidade de analisar com mais vagar a problemática do direito à consulta nos casos envolvendo o Decreto Legislativo que autorizou a construção da Usina Hidroelétrica de Belo Monte (Rcl. 14.404/DF).

⁶²⁶ Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, § 129.

⁶²⁷ *Idem*, §§ 121-122.

Embora com restrições, o Estado pode ter o direito de escavar ou expedir concessões a particulares para retirar recursos naturais não tradicionais presentes nas terras indígenas⁶²⁸, com base no caráter não absoluto do direito à propriedade (art. 21, da CADH) e na possibilidade de restrições justificadas dos direitos indígenas⁶²⁹. A corte, como alerta Antkowiak (2013, p. 167), abriu uma brecha para que os recursos naturais presentes nas terras indígenas que não tenham sido utilizados de maneira tradicional e que não afetam, indiretamente, recursos naturais tradicionais possam ser explorados livremente pelo Estado sem a consulta à comunidade indígena⁶³⁰.

A jurisprudência do STF difere amplamente da proteção garantida aos recursos naturais indígenas pela CADH. As salvaguardas institucionais limitaram, enormemente, o direito indígena aos recursos naturais presentes em suas terras e que foram garantidos na CF/88⁶³¹, pois muitas das salvaguardas estabeleceram a possibilidade de extração omitindo a necessidade de consulta prévia ou limitaram o usufruto tradicional dos indígenas ao estipular requisições estatais por parte dos indígenas para uso de seus próprios recursos naturais, indistintamente⁶³².

Robério Filho (2013, p. 358), em comentários às salvaguardas institucionais da Pet 3.388/RR, aponta para o fato de nelas não constar ressalva quanto ao usufruto tradicional do recurso natural (alterando a perspectiva constitucional), bem como critica a inversão à imposição constitucional criada pelas salvaguardas ao estender aos índios a exigência de obtenção de autorização congressual e das autoridades estatais para a realização de atividades em terras tradicionais.

Uma vez mais, todavia, o julgamento dos ED na Pet. 3.388/RR parece ter mitigado as salvaguardas institucionais, pois o relator dos embargos afirmou que a definição do tribunal no julgado da ação popular foi a de que o usufruto não conferiria aos indígenas o direito de explorar recursos minerais (bens públicos federais) sem autorização da União como expressão

⁶²⁸ *Idem*, § 126.

⁶²⁹ *Idem*, §§ 127-128.

⁶³⁰ *Idem*, § 155. No caso, a comunidade não utilizava o ouro como recurso natural tradicional, mas a atividade mineradora extrativa poderia afetar outros recursos tidos como tradicionais. Em função do impacto indireto, a corte considerou a necessidade da consulta.

⁶³¹ Art. 231. § 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. § 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

⁶³² (ii) o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional; (iii) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei; (iv) o usufruto dos índios não abrange a garimpeagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira;

comercial, atividade que não poderia confundir-se com formas tradicionais de extrativismo que exprimem traço cultural ou de elemento do modo de vida da comunidade. A limitação da salvaguarda alcançaria apenas a atividade indígena que exprima conotações econômicas. Por fim, o relator do embargo restringiu a força da salvaguarda IV, ao evidenciar que na decisão embargada não se discutira à exaustão o regime legal e regulamentar aplicável à garimpagem e à faiscação em terras indígenas.

Parece-nos que essa interpretação é mais consentânea com a proteção efetiva dos direitos indígenas, uma vez que resguarda as hipóteses em que os recursos naturais são considerados como elementos tradicionais, afastando a necessidade de que os índios requeiram autorização pública para explorar recursos naturais que sejam considerados como indispensáveis à sobrevivência de sua identidade.

e) As terras tradicionais e a proteção ao meio ambiente

Um dos pontos mais delicados do caso Raposa Serra do Sol foi a sobreposição entre terras tradicionais, faixa de fronteira e Unidades de Conservação Ambiental. Argumentava-se que as áreas de proteção ambiental criadas anteriormente à demarcação não poderiam ser consideradas como terras indígenas.

O relator do caso, Ayres Britto, não se aprofundou no tema, mas decidiu pela possibilidade de demarcação contínua das terras indígenas, mesmo que abranjam áreas de unidades de conservação ambiental (na hipótese, o Parque Nacional do Monte Roraima)⁶³³, ao sustentar a perfeita compatibilidade entre ambos regimes jurídicos.

Menezes Direito deteve-se no tema e, em síntese, afirmou que a tripla afetação era possível (terra indígena + unidade de conservação + faixa de fronteira), mas os regimes jurídicos deveriam ser garantidos de maneira igualitária, sem que houvesse a prevalência de nenhum deles. Relembrou o Ministro que as comunidades indígenas também são capazes de degradar o meio ambiente, apesar de sua diferenciada relação com o ambiente. Por fim, estipulou que as atividades tradicionais indígenas que afetassem recursos naturais (extrativismo vegetal, caça e pesca) estavam permitidas, desde que nos períodos e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes. A administração ambiental deverá ouvir os índios em caráter opinativo, além de consultar a FUNAI⁶³⁴.

⁶³³ A lei nº 9.985/00 prevê que os Parques Nacionais são incluídos como unidades de conservação de proteção integral (art. 8º, III). Enquanto unidades de proteção integral, a lei pretende restringir ao máximo as alterações causadas por interferência humana, admitindo apenas o uso indireto dos seus atributos naturais (art. 2º, VI).

⁶³⁴ Pontos que figuraram na salvaguarda IX.

A relação entre terras indígenas e unidades de conservação não é tão simples quanto os ministros do STF parecem demonstrar. De acordo com Fischer (2006, p. 14-18), em função do silêncio da lei ambiental a respeito da sobreposição de regulamentos, três soluções podem ser construídas: 1) a originalidade do reconhecimento constitucional das terras indígenas, capaz de anular atos que explorem recursos naturais indígenas, alcançaria os atos administrativos e legais criadores das UC; 2) apenas a área de UC sobreposta a terras indígenas homologadas seria nula (não alcançando as de demarcação não homologadas) e 3) os regimes seriam conciliáveis, desde que a utilização não tradicional da terra respeite as disposições legais de proteção ambiental.

Não obstante sugerir suposta compatibilidade entre as afetações, a interpretação do Ministro Menezes Direito parece se aproximar de uma leitura mais estreita da premissa pouco conciliatória presente na terceira solução descrita por Fischer (2006)⁶³⁵: as práticas tradicionais e não tradicionais indígenas que afetem recursos naturais presentes em suas terras apenas serão autorizadas caso estejam em conformidade com as recomendações do Instituto Chico Mendes, reduzindo a participação da comunidade indígena e da FUNAI à emissão de opiniões. A premissa transparece uma subordinação das práticas tradicionais, e não uma compatibilização de interesses.

Yamada e Villares (2010, p. 153) compartilham de pensamento semelhante, pois constata na decisão verdadeiro retrocesso nas discussões acerca das repartições de competências entre FUNAI, ICM e comunidades indígenas, no sentido de diálogo e atuação conjunta para a solução dos complexos casos de sobreposição, na medida em que o Instituto Chico Mendes surge como o autor principal e a FUNAI e comunidades indígenas coadjuvam no papel de meros fornecedores de opiniões e consultorias.

Em resumo, os planos de proteção são formulados e, posteriormente, as práticas tradicionais e não tradicionais são analisadas para que seja aferida sua conformidade ou não com a conclusão do órgão ambiental. A interpretação do ministro cria empecilhos para o usufruto constitucional das terras e dos recursos naturais, pois condiciona as atividades tradicionais à previa autorização do ICM.

A CtIDH não lidou, diretamente, com o tema da sobreposição de terras indígenas e áreas protegidas por legislações ambientais. No entanto, esboçou importante diretriz para a interpretação da problemática quando teve de lidar com decreto presidencial que declarou significativa parcela de terra tradicional indígena que estava sendo reivindicada por comunidade indígena como área de reserva natural privada, cujo regime jurídico impunha

⁶³⁵ Além de não discutir os problemas das demais soluções, que sequer foram aventadas pelo ministro.

restrições à ocupação humana, assim como ao uso e domínio dos recursos naturais nela presentes (incluindo caça e pesca)⁶³⁶. Para a corte, o decreto consubstanciava-se como barreira ao desenvolvimento das atividades tradicionais da comunidade indígena⁶³⁷. A corte, além de ressaltar a necessidade de consulta nos casos em que o Estado intencione declarar terras indígenas como áreas relevantes para a proteção ambiental, defendeu a interpretação de que a política de proteção ao meio ambiente não pode ser utilizada como medida para cercear direitos indígenas disfarçadamente.

Postura mais conciliatória à aventada pelo ministro e mais consentânea com as diretrizes interpretativas da CtIDH pode ser encontrada no Decreto Presidencial nº 7.747/12, instituidor da Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas (PNGATI). O decreto inicia prevendo o respeito às tradições das diversas comunidades indígenas (art. 3º, I), para, em seguida garantir o protagonismo e autonomia sociocultural dos povos indígenas na participação da governança da PNGATI, respeitadas as tradições que estipulam as lideranças indígenas (art. 3º, III). A participação, ademais, será feita nos termos da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (art. 3º, XI).

Um dos eixos do decreto trata, exatamente, das áreas de sobreposição de unidades de conservação e terras indígenas. Além de incluir uma das diretrizes expostas pela CtIDH (consulta prévia aos povos indígenas no processo de criação de unidades de conservação em áreas que os afetem diretamente), o decreto prevê a elaboração e implementação, com a participação dos povos indígenas e da FUNAI, de planos conjuntos de administração das áreas de sobreposição, garantida a gestão pelo órgão ambiental e respeitados os usos, costumes e tradições dos povos indígenas (art. 4, III). Ao invés de uma simples submissão das práticas tradicionais e não tradicionais aos regramentos ambientais, o decreto cria vias de participação efetiva das comunidades indígenas na manutenção da área ambiental e a preservação das tradições indígenas, pontos que se distanciam da conclusão do STF.

4.2.5. A constitucionalidade da lei de anistia brasileira: ADPF 153⁶³⁸

É natural que muitas das decisões da Suprema Corte brasileira polarizem a opinião dos comentadores de sua jurisprudência, especialmente as de grande repercussão social e midiática. Contudo, poucos julgados do STF nos últimos quinze anos atraíram tantos adeptos

⁶³⁶ Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, § 82.

⁶³⁷ *Idem*, § 169.

⁶³⁸ Tribunal Pleno, Rel. Eros Grau, DJe 06/08/2010.

a respeito de seu erro quanto à decisão pela manutenção da lei de anistia⁶³⁹. Por exemplo, seu impacto no campo teórico foi tão grande que estimulou a produção de trabalhos acadêmicos que tinham por objeto analisar as contradições dos votos de todos os ministros sob várias óticas (jurídicas, filosóficas, históricas, políticas e sociais), espécie de produção escassa em nosso país⁶⁴⁰. No momento, não é nossa intenção discorrer sobre todos os pontos presentes nos votos dos ministros do STF à luz de vários pontos de vista, mas apenas fazer referência à interação entre os argumentos dos ministros e a jurisprudência da CtIDH.

O caso foi originado por ADPF ajuizada pelo Conselho Federal da OAB, em que se pretendia a não recepção da Lei 6.683/79 ou que fosse conferida ao § 1º, do art. 1º⁶⁴¹ interpretação conforme a Constituição para excluir da anistia os crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar (1964/1985).

O relator do caso, Ministro Eros Grau, indeferiu o pedido, sugerindo que a lei de anistia não se caracterizaria como uma lei-norma, mas uma lei-medida, que esgota seus efeitos no momento específico de sua edição e, por essa razão, a interpretação a ser feita da lei deve levar em consideração o contexto fático e político de sua criação. Para o relator, a lei serviria como a expressão de um acordo político formalizado para que o país transitasse da ditadura para a democracia de maneira mais expedita e segura. Dessa forma, o conceito de conexão presente na lei não seria o, tradicionalmente, desenvolvido pela literatura criminal, mas um conceito específico do momento histórico vivido pelo país. Argumentou o ministro que a concessão de anistia não interferiria no direito de familiares de conhecer a verdade por detrás dos crimes que foram perpetrados pelos agentes do regime militar. A lei de anistia não afetaria o acesso a documentos e aos acontecimentos passados.

Para o relator, os argumentos baseados em instrumentos internacionais não seriam suficientes para afastar a lei de anistia, porque a República brasileira teria ratificado tratados da ONU que vedam a tortura posteriormente à lei objeto da ADPF, e que o instrumento internacional não poderia exercer efeitos retroativos. Ainda que tenha feito de forma indireta (pela citação de trecho de trabalho acadêmico), o relator afastou os precedentes da CtIDH (sem ao menos discutir os fundamentos das decisões interamericanas) com base no limite

⁶³⁹ Exemplos de posições favoráveis à decisão do STF podem ser encontradas no livro *Justiça de Transição no Brasil*, organizado por Dimoulis *et. alli* (2010).

⁶⁴⁰ Os trabalhos que serão referenciados ao longo do tópico são representativos da afirmação.

⁶⁴¹ 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 conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares . § 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

temporal estabelecido pelo Estado brasileiro quando do reconhecimento da competência contenciosa da corte de direitos humanos (ou seja, apenas para fatos ocorridos após 10 de dezembro de 1998)⁶⁴².

O relator acrescentou que não caberia ao Judiciário reescrever a história e apagar o acordo político formalizado em 1979. Para o ministro, o Judiciário não poderia atribuir redação diversa ao texto normativo da anistia. A possível alteração do acordo, caso fosse feita, apenas poderia partir do Congresso, porque ao Judiciário não caberia legislar.

Por fim, sustentou que a EC nº 26/85, de natureza constituinte (portanto, parte da ordem constitucional de 1988), teria previsto a anistia como uma das hipóteses de norma originária, reafirmando a anistia da lei de 1979 pela constituinte eleita democraticamente e que, portanto, seria princípio da Constituição de 1988.

Os ministros que compuseram a maioria desenvolveram argumentos muito semelhantes aos esposados pelo relator, o que nos permite agrupá-los da seguinte forma: 1) a anistia prevista na lei questionada é de cunho político e seu alcance deve ser interpretado de acordo com sua natureza, e o compromisso político encerrado na lei foi o que possibilitou a ordem constitucional de 1988; 2) o Judiciário não poderia ignorar o contexto político da época para interpretar a lei em desfavor dos anistiados; 3) a conexão prevista na lei deveria ser compreendida com base no contexto político, o que impediria interpretações que excluíssem os crimes comuns cometidos pelos agentes da ditadura; 4) a concessão de anistia aos crimes não impede a investigação dos acontecimentos e acesso aos documentos históricos; 5) ainda que a lei fosse afastada, não poderia retroagir para alcançar os anistiados, pois os crimes cometidos estariam prescritos e 6) a alteração ou revogação da lei apenas poderia ser feita pelo Legislativo⁶⁴³.

⁶⁴² Art. 1º, do Decreto nº 4.463/02.

⁶⁴³ Não é seguro afirmar que o tribunal votou em maioria acerca do argumento da constitucionalização da anistia pela CF/88, supostamente, operada pela EC nº 26/85, de natureza constituinte. Apesar de terem afirmado seguir o voto do relator, Cezar Peluso, Marco Aurélio e Celso de Mello não replicaram os argumentos acerca da constitucionalização da anistia e apresentaram voto concorrente escrito. Ellen Gracie não discorreu sobre o tema sob a perspectiva da constitucionalização, mas para rebater o argumento da não recepção da lei em função da formatação congressual à época de sua edição. Para a ministra, a EC teria reiterado a anistia de 1979 por um congresso eleito democraticamente. O argumento é diferente, pois a tese do relator sobre a constitucionalização impediria ao STF fiscalizar a constitucionalidade da norma originária, enquanto a de Ellen Gracie afastaria apenas um dos vários argumentos contrários à anistia. Cármen Lúcia, que compôs a maioria do tribunal, foi mais enfática ao afastar o argumento da constitucionalização da anistia de 1979 pela atual Constituição com o argumento de que, se algum tema não foi constitucionalizado no corpo da carta de 1988, não faz parte da estrutura constitucional atual. Apenas Gilmar Mendes ecoou a tese da constitucionalização proposta pelo relator (e inicialmente aventada no parecer do PGR) e a aprofundou ao sugerir que a EC 26/85, tendo em vista o caráter de não ruptura do processo constituinte de 88, fez parte das medidas institucionais inerentes à nova ordem constitucional, tornando impossível ao tribunal sustentar a modificação de cláusula constitucional de alteração, sob pena de afetar as bases da constituição de 1988. Conforme o exposto, o argumento da constitucionalização da anistia realizada pela CF/88 não contou com votos da maioria do tribunal.

Celso de Mello, novamente, trouxe decisões da CtIDH para seu voto e, como observado nas demais oportunidades, o ministro citou os precedentes interamericanos de maneira particular. Em primeiro lugar, é possível discutir acerca dos motivos pelos quais Celso de Mello sentiu-se compelido a trazer os precedentes da CtIDH sobre leis de anistia, quando nenhum outro ministro (nem mesmo os que votaram pela precedência) preocupou-se em discuti-los. Um deles seria o fato de ser o ministro que mais cita legislações internacionais (não confundir com estrangeiras) e precedentes da CtIDH (ADPF 130 e Ext 1.126). Por essas razões, seria discutível que o ministro simplesmente omitisse a existência de condenações da corte interamericana sobre leis de conteúdo semelhante à analisada pelo STF. A outra seria a citação dos casos da corte interamericana por dois *amici curiae* aceitos no caso (Associação Democrática e Nacionalista de Militares e Centro pela Justiça e o Direito Internacional), já que os casos Barrios Altos (2001) e Almonacid Arellano (2006) não foram citados pela petição inicial da OAB ou pela manifestação do PGR.

Celso de Mello citou os casos Loayza Tamayo (1998), Barrios Altos (2001) e Almonacid Arellano (2006) para afirmar que a CtIDH teria caracterizado as leis de auto-anistia, ou seja, as anistias concedidas apenas aos agentes políticos pelos próprios, como violadoras da CADH e não as leis de anistias pactuadas, como o caso da anistia brasileira (fruto de acordo político de “mão dupla”). Após afastar os precedentes, afirmou que a lei de anistia brasileira teve curso efetivo e participação ativa da sociedade civil.

Ricardo Lewandowski abriu divergência na votação⁶⁴⁴ ao questionar a ideia de que a lei de anistia teria sido fruto de um acordo tácito em que ocorreram concessões mútuas entre governo e sociedade. Sustentando o oposto, sugeriu o ministro que a lei foi editada em meio a grande insatisfação pública com o regime e o que teria motivado a anistia não seria a busca pela justiça, mas tentativas políticas de sustentação do regime, após crises econômicas e a crescente pressão popular. Argumentou que, do ponto de vista técnico, não seria possível a conexão prevista pela lei, pois a figura não teria sido contemplada em nenhuma legislação criminal vigente à época de sua edição, além de sugerir a impossibilidade de abarcar na classificação de crimes políticos, os crimes comuns cometidos por agentes da repressão, pois ausentes as características elaboradas pela jurisprudência do STF para que um crime seja considerado como político.

⁶⁴⁴ Ayres Britto apresentou voto divergente que, em resumo, sustentou que crimes hediondos e equiparados não estariam alcançados pela lei de anistia por serem crimes que não podem ser conexos com qualquer ideia de criminalidade política (torturadores não defendem qualquer ideologia). O ministro não citou legislações ou precedentes internacionais.

Ao tratar da CADH, o ministro citou, de maneira genérica e ampla, precedentes que tratavam do dever que os Estados possuem de investigar e punir quem comete crimes graves contra direitos humanos⁶⁴⁵, ignorando a jurisprudência da corte de São José acerca das leis de anistia. A citação descontextualizada e pouco desenvolvida da jurisprudência da CtIDH por ministro não relator (Celso de Mello) afastam, uma vez mais, qualquer hipótese de diálogo do STF com a CtIDH.

a) Quem pode reescrever a história: O Congresso Nacional, o STF ou a Corte Interamericana de Direitos Humanos?

Dos muitos argumentos suscitados pelos ministros que compuseram a maioria do STF na ADPF 153, o mais forte pode ser reduzido da seguinte forma: a lei de anistia foi fruto de uma particular articulação política (acordo político) a qual impossibilitaria sua revisão judicial.

Uma primeira linha de crítica a ser feita pela abordagem eleita pelo tribunal brasileiro seria a interpretativa. Eros Grau inicia seu voto tratando da interpretação jurídica. Para o relator, tendo em vista a separação do que denomina texto normativo e a norma interpretada, o intérprete produz a última na interpretação a partir do texto e da realidade. Dessa forma, sustenta o caráter construtivo da interpretação, pois o intérprete insere vida ao texto normativo ao julgar os casos particulares, inserindo o texto no contexto histórico contemporâneo à interpretação. Todavia, o ministro ressalva que este não seria o caso da lei de anistia.

Para justificar sua afirmação, desenvolve a categoria de leis-medidas, as quais, *milagrosamente*, seriam leis que não estariam submetidas ao critério estabelecido para as demais normas jurídicas, pois sua interpretação dependeria do contexto em que foram criadas. Eros Grau sabe que não poderia defender uma “interpretação de acordo com o contexto histórico da edição da lei” a partir de sua compreensão da interpretação jurídica exposta acima, daí ter suscitado a ideia de que algumas leis (em sentido formal) estariam excetuadas da hermenêutica jurídica das demais leis. Ao menos, o ministro esforçou-se para justificar a ideia de intangibilidade de um suposto pacto político e o bloqueio das normas constitucionais de 1988 para reinterpretar a anistia.

O STF nunca defendeu, explícita ou implicitamente, alguma forma de critério interpretativo que estivesse fundamentado na manutenção das decisões políticas do constituinte ou do legislador, tal como o originalismo norte americano e suas vertentes

⁶⁴⁵ São citados os casos Goibiru, Ximenes Lopes, Baldéon Garcia, Pueblo Bello e Mariparan.

(textualismo e intencionalismo). Todas as leis declaradas inconstitucionais, ou não recepcionadas, pelo STF envolveram alguma forma de acordo político e este nunca foi justificativa contrária ao controle de constitucionalidade do tribunal, que, aliás, já declarou a inconstitucionalidade de norma presente em lei originada por iniciativa popular⁶⁴⁶. Acordos políticos e iniciativa popular não foram obstáculos ao exercício do controle de constitucionalidade por parte do STF em várias ocasiões e a falta de fortes justificativas para blindar a lei de anistia do controle de constitucionalidade reforçam o caráter aleatório do argumento da intangibilidade da lei por encerrar um acordo político. Dessa forma, a defesa da interpretação da lei de anistia de acordo com o contexto de sua edição soou discricionária, para dizer o mínimo, para os demais ministros que seguiram a maioria.

O exemplo da ADPF 130, que julgou a não recepção de lei de imprensa editada pelo regime militar, ilustra a fundamentação randômica do tribunal, pois os ministros não se preocuparam em reconstruir as intenções do legislador (debates legislativos, pareceres de “testemunhas privilegiadas”), o contexto histórico da edição da lei e a existência de um acordo político para impedir a atuação das normas da Constituição de 1988. Nem mesmo a existência de precedentes do próprio STF que interpretavam alguns artigos da lei de imprensa (pressupondo sua constitucionalidade) foi suficiente para impedir que o tribunal pudesse alterar a interpretação da lei⁶⁴⁷.

Eros Grau desenvolveu a ideia de leis medida, portanto, para justificar a não incidência das normas constitucionais de 88 ao caso.

Contudo, partindo dos mesmos pressupostos hermenêuticos do relator, será possível defender a existência de uma espécie de lei que precisa ser interpretada apenas de acordo com o contexto histórico de sua criação, quando o próprio intérprete precisa justificar a interpretação que faz acerca da natureza da lei (lei-medida ou não) no momento em que a interpreta (diferente no tempo)? O intérprete não interpreta fora da história e não está em uma posição neutra para avaliar qual seria o contexto histórico correto a ser interpretado. Com efeito, a defesa de uma interpretação fincada no contexto histórico da edição de uma norma é

⁶⁴⁶ Em seu voto como relator do RE 633.703/MG, Gilmar Mendes, meses depois do caso da anistia, defendeu de forma veemente a posição do STF como guardião dos direitos fundamentais em face de possíveis excessos da maioria parlamentar, cujas deliberações que violem direitos fundamentais da minoria não se justificam com o recurso à suposta moralidade da legislação. Para o ministro “o argumento de que a lei é de iniciativa popular não tem aqui peso suficiente para minimizar ou restringir o papel contra-majoritário da Jurisdição Constitucional”.

⁶⁴⁷ O teor do voto de Marco Aurélio na ADPF 130 é representativo da referida linha de raciocínio. Segundo Marco Aurélio, a Lei foi “purificada pelo crivo equidistante do próprio Judiciário”, que afastou dispositivos que se contrapunham à CF/88. O ministro rejeitou, ademais, o argumento de que a edição da norma durante o período militar tornaria a lei ilegítima. “Não posso, de forma alguma, aqui proceder a partir de um ranço, de um pressuposto de que essa lei foi editada em regime que aponto não como de chumbo, mas como regime de exceção, considerado o essencialmente democrático.”

feita através de uma reconstrução do que o intérprete considera como fatos históricos relevantes para sua compreensão. Portanto, o próprio contexto histórico estaria sujeito à interpretação e a reconstrução histórica feita por Eros Grau seria apenas uma das possíveis leituras, como o voto de Lewandowski demonstrou.

A posição de Grau torna-se mais contraditória e insustentável quando nos lembramos de seu voto na Rcl. 4335/AC⁶⁴⁸. Ao defender a ideia de mutação constitucional com base nas mesmas premissas hermenêuticas expostas parágrafos acima, o ministro não poderia caracterizar uma mutação constitucional como a manutenção do texto normativo constitucional acrescido de alteração no sentido da norma criada, pois estes atos em nada difeririam do que ocorre naturalmente nos processos interpretativos. O que o ministro defendeu na Rcl. foi a possibilidade de o STF atribuir um novo texto normativo à Constituição de 1988, desde que coerente, semanticamente, com o todo do texto constitucional. Na Reclamação, o ministro não se preocupou em discutir a tangibilidade ou não do acordo político ocorrido em 1987/1988 que gestou o sentido do art. 52, X ou mesmo sugeriu que a alteração constitucional pudesse ser feita apenas pelo Legislativo via Emenda Constitucional (o ministro, ademais, ressaltou o caráter de definitividade das decisões do STF em matéria de constitucionalidade das leis). E mais razão teria para defender o acordo político que gerou uma Constituição, do que aquele de uma lei-medida editada sob o jugo de um regime militar. Por fim, não justificou na ADPF 153 porque o texto constitucional do art. 52, X poderia sofrer mutação constitucional em decorrência de outras normas constitucionais e a jurisprudência do STF, mas as normas constitucionais (já que o relator defendera seu status constitucional pela EC 26/85) que previram a anistia não poderiam sofrer o mesmo fenômeno, em decorrência da jurisprudência do STF e da prática e jurisprudência corrente de direitos humanos.

Os ministros que compuseram a maioria do tribunal demonstraram em seus votos muita segurança a respeito da existência de um acordo político que gestou a lei de anistia e que a legislação teria representado o selo definitivo acerca da questão no país.

Glenda Mezarobba (2010), cientista política que desenvolveu dissertação e tese de doutorado sobre o tema, não compartilha da visão da história desenhada pelo STF.

De acordo com a autora, durante a tramitação do projeto no Parlamento não houve, praticamente, troca de ideias com a sociedade, tampouco com os potenciais beneficiários da legislação, embora tenha ocorrido engajamento dos Comitês Brasileiros de Anistia, que, todavia, em nenhum momento admitiram a hipótese de que a lei pudesse beneficiar os agentes

⁶⁴⁸ A contradição também foi identificada por Emílio Meyer (2012, p. 65-66).

da repressão. O resultado da lei, prossegue a autora, ficou longe dos objetivos dos movimentos reivindicatórios e sequer atendeu às principais reclamações dos perseguidos políticos (MEZAROBBA, 2010, p. 10)⁶⁴⁹.

Mezarobba (2010, p. 11-15) constrói, além do mais, forte argumento contrário à ideia de acordo político igualitário fixo no tempo, ao lembrar os desenvolvimentos legislativos posteriores e as reivindicações constantes das vítimas e familiares acerca da anistia, ponto esquecido ou ignorado pelo STF. Foi justamente o fato de a lei de 1979 não ter servido como forma de acerto de contas ou selo político definitivo, que as discussões acerca da extensão e alcance da lei continuaram controversas nos anos seguintes. Não por outra razão, a imposição da lei de anistia em seu formato apenas permitiu o florescimento da discussão acerca da justiça de transição com a estabilidade democrática e a diminuição da interferência militar nos assuntos do governo. Conclui a autora que as leis 9.145/95 e 10.559/02 são demonstrações de que a sociedade ainda buscava formas de acertos de contas que a lei de anistia não teria conseguido sanar.

Não apenas as leis acima citadas foram ignoradas pelo STF, mas importante documento produzido pelo próprio Estado brasileiro não foi sequer mencionado pelos ministros. Trata-se do relatório da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (2007). A Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP) foi instituída pela Lei nº 9.140/95 e durou onze anos, concluindo seus trabalhos com o citado relatório.

Além de reconhecer a responsabilidade do Estado brasileiro pelo assassinato e desaparecimento de opositores do regime militar, o relatório ressaltou o fato de o Brasil ter sido o único país do Cone Sul que, à época do relatório, não havia trilhado procedimentos de justiça transicional para examinar as violações de Direitos Humanos ocorridas em seu período ditatorial (BRASIL, 2007, p. 21).

⁶⁴⁹ Emílio Meyer (2012, p. 99-100) concorda que não houve debates acerca da lei no Congresso, bem como ressalta a inexistência de indícios fortes de que tenha havido negociações políticas em torno do tema, uma vez que as organizações de defensores da anistia sustentavam seu caráter irrestrito (o que não ocorreu) e opunham-se à auto-anistia. Benvindo e Acunha (2012, p. 190-192) engrossam o coro de autores que sustentam a inexistência de uma estrutura política e social capaz de oferecer um ambiente propício para um acordo político, tal como pareceu transparecer nos votos dos ministros. Os autores questionam o aspecto histórico naturalizado que os ministros fizeram para reconstruir o momento histórico como um acordo político, uma vez que os termos do suposto acordo, participação dos atores e formas de barganha sobre seu conteúdo não foram igualitários. Além de lembrar o clima de instabilidade instalado no Congresso Nacional no momento da edição da lei (cassações, ameaças de recesso por ordem presidencial, Senado composto por apadrinhados do regime eleitos indiretamente), Marlon Weichert (2011, p. 964-965) afirma que a edição da lei não era uma escolha formulada dentro de uma discussão democrática, mas uma imposição. Flávia Piovesan (2011, p. 82) inverte a preocupação do STF e redireciona ao tribunal a acusação de reescrever a história brasileira, por ter interpretado os fatos históricos através de uma lente específica, assim como por atribuir legitimidade político-social à lei de anistia em nome de um acordo político e de uma reconciliação nacional discutíveis.

Ao tratar da lei de anistia, o relatório fala da inclusão dos crimes conexos como uma tentativa de, em tese, beneficiar os agentes do Estado envolvidos em torturas (BRASIL, 2007, p. 28). Ou seja, a Comissão não afirma com a mesma certeza dos ministros do STF, que a inclusão da conexão tenha sido fruto de um acordo explícito ou que a interpretação sobre o ponto estivesse sedimentada. O relatório reforça o aspecto polêmico da interpretação da lei, especialmente, a anistia das violações de Direitos Humanos perpetradas por agentes da repressão política, o que poderia demonstrar que a conexão seria uma possível auto-anistia⁶⁵⁰. Apesar de reconhecer a importância da lei para a democracia e para o novo regime, o relatório confirma que a tramitação do projeto foi contrária aos anseios dos familiares das vítimas e dos comitês de anistia (BRASIL, 2007, p. 30-31).

Mais recentemente, a Comissão Nacional da Verdade (CNV) apresentou relatório de suas atividades com discurso mais contundente do que o apresentado pela CEMPD. A CNV trata os eventos de abril de 1964 como um golpe e aponta que os agentes militares cometeram violações graves a direitos humanos, perpetradas de modo sistemático e generalizado (BRASIL, 2014, p. 94 e 962). A CNV, com base na caracterização das ações da ditadura como crimes contra a humanidade, considerou que os crimes por ela perpetrados (detenções ilegais e arbitrárias, a tortura, as execuções, os desaparecimentos forçados e a ocultação de cadáveres) constituíam ações vedadas por normas peremptórias de direito internacional, imprescritíveis e insuscetíveis de anistia (BRASIL, 2014, p. 963-965)⁶⁵¹.

Ao final do relatório, a comissão recomenda ao Estado brasileiro e aos órgãos competentes, que determinem a responsabilização jurídica (criminal, civil e administrativa) dos agentes públicos, afastando-se a aplicação dos dispositivos concessivos de anistia inscritos nos artigos da Lei no 6.683, de 28 de agosto de 1979, e em outras disposições constitucionais e legais⁶⁵².

⁶⁵⁰ A mesma espécie de leis de anistia que Celso de Mello concorda que seriam contrárias à CADH e reconhecidas como violadoras de direitos humanos pela CtIDH.

⁶⁵¹ A fundamentação jurídica da CNV para suas conclusões acerca da imprescritibilidade e insuscetibilidade de anistia dos crimes contra a humanidade perpetrados pelos agentes da ditadura reproduzem, ainda que não as tenham citado explicitamente, as decisões da CtIDH sobre o tema.

⁶⁵² Swensson Junior (2010, p. 24) e Dimoulis (2010, p. 110-111) sugerem que é temerário afirmar que ocorreram crimes graves no período da ditadura militar, pois, sem o devido processo legal, presume-se a inocência dos envolvidos e a citação de crimes não passaria de jargão jornalístico para expressar inconformidade com suposta impunidade. À primeira vista o argumento pode parecer forte, mas parece subestimar o fato de que o padrão jurídico ao qual os autores atribuem validade – anistia – (não posso afirmar que subscrevam com a conformidade moral de uma lei de anistia) parte do pressuposto de que crimes graves, fora do âmbito de crimes políticos, ocorreram, porque o Congresso não poderia anistiar o que, provavelmente, sem o devido processo, não ocorreu. A lei de anistia *pressupõe* que crimes ocorreram e que serão anistiados.

Portanto, podemos caracterizar a interpretação do STF como uma interpretação controvertida dos fatos históricos⁶⁵³, não compartilhada por autores, vítimas e Poderes da República (Executivo).

A consequência que o tribunal extraiu da controvertida existência do acordo político foi a impossibilidade de sua revisão pelo Judiciário - a decisão pela revogação (ou não) da lei caberia ao Congresso Nacional.

A posição de deferência seletiva do tribunal, por si só, já seria argumento suficiente para afastar a conclusão acima do tribunal (vide os argumentos do tribunal acerca de direitos de minorias na ADPF 132). Se o tribunal evitou revogar a lei por temer apagar o suposto acordo político da história, porque conferiu ao Congresso Nacional tal competência? O parlamento pode tudo, até mesmo “reescrever a história”? Inexistiriam limitações constitucionais à atividade do Legislativo, na medida em que poderia revogar uma lei blindada à revisão do Judiciário em função das concessões mútuas entre os atores envolvidos na sua edição? Obviamente, o tribunal não desenvolveu as consequências de sua argumentação.

A existência do controle de constitucionalidade das leis e a hipótese de cabimento da ADPF no caso (alcançando normas anteriores à CF/88) nos permite inferir que o Parlamento não é soberano na interpretação constitucional, mas compartilha o desenvolvimento da Constituição com os outros poderes, dentro de uma moldura que pode ser revisada pelo Judiciário, até mesmo se a lei editada for de um parlamento que antecede a atual CF/88. Dessa forma, se o STF conclui que o Parlamento moderno pode revogar a lei de anistia de um parlamento antigo, é porque considera que a medida é, não apenas, faticamente possível, mas legitimamente constitucional. O questionamento seguinte é: se o STF reconheceu a constitucionalidade da revogação congressual da lei de anistia, quais são as razões constitucionais para que o tribunal se exima da realização da revisão, quando todas as leis envolvem, em alguma medida, a celebração de acordos políticos e a lei 9.882/99 não excepcionou leis-medida do cabimento da ADPF?

O STF não respondeu ao questionamento, porque enquadrou a questão como a contraposição de medidas mutuamente excludentes (manutenção do acordo político ou deposição de momento histórico). Caso o problema fosse “reescrever a história”, nem mesmo o poder legislativo teria a competência (ou a capacidade institucional) para fazê-lo.

⁶⁵³ Moura *et alii* (2009, p. 193) falam da construção de um senso comum conciliatório que pairava na sequência dos governos civis após a ditadura, criado por meio de “concessões” (as aspas são dos autores) do regime ditatorial aos interesses da sociedade civil, porquanto o processo de transição fora, em realidade, pautado pela própria ditadura.

Deixando de lado a ideia de que revogar judicialmente uma lei seria reescrever, ignorar ou apagar a história⁶⁵⁴. Podemos passar ao questionamento acerca dos precedentes da CtIDH acerca das leis de anistia e como o STF poderia construir as melhores interpretações sobre o tema.

Os precedentes da CtIDH sobre leis de anistia foram sumariamente ignorados pela grande maioria do tribunal e, quando citados, foram interpretados de maneira equivocada por Celso de Mello. A seguir, procuraremos demonstrar a principal contribuição que a corte pode oferecer ao STF no que diz respeito à legitimidade e ao alcance das leis de anistia.

Ao contrário do que pensam Carvalho Ramos (2012b, p. 86-87) e Peluso Meyer (2012, p. 179), o problema do voto de Celso de Mello não foi realizar uma distinção inexistente nos julgados citados por ele (Barrios Altos e Almonacid Arellano). Em seu voto, Celso de Mello considerou que apenas as leis de auto anistia violavam a convenção, o que não ocorreria com a anistia brasileira pactuada.

A relevância da distinção entre anistia e auto anistia, tal como feita por Celso de Mello, não foi desenvolvida pela CtIDH nos casos que antecederam Gomes Lund (2010, § 175), como sugere Crema (2013, p. 40). O que não significa que a distinção realizada pelo ministro do STF fosse de todo descabida.

O voto concorrente de Sergio García-Ramírez em Castillo-Páez⁶⁵⁵ demonstrou a existência de dúvidas entre juízes da corte quanto à relevância do processo de formação da lei de anistia para aferir sua compatibilidade ou não com a CADH. Em seu voto, o juiz interamericano reflete sobre a necessidade de serem distinguidas as leis de auto anistia (editadas por e em favor de quem exerce a autoridade) das anistias resultantes de um processo de paz democrática de alcance recíproco, mas que deixam em aberto a possibilidade de investigar eventos graves. Em outro voto concorrente, Garcia-Sayán⁶⁵⁶ sustentou que a construção interpretativa da corte em Barrios Altos (2001) poderia sugerir que a inconveniência estaria restrita às leis de autoanistia e, ainda de acordo com o juiz, apenas com o desenvolvimento posterior de sua jurisprudência (Almonacid, Gomes Lund e Gelman) a corte defendeu a incompatibilidade das leis independentemente de sua forma. Ou

⁶⁵⁴ O que impactaria todo o sistema de controle de constitucionalidade, pois todas as leis envolvem acordos políticos que ocorreram historicamente dentro de um contexto político, social e econômico específico. Tendo em vista que nenhum autor brasileiro (ou o STF) é contrário ao controle de constitucionalidade das leis, o argumento não será mais discutido sobre esse viés.

⁶⁵⁵ Caso Castillo Páez Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 43, Voto Concorrente, § 09 e Barrios Altos, fondo, voto concorrente, § 10.

⁶⁵⁶ Caso Masacres de El Mozote, voto concorrente do Juiz Garcia-Sayán, § 06.

seja, em Gomes Lund (2010) dificilmente poderíamos sustentar uma linha jurisprudencial concreta⁶⁵⁷.

A relevância da distinção entre as leis de anistia, contudo, ganha força quando identificamos que o contexto político do país em análise é determinante para o tipo, o tempo e forma de decisão da CtIDH acerca das leis de anistia (SANDHOLTZ; MCCONE, 2014), apesar de o ponto não ter sido desenvolvido com mais atenção pela corte no caso peruano, chileno, uruguaio e brasileiro.

Os casos Peruanos e Chilenos, por exemplo, eram semelhantes no contexto da promulgação das leis de anistia. Em ambos a lei de anistia foi imposta de forma unilateral pelos governos militares no poder, sem que houvesse ampla participação congressional ou popular. Foram leis impostas pelos próprios autores das violações de direitos humanos para garantir sua impunidade.

A lei de anistia peruana foi editada no auge do Governo Fujimori (1990-2000), que assumiu o poder por meio de um golpe de Estado em 1992. Susana Villarán de la Puente (2007, p. 108-115) caracteriza o período da edição da lei de anistia como uma época em que o Estado de Direito estava fragilizado, ocasião em que o Congresso, de maneira casuística e sob determinação de Fujimori (que apresentou a lei), aprovou a anistia sem que tivessem ocorridos debates parlamentares e cujo teor era contrário às reivindicações das vítimas⁶⁵⁸.

A lei de anistia chilena foi editada no decurso do governo militar do General Pinochet (1973-1990) em 1978, o que demonstra que a edição da lei não intencionava restaurar a democracia ou a paz interna, para que fosse possível discutir os termos para uma transição democrática (SÁNCHEZ, 2010, p. 46). Portanto, a lei dificilmente poderia estar relacionada com a participação popular em sua criação ou com as finalidades transicionais de uma lei de anistia.

Antes do caso Gomes Lund (2010), a CtIDH não havia analisado leis de anistia produzidas em momentos posteriores à transição para a democracia de determinado país, ou leis de anistias editadas com apoio de efetiva participação popular. Ao argumento do “acordo político” da lei de anistia brasileira, a corte interamericana respondeu que sua fiscalização não se ocupava com a forma da lei (processo de adoção e autoridade que editou a lei), mas apenas de sua razão de ser (aspecto material), que seria a de tornar impunes os crimes contra a

⁶⁵⁷ Antes dos julgamentos da CtIDH sobre leis de anistia, a CIDH tinha dificuldade em diferenciar as leis de anistia que precisavam ser consideradas *quod* como violadoras da Convenção. Especialmente as que foram editadas posteriormente ao regime militar e aquelas editadas para dar fim à conflitos armados e que contaram com apoio e intervenção internacionais (LUTZ, 1998, p. 268).

⁶⁵⁸ Fato confirmado pela CtIDH no caso, cf. Barrios altos, fondo, § 2, *i*.

humanidade⁶⁵⁹. Portanto, ainda que tenha ocorrido o suposto acordo político, a corte de São José focou sua análise na finalidade da lei: deixar impunes graves violações de direitos humanos.

A corte supranacional em Gelman (2011) sustentou que o fato de uma lei de anistia ter sido editada em um regime democrático e que tenha resistido a formas de participação popular direta (plebiscito e referendo) não é suficiente para atribuir legitimidade às leis de anistia⁶⁶⁰. A estabilidade de um regime democrático, portanto, não é garantia de que todas as ações estatais estejam sob o manto de proteção dos direitos humanos internacionais⁶⁶¹.

As fundamentações da CtIDH sobre a natureza dos crimes perpetrados nos casos de conflitos armados e ditaduras militares (apenas esclarecido em Almanacid Arellano)⁶⁶², somada a sua construção jurisprudencial acerca da responsabilidade dos Estados de conduzir procedimentos criminais para avaliar a responsabilização dos atores envolvidos nas violações de direitos humanos dificilmente abririam espaço para leis internas que anistassem criminalmente as referidas violações, sejam elas produzidas sob supostos acordos políticos (Brasil) ou amparadas por mecanismos da democracia direta (Uruguai).

No entanto, não seria correto afirmar que as decisões da corte interamericana são insensíveis ao contexto político do país no momento de aferir a deferência aos procedimentos de justiça de transição adotados internamente, tal como evidenciado no julgamento da lei de anistia salvadorenha. No caso de El Salvador, as elites e partidos políticos de oposição ao governo não eram contrárias à anistia destinada a sedimentar o fim de sangrento conflito armado que durava mais de uma década no país, encerrado por conta das intervenções internacionais da ONU no processo de transição à paz⁶⁶³. Através da intervenção do Secretário Geral da ONU, o conflito armado salvadorenho de doze anos chegou ao fim com acordos de paz firmados em 1992. Nos acordos de paz firmados e na lei de reconciliação nacional editada pouco tempo depois, o Estado assumia a responsabilidade de não manter impunes graves violações de direitos humanos cometidas no período de conflito armado⁶⁶⁴.

A corte declarou que a lei de anistia de 1993 contrariou a forma de anistia anteriormente delimitada pelo acordo de paz e pela lei de conciliação nacional, a última,

⁶⁵⁹ Gomes Lund, §§ 175 e 225.

⁶⁶⁰ Gelman, § 238.

⁶⁶¹ *Idem*, § 239.

⁶⁶² Claudia Martin (2007, p. 785) concorda que o referido caso foi a primeira vez que a corte considerou que crimes perpetrados em meio a ataques sistemáticos e generalizados a civis seriam crimes contra a humanidade, cuja violação enseja a necessidade de investigação, condenação e punição.

⁶⁶³ Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, § 266.

⁶⁶⁴ *Idem*, §§ 272-274.

inclusive, comprometeu-se em não conceder anistia para aqueles que tivessem cometido violações de direitos humanos indicados pela comissão da verdade salvadorenha⁶⁶⁵. Fora apenas este ponto que a CtIDH declarou contrário à convenção americana, pois assegurou que o direito internacional dos direitos humanos não é de todo contrário às leis de anistia, que, em determinadas situações (conflitos armados não internacionais), não apenas são legítimas, como estimuladas pelas normas internacionais⁶⁶⁶. A corte considerou que a anistia no caso salvadorenho era possível, como meio para cessar os conflitos armados em busca da paz, desde que a anistia não se estendesse para crimes de guerra e contra a humanidade⁶⁶⁷.

A conclusão institucional da corte foi pela *não* declaração de invalidade de toda a lei de anistia⁶⁶⁸, nem mesmo ordenou ao país que reformasse sua legislação no ponto⁶⁶⁹, reforçando apenas que a lei de anistia não poderia ser obstáculo para a investigação e responsabilização de atos que violaram direitos humanos. Os votos concorrentes ao da CtIDH não fazem parte da decisão final e não compõem o precedente internacional, contudo, a quantidade de juízes que aderiram à manifestação de Garcia-Sayán⁶⁷⁰ no caso salvadorenho fazem com que recorramos ao voto em busca de informações complementares importantes acerca da posição do então presidente da corte na ocasião do julgado *El Mozote vs El Salvador*.

⁶⁶⁵ *Idem*, § 291-292. A lei de anistia foi editada, exatamente, para tornar sem efeito o relatório da comissão da verdade.

⁶⁶⁶ *Idem*, § 285 (*Según el Derecho Internacional Humanitario aplicable a estas situaciones, se justifica en ocasiones la emisión de leyes de amnistía al cese de las hostilidades en los conflictos armados de carácter no internacional para posibilitar el retorno a la paz*). Gutiérrez Ramírez (2014, p. 45) interpreta a posição da corte no caso salvadorenho como o reconhecimento da convencionalidade de anistias editadas em contextos de conclusão de conflitos armados internos.

⁶⁶⁷ *Idem*, § 286.

⁶⁶⁸ Caso *Masacres de El Mozote*, § 296. (*Dada su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana, las disposiciones de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz que impiden la investigación y sanción de las graves violaciones a los derechos humanos sucedidas en el presente caso carecen de efectos jurídicos ...*). Sandholtz *et. al.* (2014, p. 38), Ferrer Mac-Gregor (2014, p. 79) e Clema (2012, p. 62) concordam com nossa conclusão. Gutiérrez Ramírez (2014, p. 46) pensa de outra forma, pois não observa no caso distinção quanto à consequência de invalidação das leis de anistia desenvolvida pela corte em outras oportunidades (apesar de defender, como visto notas acima, que a decisão em *Mozote* significou alteração na compreensão da corte acerca da incompatibilidade de qualquer lei de anistia com a Convenção).

⁶⁶⁹ Apesar de transparecer nas reparações que toda a lei de anistia carece de efeitos jurídicos (§ 318), na parte dispositiva da sentença, a corte exige apenas que “*El Estado debe asegurar que la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia del presente caso ni para la identificación, juzgamiento y eventual sanción de los responsables de los mismos y de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas durante el conflicto armado en El Salvador, de conformidad con lo establecido en el párrafo 318 de la presente Sentencia*”. Para reforçar o argumento, na parte dispositiva do caso *Barrios Altos*, § 4º a corte estipulou que *las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos*.

⁶⁷⁰ 04 juízes aderiram ao voto (Leonardo A. Franco, Margarete May Macaulay, Rhadys Abreu Blondet e Alberto Pérez Pérez), formando uma significativa maioria no tribunal.

Em síntese, o voto constatou que todos os casos anteriores da corte sobre anistia lidaram com leis forjadas em contextos políticos específicos, mas que nenhuma delas fora forjada para cessar, de forma negociada, conflitos armados internos⁶⁷¹. E a situação especial exigiu da corte análise diferenciada acerca da posição jurídica da lei⁶⁷². Após lembrar, como fizera a corte, que o direito internacional humanitário prevê a possibilidade de anistias para por fim a conflitos armados (artigo 6,5 do Protocolo Adicional II das Convenções de Genebra de 12/08/49)⁶⁷³, o juiz reafirmou que anistias são legítimas nestes casos, desde que excluam os crimes de guerra e de lesa humanidade⁶⁷⁴.

Além de reforçar que a forma com que as anistias foram editadas determina o caráter do escrutínio feito sobre sua convencionalidade, a mais importante contribuição do voto é o reconhecimento de que em determinados contextos de transição à paz negociada, as particularidades dos conflitos e a ponderação social serão determinantes para o desenvolvimento de respostas peculiares para os processos de justiça de transição do país, o que inclui a seara criminal⁶⁷⁵. Sugere o juiz que a situação do caso poderá dar ensejo a ponderações acerca de penas alternativas e responsabilizações diferenciadas para mandantes e executores das violações⁶⁷⁶.

A justificativa para tal posição do juiz é a força do direito à paz nas ocasiões de conflitos armados, em detrimento do caráter não absoluto dos demais direitos envolvidos (cremos que o juiz se referia ao das vítimas), estimulador de soluções que eximissem o juízo criminal ou previsse penas alternativas para os envolvidos nas violações⁶⁷⁷.

Voltando ao voto de Celso de Mello, não podemos afirmar que o ministro tenha se equivocado por fazer uma distinção entre leis de anistia e leis de auto anistia, pois a corte interamericana referendou a distinção tempos depois e, antes de Gomes Lund, dúvidas internas pairavam acerca da formalização da distinção. O equívoco do ministro foi supor que mesmo leis de anistia autorizadas pela CADH poderiam alcançar violações sistemáticas de

⁶⁷¹ Caso Masacres de El Mozote, voto concorrente do Juiz Garcia-Sayán, § 09.

⁶⁷² *Idem*, § 10.

⁶⁷³ *Quando da cessação das hostilidades, as autoridades no poder procurarão conceder a mais ampla amnistia às pessoas que tiverem tomado parte no conflito armado ou que tiverem estado privadas de liberdade por motivos relacionados com o conflito armado, quer estejam internadas, quer detidas.*

⁶⁷⁴ Corroborando a posição de Jeffery (2014, p. 105), nessas ocasiões, as leis de anistia são utilizadas para terminar conflitos de impossível solução de outra forma. As anistias, em tais hipóteses, funcionariam como mecanismos de pós-conflito, ou seja, mecanismos de justiça transicional utilizados, não no contexto de transição de um governo autoritário para a democracia, mas para efetivar uma transição em primeiro lugar, porquanto não haveria meio que o Estado dispusesse para acabar, por si mesmo, as violências internas.

⁶⁷⁵ *Idem*, § 27.

⁶⁷⁶ *Idem*, § 30.

⁶⁷⁷ *Idem*, § 37-38.

direitos humanos. Dessa forma, leis de anistia, ainda que convencionais, não podem abarcar crimes contra a humanidade e graves violações de direitos humanos.

O refinamento de sua jurisprudência no caso salvadorenho não deixa de transparecer, ademais, uma resposta às críticas a que a corte vinha sido submetida por parte de seus comentadores, em casos de justiça de transição e sobre os mandamentos de investigação criminal. A brava luta contra a impunidade na América Latina travada pelo SIDH desde seus primórdios e, para fins de nossa análise, pela CtIDH através das declarações de incompatibilidade das leis de anistia⁶⁷⁸, suscitou críticas quanto ao rumo dado pela última para os tortuosos processos de justiça de transição nos diversos países que tiveram suas leis de anistia questionadas. As críticas dirigidas à corte podem ser desmembradas em dois pontos principais.

Em primeiro lugar, antes de El Mozote (2012), a CtIDH atribuía pouca deferência aos diferentes contextos de edição das leis de anistia, especialmente daquelas que foram editadas com apoio popular, como no caso uruguaio⁶⁷⁹. Como consequência, a corte estaria limitando as formas com que um país, em função de sua situação política particular, poderia estruturar seus próprios processos de justiça de transição⁶⁸⁰, ao impor ao país que fosse buscada a “verdade judicial” dos processos criminais (em contraposição a procedimentos que visassem o que a corte denominou de “verdade histórica” elaborada por comissões da verdade)⁶⁸¹.

Além da pouca deferência aos diversos contextos políticos, outro ponto criticado seria a limitação ao direito criminal das formas de justiça de transição a serem adotadas pelo país. Ou seja, os Estados são obrigados a recorrer ao direito penal como formato de sua justiça de transição⁶⁸². A exigência irrestrita de investigações criminais, afastando direitos, igualmente, convencionais dos réus (presunção de inocência, prescrição etc.), postulando investigações criminais sem distinção quanto ao grau de responsabilidade dos envolvidos nas violações de direitos humanos e a utilização da vacilante categoria de crimes contra a humanidade⁶⁸³

⁶⁷⁸ René Jeffery (2014, p. 169) confirma que as anulações de leis de anistia, especialmente na América Latina, não têm ocorrido sem a ajuda dos importantes insumos oferecidos pelas instâncias internacionais, seja pelo engajamento ativo da comunidade internacional ou por meio de decisões de tribunais regionais de direitos humanos.

⁶⁷⁹ Gargarella (2012) e Contesse (2012).

⁶⁸⁰ Juan Mocoora (2013, p. 37-38).

⁶⁸¹ Caso Almonacid Arellano, §150 (*No obstante, sin desconocer lo anterior, la Corte considera pertinente precisar que la “verdad histórica” contenida en los informes de las citadas Comisiones no puede sustituir la obligación del Estado de lograr la verdad a través de los procesos judiciales*).

⁶⁸² Juan Mocoora (2013, p. 26-30).

⁶⁸³ Raquel Lima (2012, p. 210-212).

poderia conduzir a jurisprudência da corte para uma inversão da tradicional máxima de que o processo criminal existe para proteger o réu⁶⁸⁴.

Dessa forma, da análise da CtIDH acerca das diferentes leis de anistia, podemos extrair duas conclusões que podem ser aplicadas ao caso brasileiro: a) leis de anistia não são contrárias à CADH quando sua origem justifica-se como meio jurídico capaz de sedimentar a transição pactuada para a paz em situações de conflito armado civil não internacional; e b) mesmo que as leis de anistia sejam convencionais nas hipóteses acima, suas normas não podem isentar de responsabilidade criminal os responsáveis por graves e sistemáticas violações de direitos humanos⁶⁸⁵.

Com base nas conclusões acima, importante raciocínio da CtIDH poderá ser considerado pelo STF nos embargos de declaração na ADPF 153 e na ADPF 320 – quais seriam as razões constitucionais para atribuir ares de legitimidade para uma lei imposta por um governo que ascendeu ao poder por meio de golpes à democracia e que cometeu violações sistemáticas à direitos humanos?

Nossa anistia não foi produzida por uma necessidade de chegarmos à paz por conta de conflitos sociais internos que extrapolavam ao controle do governo civil, mas por um golpe de

⁶⁸⁴ Fernando Basch (2007, p. 215-220) teme que a CtIDH tenha criado um perigoso direito penal do inimigo, ao exigir das cortes internas que julguem os réus tendo em vista os direitos das vítimas e sem qualquer tipo de proteção processual ou material. O cerne da preocupação de Mocoora (2013), Lima (2012, p. 210), Pablo Parenti (2010, p. 217) e Basch (2007, p. 207) é o caso *Bulacio Vs. Argentina* (2003), cujos parágrafos 116 e 117 abriram margem à interpretação de que nenhum crime perpetrado em face de direitos protegidos convencionalmente poderia ficar sem investigações criminais, nem mesmo se estiver prescrito de acordo com normas internas (a margem se amplia ao notarmos que um dos precedentes citados pela corte é *Barrios Altos*). Contudo, uma parcela dos temores dos autores foi sanada pelo caso *Vera Vera y otra Vs. Ecuador* (2011). Ao afastar alegação da CIDH de que a prescrição não poderia ser suscitada para quaisquer violações de direitos humanos, incluindo as não graves, a CtIDH afirmou que a vedação da incidência da prescrição apenas ocorreria para graves violações de direitos humanos e não para todos e quaisquer casos que chegassem à CtIDH (*Vera Vera*, §§ 117-118). O que não significa que problemas não persistam na jurisprudência da CtIDH acerca da persecução penal. Como sintetiza Raquel Lima (2013, p. 106-18), a CtIDH não interpreta de forma sistemática os precedentes em que defende a limitação da intervenção penal (liberdade de expressão e pena de morte) e o controle das deletérias consequências de uma condenação criminal com as ocasiões em que elas são exigidas (como no caso das anistias), além de não desenvolver satisfatoriamente os argumentos sobre que medidas um Estado deve adotar para satisfazer os pontos da persecução criminal exigidas. Brunner (2012, p. 257-258) critica, adicionalmente, a apropriação injustificada do conceito de coisa julgada fraudulenta, oriunda do Estatuto de Roma, feita pela CtIDH para contornar a garantia de que ninguém será julgado pelo mesmo fato duas vezes, sem que fornecesse indicativos de como os Estados poderiam contornar os problemas que originaram os julgamentos tidos como fraudulentos. A lógica da coisa julgada fraudulenta no direito internacional criminal é limitada aos aspectos internacionais dos crimes cometidos e tipificados no estatuto, exceção que corre o risco de ser ampliada para casos diversos, mas que tenha sido identificado violações de direitos humanos identificada pela CtIDH (detenção arbitrária, p. ex.). Brunner (2012, p. 263) concorda, todavia, que a exceção da coisa julgada fraudulenta pode ser aplicada em casos de violações em massa de direitos humanos.

⁶⁸⁵ Outra conclusão relevante, mas não tanto para o caso brasileiro no momento, é a de que as leis de anistia e os processos de transição democrática pactuada da paz podem dar ensejo a diferentes formas de responsabilização, não apenas limitadas ao campo criminal (penas alternativas, pedidos públicos de desculpas etc.). O formato da justiça de transição e as medidas de responsabilização dos envolvidos dependem de deliberações internas acerca das situações sociais e políticas do processo de transição.

parcela da elite militar nacional que assumiu controle do Estado de maneira ilegítima e que, sem justificativas políticas e sociais (como se houvesse alguma), impuseram limitações a direitos fundamentais e violaram sistematicamente direitos humanos. Falar de isenção de reponsabilidade e defender leis de anistia como meio jurídico necessário para a transição democrática nesses casos soa como prêmio aos que usurparam poderes democráticos.

A anistia salvadorenha, por outro lado, teve como pano de fundo uma guerra civil (1980-1992) entre grupos armados (Fuerza Armada de El Salvador e a Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional), cujo conflito originou-se por diversas causas estruturais que não estavam ligadas, necessariamente, à ascensão de um governo militar autoritário (o Estado não estava sob governo militar desde 1979), mas de questões econômicas, sociais e políticas que tradicionalmente afetavam a sociedade salvadorenha (concentração desigual de renda, disputas ideológicas, instabilidade política, fraqueza institucional, influências externas dos principais atores da guerra fria etc.) (MARTÍNEZ VENTURA, 2009, p. 302-303).

No caso brasileiro, a contestável narrativa histórica construída pelo STF acerca do acordo político (que pode ser desconstituída pela interpretação histórica aceita pelo próprio Estado brasileiro), o contexto de violações de direitos humanos por governo que tomou o poder de forma autoritária e a ausência de discussões parlamentares efetivas da lei de anistia, são fortes razões para sua revisão judicial com base nas normas de 1988, que dificilmente atribuiriam constitucionalidade à lei de anistia que alcança violações graves de direitos humanos⁶⁸⁶.

b) A Imprescritibilidade de crimes contra a humanidade e direito constitucional: onde foram parar os tratados internacionais de direitos humanos supralegais?

André Carvalho Ramos (2012b) alertou: nenhum ministro do STF preocupou-se em analisar as obrigações internacionais gerais assumidas pelo Brasil ou, mais especificamente, a relação das leis de anistia com a posição supralegal da CADH e com a jurisprudência da CtIDH.

Deisy Ventura (2010, p. 204-209), por exemplo, caracteriza a relação do STF com o direito internacional como positivismo *à la carte*, pois apenas suscita a produção normativa internacional que considera que esteja de acordo com as normas constitucionais, ou seja, ao

⁶⁸⁶ A certeza da incompatibilidade da lei de anistia com a CF/88 pode ter justificado a insistência do STF em não rever o suposto “acordo político”, argumento que ganha força na conclusão do tribunal de que o legislador estaria constitucionalmente (pela CF/88) autorizado a revogar a lei.

final das contas, o tribunal estaria a aplicar as normas constitucionais⁶⁸⁷. O positivismo seletivo do tribunal foi determinante para o resultado da decisão de manter impunes os crimes contra a humanidade praticados pelo regime ditatorial.

Ventura identifica que os votos dos ministros que discutiram o tema da possível imprescritibilidade dos crimes da ditadura e a existência da definição de crimes contra a humanidade no direito brasileiro (especialmente o de Celso de Mello) focaram nas normas internacionais que estavam fora do *menu* brasileiro e ignoraram a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (que trouxe a noção de crime internacional contra a humanidade para o direito brasileiro positivo)⁶⁸⁸ e as Convenções de Genebra (impossibilidade de tortura e execuções extrajudiciais em caso de conflitos armados)⁶⁸⁹.

Celso de Mello, ministro que se debruçou no tema por mais tempo que os demais, sustentou que apenas lei interna em sentido formal poderia lidar ou dispor sobre os regimes de prescrição penal, porquanto o constitucionalismo democrático de 1988 teria adotado o postulado da legalidade em sentido formal para assuntos materiais concernentes ao direito criminal (reserva de parlamento). Para reforçar seu argumento, o ministro afirma que a legalidade em matéria penal estaria prevista, igualmente, no art. 9º, da CADH e 15º do PIDCP. Por fim, ressaltou que os postulados do Estatuto do Tribunal Penal Internacional que preveem a imprescritibilidade dos crimes contra humanidade apenas ganharão força vinculante caso veiculados por lei em sentido formal.

Dois Cavalos de Tróia enfraquecem a construção argumentativa do ministro, pois os órgãos incumbidos de interpretar os tratados citados estão longe de concordar com as conclusões do ministro acerca da interpretação dos dispositivos citados.

Em primeiro lugar, o CDH nos Comentários Gerais de nº 20 e 31 diverge da interpretação do PIDCP feita pelo ministro do STF. No último parágrafo do CG nº 20⁶⁹⁰, o CDH expressa preocupação com as anistias atribuídas aos que cometeram torturas e acrescenta que as anistias são incompatíveis com os deveres dos estados de investigar tais atos e que, portanto, os Estados não poderiam privar aos indivíduos o direito a um efetivo recurso

⁶⁸⁷ A crítica da autora pode ser reinterpretada na forma exposta pelo trabalho anteriormente acerca da citação de confirmação de precedentes e de atos normativos.

⁶⁸⁸ Promulgada pelo Decreto n. 30.822/52.

⁶⁸⁹ Para a autora, a aplicação das convenções estaria justificada pelo estado de luta armada instaurada e de supressão ao que denominou de guerra subversiva pelo AI nº 14.

⁶⁹⁰ Comitê de Direitos Humanos, General Comment No. 20, 30/09/92, § 15.

jurídico para sanar a violação. Anos mais tarde, nos CG nº 31⁶⁹¹, o CDH afirmou que os crimes de tortura, tratamentos degradantes, execuções extrajudiciais e desaparecimentos forçados são considerados como crimes contra a humanidade (quando cometidos como parte de ataques generalizados e sistemáticos em uma população) e, como tais, os Estados não poderão conceder medidas para excluir a responsabilização dos agentes que cometeram tais violações. A obrigação dos Estados determina o afastamento de quaisquer impedimentos à responsabilização jurídica, incluindo prazos de prescrição curtos. E, ainda que se argumente que nos comentários o comitê tenha condenado as prescrições de prazo curto, a jurisprudência quase judicial contra o Panamá do órgão foi mais enfática, antes do julgado da ADPF 153, ao exigir a abolição das leis de prescrição nos casos de graves violações de direitos humanos (HESSBRUEGGE, 2012, p. 361). Não bastassem as manifestações do CDH, De Baets (2011, p. 129) extrai do próprio artigo 15, § 2º⁶⁹² do PIDCP o germe da previsão da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade em 1966, e reproduzida pelo estatuto do TPI.

Por último, o ministro cita a CADH como documento internacional que, supostamente, daria lastro para sua conclusão de que a legalidade criminal prevista na convenção afastaria a estipulação da imprescritibilidade de crimes contra humanidade que não estivessem veiculados por lei em sentido formal, porém a CtIDH postula que a CADH veda, cabalmente, a possibilidade de leis que obstem a investigação e responsabilização de agentes que cometeram crimes contra a humanidade⁶⁹³.

Curioso notar como o ministro fez questão de afastar a incidência das normas da CADH quando sua interpretação não lhe convinha (competência temporal prorrogada da CtIDH em violações continuadas ou que não foram sanadas e na ocasião da inconveniência das leis de anistia), mas, prontamente, suscita suas normas quando acredita que o tratado irá servir de anteparo para sua interpretação das normas constitucionais.

Em Almonacid Arellano (2006), a CtIDH aproveitou a oportunidade para agregar a sua fundamentação acerca da incompatibilidade das leis de anistia com a CADH os argumentos de irretroatividade das leis criminais ausentes em Barrios Altos (2001).

⁶⁹¹ CDH, GC nº 31, 26/04/04, § 18 (*Furthermore, no official status justifies persons who may be accused of responsibility for such violations being held immune from legal responsibility. Other impediments to the establishment of legal responsibility should also be removed, such as the deference of obedience to superior orders or unreasonably short periods of statutory limitation in cases where such limitations are applicable*).

⁶⁹² *Nenhuma disposição do presente Pacto impedirá o julgamento ou a condenação de qualquer indivíduo por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, eram considerados delituosos de acordo com os princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade das nações.*

⁶⁹³ Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo, § 41; Caso Almonacid Arellano Vs. Chile, § 110 e Caso de la Masacre de La Rochela, § 294.

O assassinato como crime de lesa humanidade estaria, para a CtIDH, previsto pelo direito internacional desde o começo do século XX e alcançando seu maior desenvolvimento em meados do século passado. As seguintes normativas internacionais foram citadas pela CtIDH (Convenção de Haia sobre Leis e Costumes de Guerras Terrestres, Convenção IV; Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg e as Resoluções 2583 de 1969 e 3074 de 1973, da Assembleia Geral da ONU). Concluiu a corte interamericana que os crimes contra a humanidade independeriam da quantidade dos atos cometidos (o que poderia incluir um único assassinato), desde que fossem produzidos dentro de um contexto específico de ataques generalizados ou sistematizados contra setores da sociedade civil⁶⁹⁴.

Dessa forma, as violações de direitos humanos cometidas no período em que o país estava sob o domínio de governo autoritário (contexto específico de ataque generalizado e especializado) constituiriam crimes contra a humanidade, o que justificaria sua imprescritibilidade.

Além da defesa da imprescritibilidade com base em tratados internacionais de direitos humanos com força supralegal, o que os posicionaria acima das normas infraconstitucionais criminais que tratam da prescrição, poderíamos defender, também, na linha de Mazzuoli e Gomes (2011, p. 95-96) que os crimes cometidos pelos agentes da ditadura estariam incluídos na interpretação do art. 5º, XLIV, por configurarem ataques sistematizados contra a população por parte de grupos armados militares, na medida em que a referida norma receberia dos tratados internacionais a força de tornar imprescritíveis violações graves de direitos humanos.

A negação da imprescritibilidade dos crimes cometidos em situações excepcionais, que seriam, exatamente, aquelas que dão ensejo ao cometimento de crimes contra a humanidade (em nosso caso, ataques sistemáticos aos direitos humanos dos brasileiros subjugados à ditadura), além de ser interpretação amiga da impunidade, relega a norma internacional à completa inoperatividade: a imprescritibilidade é a maneira de assegurar que os responsáveis por tais crimes sejam julgados em qualquer tempo, especialmente se, há época do cometimento do crime, as contingências políticas e sociais do país não eram propícias para a condução dos processos criminais⁶⁹⁵.

⁶⁹⁴ Almonacid Arellano, §§ 93-99. O mesmo conjunto de normas internacionais e justificativas foi incorporado ao parecer do PGR na ADPF 320.

⁶⁹⁵ Deisy Ventura (2010, p. 217) defende argumento semelhante. Jan Hessbruegge (2012, p. 371-372) afirma que o CDH adota a tese de que os crimes contra a humanidade cometidos em ditaduras militares são imprescritíveis, também, porque as vítimas não podem mover nenhum tipo de recurso efetivo para trazer os responsáveis à justiça.

Como alertara o Min. Ayres Britto em discussões na ADPF 153, como sugerir a prescrição de crimes que nem sequer poderiam ser alvo de inquéritos policiais em razão da lei de anistia?⁶⁹⁶

4.2.6. O vínculo familiar das uniões homoafetivas: ADPF 132 e ADI 4277⁶⁹⁷

As ações, julgadas conjuntamente, tinham por objetivo atribuir interpretação conforme ao art. 1.723, do CC (“É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”), para incluir uniões estáveis homoafetivas como entidades familiares protegidas pelo Estado. Para o relator, Min. Ayres Britto, as uniões homoafetivas constituem um vínculo de caráter privado, sem perspectivas de se tornar uma empresa. Não é uma sociedade de fato ou econômica, mas afetiva.

Nos objetivos constitucionais (art. 3, IV), a primeira menção à palavra “sexo” é feita para estabelecer a diferença anatômica e fisiológica entre homens e mulheres, enquanto as duas tipologias principais de gênero humano (fato biológico). Tais normas constitucionais significam afirmar que o sexo da pessoa não pode ser um critério para estabelecer um *discrímén* (pelas pessoas ou pelo Estado).

Por outro lado, a Constituição silencia quanto às formas que a sexualidade será exercida pelos indivíduos. Seria uma norma geral negativa – o que não está proibido está permitido (art. 5º, II). Não dispõe sobre a possibilidade de simples não uso (absenteísmo sexual), uso singular (onanismo) ou mesmo a utilização de forma emparelhada (com pessoas do mesmo sexo, ou não). Portanto, a sexualidade estaria dentro da faixa do livre-arbítrio individual.

Tendo em vista que o sexo é uma questão que não pode ser dividida da pessoa, a proteção contra a discriminação abarca a dimensão sexual de como cada indivíduo exerce a modalidade do concreto emprego do aparelho sexual em sua vertente biológica (livre disposição da sexualidade). É algo intrínseco ao indivíduo e não pode ser discutido fora da sua dignidade. E diz respeito a aspectos da autonomia da vontade, exercido como elemento de

⁶⁹⁶ Nilo Batista (2010, p. 16), crítico ferrenho da imprescritibilidade, sustenta a passividade e a posição preguiçosa do legislador que recorre à imprescritibilidade de crimes. No caso da anistia, uma vez mais, é temerário falar em passividade ou preguiça, pois as ações penais que foram propostas no Judiciário, que poderiam suspender a prescrição, simplesmente não prosseguiram por conta da lei de anistia. Apesar de tratar do tema com justificativas políticas difusas, não podemos deixar de levar em consideração o paradigma da existência da imprescritibilidade de crimes pela CF/88 e pelo estatuto de Roma, reconhecido pela CF/88 (art. 5º, § 4).

⁶⁹⁷ Tribunal Pleno, Rel. Ayres Britto, DJe 14/10/11.

sua compostura anímica e psicofísica, na busca de sua plenitude existencial. A existência amorosa é parte importante da existência individual e da sua construção existencial, por essa razão não pode ser encarado como um fardo ou algo digno de discriminação. Por estar ligada à privacidade e intimidade, a sexualidade independe de regulação estatal ou de distinção entre as uniões estáveis (heterossexuais e homoafetivas).

Ao discorrer sobre a família na acepção constitucional, o relator pontua que seria uma complexa instituição social, não apenas uma forma jurídica objetiva. Sua principal característica é a afetividade e não, necessariamente, laços e aspectos sanguíneos. Em razão da natureza cultural e social do conceito de família, a Constituição não teria adotado nenhuma pré-compreensão acerca do tema.

Por fim, o ministro afirmou que o parágrafo 3º do artigo 226⁶⁹⁸ não poderia ser interpretado como norma que estaria relacionada com a vedação de uniões estáveis homoafetivas, mas como norma protetora das relações igualitárias entre as mulheres e homens enquanto membros das entidades familiares (direitos iguais dos cônjuges). O objetivo do parágrafo seria evitar traços e ranços patriarcais da sociedade, diminuindo a importância e o lugar da mulher nas relações conjugais heterossexuais. Apesar de a decisão operar por si mesma, o ministro considerou que ela não afastaria atuação congressual posterior⁶⁹⁹.

Os ministros que compuseram a maioria (Luiz Fux, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio, Celso de Mello) seguiram linha argumentativa semelhante a do voto do ministro relator, o que nos permite expor os pontos de concordância entre os ministros, assim como as fundamentações para a decisão de forma concisa: 1) a sexualidade dos indivíduos (a decisão sobre com quem formar relações amorosas) está dentro do direito fundamental à privacidade, campo que não pode ser regulamentado pelo Estado; 2) a Constituição, em nenhuma de suas normas, vedou a existência de uniões estáveis homoafetivas; 3) tendo em vista o caráter privado das orientações sexuais, a Constituição não poderia diferenciar as uniões homoafetivas das heterossexuais para fins de proteção (vedação de discriminação); 4) as entidades familiares protegidas constitucionalmente não são decorrentes, apenas, de laços familiares, mas decorrem da decisão íntima de formá-las e 5) a escolha dos indivíduos não está, tão somente, circunscrita à sua esfera de privacidade, mas constitui elemento indissociável da natureza do ser humano (dignidade humana).

⁶⁹⁸ Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

⁶⁹⁹ De forma, breve, os ministros que divergiram da maioria ou não reconheciam as uniões homoafetivas como uniões estáveis constitucionais (Ricardo Lewandovski e Gilmar Mendes) ou estabeleceram restrições quanto ao regime jurídico aplicado a elas (Cezar Peluso).

Para exemplificar o último ponto (5), os ministros utilizaram diversas formulações, mas com conteúdos semelhantes: plenitude existencial (Ayres Britto), projeto de vida (Luiz Fux e Marco Aurélio), escolha do modo de vida (Cármen Lúcia e Joaquim Barbosa) e direito à busca da felicidade (Celso de Mello)⁷⁰⁰.

A citação de precedente da CtIDH ocorre apenas no voto concorrente de Marco Aurélio. A utilização do julgado da corte interamericana não ocorreu em função de um caso faticamente semelhante ou de consequências jurídicas parecidas, mas por conta de uma construção jurisprudencial da corte interamericana: a noção de projeto de vida. Luiz Fux, apesar de utilizar a expressão, não buscou sua fundamentação na jurisprudência da CtIDH, apenas o ministro Marco Aurélio o fez.

De acordo com Marco Aurélio, a dignidade humana impede a funcionalização do indivíduo, ou seja, sua existência não serve ao cumprimento de um projeto de sociedade. Incube, portanto, a cada indivíduo formular as escolhas de vida que levarão ao desenvolvimento pleno de sua personalidade. Seu projeto de vida, por conseguinte, faz parte do conteúdo existencial da dignidade da pessoa humana. O ministro do STF cita o primeiro e principal precedente interamericano sobre a matéria (Loayza Tamayo), sua aplicação imediatamente posterior (Cantoral Benavides) e para ilustrar o argumento, cita o § 3º do voto concorrente de Cançado Trindade no caso *Gutiérrez Soler Vs. Colombia*⁷⁰¹. Por fim, concluiu o ministro que a dignidade humana requer a possibilidade de concretização de metas e projetos e, quando o Estado as obstaculiza, o indivíduo sofre uma espécie de dano existencial.

A construção do conceito de “projeto de vida” é considerada por Laurence Burgorgue-Larsen (2011, p. 229) como o mais original e inovador elemento da jurisprudência da corte interamericana⁷⁰². O conceito está relacionado, não apenas aos danos, mas às reparações a

⁷⁰⁰ Os ministros que formaram a maioria divergiram na interpretação do art. 226, § 3º. O relator considerou que seria norma que confirmaria a posição de igualdade de homens e mulheres nas relações conjugais. O Ministro Luiz Fux extrai da norma constitucional citada a mesma proteção conferida às uniões estáveis heterossexuais, em função do princípio da igualdade, dignidade humana (autonomia individual) e segurança jurídica. Cármen Lúcia discorda da interpretação do relator, ao sugerir que o objetivo da norma não era estabelecer a igualdade dos cônjuges, nem garantir idêntico direito às uniões homoafetivas, apesar de, igualmente, não veda-las. Joaquim Barbosa considera que a constitucionalidade das uniões homoafetivas não estava na norma em comento, que consagraria coroação constitucional da proteção de uniões heterossexuais não formalizadas pelo casamento, mas dos princípios da igualdade e dignidade humana. Celso de Mello compartilha de posição semelhante a de Barbosa.

⁷⁰¹ *Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia*. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132.

⁷⁰² Carlos Fernandez Sosserego (2002) arroga para si a criação do termo na década de 1950 em trabalho acadêmico, cuja publicação veio à lume somente na década de 1980. E, nesta mesma década, o autor afirma ter utilizado a expressão “dano ao projeto de vida”, como um dos principais danos que podem ser infligidos a alguém, porque são danos que não se limitam apenas ao aspecto físico da pessoa, mas a sua liberdade fenomênica. Héctor Ledesma Faúndez (2004, p. 840) além de concordar que o desenvolvimento do termo foi feito por Sosserego, afirma que foram os estudos do autor que fundamentaram o pedido da vítima em *Loayza Tamayo Vs. Perú* (1998).

serem realizadas que estão além da questão econômica (DONOSO, 2009, p. 52-53). Desenvolvido no contexto da reformulação da composição da corte no final dos anos 1990, o conceito de projeto de vida serviu como um dos pilares para a consolidação de formas não pecuniárias de reparações na CtIDH (ANTKOWIAK, 2008, p. 369-370).

Contudo, atualmente, a corte não devota seções específicas para discutir o ponto em suas sentenças (DONOSO, 2009, p. 53), além de não desenvolver mais seu conteúdo substancial (PASQUALUCCI, 2013, p. 246)⁷⁰³. E, mais importante, o dano ao projeto de vida não se caracteriza como categoria diferenciada e autônoma de dano imaterial⁷⁰⁴. Não obstante os problemas que a construção acarreta para o sistema de reparações da CtIDH, são seus contornos substanciais que nos interessam no momento.

A corte identificou a possibilidade de danos ao projeto de vida dos indivíduos em 1998, no caso Loayza Tamayo⁷⁰⁵. Em síntese, o projeto de vida abrange a realização integral da pessoa, incluindo suas circunstâncias, potencialidades e aspirações⁷⁰⁶. O projeto de vida de alguém se concretiza pela realização pessoal das opções de valor existencial que o indivíduo faz para conduzir sua vida (as opções são a garantia da liberdade) e cujo menoscabo reduz a liberdade⁷⁰⁷ e alteram o desenvolvimento individual⁷⁰⁸.

O desenvolvimento argumentativo de Marco Aurélio é muito próximo das formulações da CtIDH e a apropriação do conceito de projeto de vida pelo ministro da suprema corte brasileira, como não poderia deixar de sê-lo no controle abstrato, foca o aspecto substantivo do conceito, ao invés de suas consequências na reparação da violação. Portanto, o conceito é trabalhado como uma faceta do direito à liberdade individual que

⁷⁰³ Andrés Javier Rousset Siri (2011, p. 70-71) identifica a confusão na construção substantiva do termo e sua consequência nas medidas reparatórias envolvidas com sua violação (quantificação e forma de pagamento). A confusão na construção substantiva, ademais, acarreta dúvida quanto a sua autonomia (estaria incluída no dano moral imaterial?). Em nota de rodapé, Thomas Antkowiak (2008, p. 371), sugere, mas não desenvolve com maior profundidade, que a construção de violação do projeto de vida seria uma construção pretoriana envasada, pois beneficiaria profissionais de carreira (*professionals*) e os setores com maior educação (*educated sector*). Em Suárez Rosero Vs. Ecuador (1999), um funcionário de aeroporto foi submetido à prisão arbitrária por 4 anos e o conceito não foi lembrado, tendo ressurgido apenas em Cantoral Benavides Vs. Perú (2001, § 80), na prisão arbitrária de estudante universitário (ocasião em que a corte obrigou o Estado à ofertar bolsas de estudos para a vítima). Apesar de ter sido discutido em Gutiérrez Soler Vs. Colombia (2005, § 87-88), não foram ofertadas medidas educacionais (bolsas de estudos ou assistência vocacional) para o taxista.

⁷⁰⁴ *En casos anteriores, la Corte ha reconocido que puede existir un daño al proyecto de vida de una víctima de violaciones a sus derechos humanos. No obstante, este Tribunal ha establecido que la naturaleza compleja e íntegra del daño al “proyecto de vida” exige medidas de satisfacción y garantías de no repetición que van más allá de la esfera económica. En este sentido, la condena que se hace en otros puntos de la Sentencia contribuye a compensar a las víctimas del caso por sus daños materiales e inmateriales* (Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217, § 277).

⁷⁰⁵ Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42

⁷⁰⁶ *Idem*, § 147.

⁷⁰⁷ *Idem*, § 148.

⁷⁰⁸ *Idem*, § 150.

sugere a impossibilidade de interferência estatal nas escolhas existenciais e valorativas feitas pelos indivíduos no que diz respeito às formas e modos de vida a serem levados.

Os demais ministros trabalharam suas diferentes categorias (dignidade humana, plenitude existencial, direito à felicidade etc.) de forma semelhante a de Marco Aurélio. No entanto, é impossível afirmar com segurança que a construção da CtIDH exerceu alguma influência (apesar de ser bastante provável no caso de Fux) no STF, o que nos afasta de uma hipótese de diálogo deliberativo entre os precedentes.

A ideia de um direito a não discriminação baseado na proteção da livre escolha individual de formas de levar a própria vida e da natureza existencial da escolha, o que inclui a escolha de parceiros sexuais e da orientação sexual, tal como construído pelo STF nos casos analisados, foi utilizada pela CtIDH no caso *Atala Riffo* (2012), apesar de a decisão interamericana não citar a jurisprudência do STF, mas decisão da Suprema Corte mexicana anterior a do STF⁷⁰⁹.

Para a CtIDH a orientação sexual está ligada à possibilidade de autodeterminação do ser humano, enquanto liberdade de opções e circunstâncias que dão sentido à própria existência, o que significa que ela não se limita apenas à condição de ser homossexual, mas a sua expressão e as consequências da escolha necessárias ao projeto de vida⁷¹⁰. Ademais, a corte constatou que a CADH não estipula um conceito específico de família, ou protege um modelo “tradicional” do instituto, que não está reduzido ao matrimônio e deve alcançar outros laços familiares de fato⁷¹¹.

A similitude entre as construções da CtIDH e do STF demonstram o que poderia ser considerado como uma interpretação *pro homine* com base em uma interpretação evolutiva da CADH, que leva em consideração a produção constitucional do continente. A corte interamericana desenvolveu sua argumentação em *Atala Riffo*, da mesma forma que cortes constitucionais o fizeram, elaborando a construção dos direitos convencionais de acordo com as justificativas presentes nos precedentes internos. E, como reforçado no capítulo anterior, não poderíamos questionar a legitimidade a decisão da corte interamericana apenas porque não desenvolveu o precedente brasileiro, porquanto a citação da ADPF 132 não alteraria, epistemologicamente, o valor da avaliação feita sobre o tema nos outros países do continente.

⁷⁰⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, *Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010*, 16 de agosto de 2010.

⁷¹⁰ *Atala Riffo v Chile*, § 136.

⁷¹¹ *Idem*, § 142.

4.2.7. O direito ao duplo grau de jurisdição na Constituição de 1988: AP 470/MG⁷¹²

Nenhum julgado criminal causou tamanho rebuliço na sociedade brasileira quanto o caso, popularmente, denominado de “mensalão”. A possibilidade concreta de condenação criminal pelo STF (fato pouco usual) e a participação de políticos e figuras centrais do partido do governo serviram para colocar o tribunal no centro das atenções das principais páginas dos jornais e periódicos nacionais, bem como nas conversas informais dos brasileiros.

A ação penal originária tinha como foco a investigação de esquema de corrupção de parlamentares, que recebiam valores provenientes de outros crimes para que votassem no sentido da aprovação de políticas favoráveis ao governo. A grande quantidade de réus (mais de trinta) e suas diferentes condições (detentores e não detentores de prerrogativa de foro por função) foram determinantes para que o STF reavaliasse a polêmica da previsão ou não da garantia do duplo grau de jurisdição na Constituição de 1988 e sua relação com a previsão normativa da CADH (art. 8º, 2, *h*).

Por essa razão, a primeira questão de ordem suscitada no julgamento de mérito do caso visava discutir a possibilidade de os réus que não dispunham de prerrogativa de foro pudessem ser julgados por juízes de primeiro grau para que gozassem do duplo grau de jurisdição. Para tanto, questionaram a conexão presente no CPP que atraiu a competência do julgado para o STF, por conta da presença de membros do Congresso Nacional.

O relator do caso, Ministro Joaquim Barbosa, indeferiu o pleito de maneira sucinta e direta por compreender que o ponto já houvera sido debatido em fase de inquérito e, portanto, precluído. Como base jurídica, apenas fez menção à Súmula 704 (Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados).

Ricardo Lewandowski, revisor da ação penal, deferiu o desmembramento ao defender que o plenário reanalisasse a viabilidade da atração de pessoas diversas daquelas expressamente delimitadas pela Constituição realizada através de legislações inferiores (art. 78, III, do CPP). O ministro questionou a legitimidade da prorrogação legal da competência em casos de expressas disposições constitucionais – a conexão apenas poderia ocorrer no juízo comum ou em tribunais inferiores em sentido horizontal.

Como consequência da inconstitucionalidade da atração legal vertical, o ministro ponderou que, no caso, haveria violação do juiz natural dos acusados não congressistas e

⁷¹² QO de na AP 470, DJ 22/04/2013, Rel. Joaquim Barbosa e 26º AgR na AP 470, DJ 17/02/2014, Rel. Roberto Barroso.

acresceu que haveria, igualmente, a violação da garantia ao duplo grau de jurisdição daqueles réus. Para o revisor, o princípio do duplo grau estaria implícito na CF/88 (art. 5º, incs. LIV e LV e na estrutura constitucional judicial que prevê recursos aos tribunais superiores) e na CADH, que possui assento constitucional, ou, no mínimo, em razão de sua supralegalidade, teria derogado o CPP no ponto.

Para o ministro, apenas em situações excepcionais o princípio poderia ser afastado: nas situações em que a Constituição tenha ponderado que o valor, garantia de julgados isentos de pressões espúrias, justificasse o foro privilegiado para detentores de certos cargos públicos de maior relevo, afetando seus julgamentos à competência originária ao STF. Lewandowski desenvolveu o conteúdo do direito ao duplo grau da seguinte maneira: caracterizar-se-ia como salutar reexame dos autos por instâncias jurisdicionais distintas. Por fim, ao reafirmar que a conexão do CPP estaria furtando dos réus comuns o direito ao duplo grau, sugeriu que, mesmo que o tribunal estivesse composto por pessoas de notável conhecimento jurídico, seus membros não estariam isentos de falhas.

A maioria do tribunal seguiu o voto do relator, mas enfrentou a questão do duplo grau e sua relação com a previsão convencional.

Dias Toffoli e Gilmar Mendes partiram de premissas semelhantes para tratar da relação entre a Constituição e a CADH: a Constituição prevaleceria sobre a CADH. Nesse sentido, Toffoli, ao reiterar as mesmas fundamentações de Pertence no HC 79.785, afirmou que o critério para solução de antinomias entre as normas (Constituição e Convenção) deveria ser extraído, pelo juiz brasileiro, da própria Constituição que jurou defender. Ademais, o princípio não poderia ser garantido no STF em função da sua posição de culminância. Gilmar Mendes afirmou que o princípio do duplo grau deveria ajustar-se às competências da corte de último grau e afirmou que sua conclusão teria sido reconhecida pelos sistemas europeus e interamericanos, mas não citou fontes ou mesmo que sistemas seriam esses. Supomos que o ministro esteja referindo-se aos sistemas de proteção internacional de direitos humanos.

O voto de Celso de Mello buscou via mais conciliatória: ao invés de afirmar a superioridade da Constituição em face da Convenção Americana, o ministro sugeriu que ambas as normas abarcariam a exceção ao direito não absoluto do duplo grau. Da parte da Constituição, citou voto de Sepúlveda Pertence no HC 79.785 e, por outro lado, defendeu a exceção na CADH ao citar indiretamente excerto de livro de Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli (2008), afirmando que não haveria violação da convenção em hipóteses de julgamentos originários em órgãos de última instância. No entanto, apesar de sugerir que a CADH acolheria a exceção ao duplo grau, ponderou que os embargos infringentes previstos

no regimento intento do tribunal permitiriam a concretização no âmbito do STF o postulado do duplo reexame consagrado na CADH.

Após a condenação, por maioria, alguns réus questionaram a possibilidade de serem interpostos embargos infringentes ao plenário para reanálise do ponto foco de divergência. Em Agravo Regimental, o tribunal discutiu a recepção ou não do recurso pela CF/88 e sua manutenção ou revogação pela lei 8.038/90.

Na ocasião, o STF discorreu sobre o tema da manutenção ou não dos embargos com base em duas ordens de argumentos: a) *formais*: agrupamento de argumentos que giravam em torno da manutenção (ou não) dos embargos fundamentado na revogação, derrogação, regulação (in) compatível com o Regimento Interno do STF, incompatibilidade do recurso com as competências legislativas do Poder Judiciário etc; e b) *materiais*: argumentos baseados na garantia (ou não) do duplo grau de jurisdição.

A distinção, embora criticável, pois as posições formais não estão dissociadas de elementos substantivos (as discussões entre os ministros, em verdade, estão fundadas em diferentes concepções de direito) foi realizada para demarcar com mais clareza a independência entre os argumentos nos votos dos ministros, pois um ministro poderia argumentar pela revogação legislativa do recurso, mas defender sua aplicação como correspondente concretização de direitos humanos. Por outro lado, mesmo que um ministro reconheça a vigência dos embargos, não necessariamente, quer dizer que concorde que o recurso represente manifestação do duplo grau no âmbito do STF.

O Relator, Joaquim Barbosa, decidiu pela insubsistência dos embargos infringentes de acordo com os seguintes argumentos de ordem formal: 1) perda da competência legislativa do STF para regulamentar processo civil, em face da CF/88; 2) as constantes alterações administrativas do regimento demonstrariam que, apesar de sua recepção como lei ordinária, o recurso poderia ter sido revogado mediante emenda do tribunal; 3) a lei 8.038/90, ao não prever os embargos como recurso ao STF, teria regulado a questão de maneira abrangente (ao regular o assunto completamente, operou a revogação do recurso); e 4) a ADI 1591 teria abolido os embargos infringentes previstos no art. 333 para as ações de controle abstrato.

Quando tratou da relação do recurso com o duplo grau, o ministro afastou sua incidência no caso ao afirmar que as características do recurso em análise (devolução da análise para o mesmo órgão que sentenciou) seriam incompatíveis com aquele princípio. A razão do duplo grau seria revisar decisões de órgãos fracionários distintos do órgão julgador, o que impediria seu cabimento no caso de ações originárias (HC 72.465). O relator tratou da

CADH referindo-se ao voto do ministro Celso de Mello na AP 470, reforçando que a jurisprudência da CtIDH teria excepcionado a regulamentação do duplo grau.

Luís Roberto Barroso abriu divergência ao sustentar a manutenção dos embargos infringentes com base nos seguintes argumentos de natureza formal: 1) as diversas alterações regimentais mantiveram o recurso; 2) inúmeros precedentes do tribunal discutiram o âmbito de aplicação da norma, sem que tenha sido sugerida sua revogação (decisões que tinham como pressuposto sua vigência em discussões laterais nos casos citados pelo ministro); 3) os debates legislativos não demonstravam a intenção de alterar ou revogar o recurso, pelo contrário, afirmavam plena vigência dos embargos (decisão política do Legislativo de manter o recurso); e 4) a lei 8.038/90 não revogou o RI por tratar de bloco normativo diferenciado (a lei dispunha sobre AP originária, e não recursos).

Sobre o argumento do duplo grau, sustentou que o STF reconheceu a inexistência de um direito constitucional ao reexame da decisão por uma instância superior e considerou que o tema não seria importante para o julgado, porque os embargos infringentes não garantiriam um reexame da matéria por instância diversa.

Teori Zavascki trouxe a jurisprudência da CtIDH de maneira direta, ao lembrar seus precedentes, não limitando-se à citações indiretas de autores que teriam interpretado o tema ou afirmado a posição da corte interamericana sem indicar os precedentes. Do ponto de vista dos argumentos formais, reproduziu os mesmos pontos do voto divergente de Barroso. No último ponto de seu voto, Zavascki salientou que o reconhecimento da recorribilidade das sentenças condenatórias proferidas em ações penais originárias seria a interpretação que melhor se harmonizaria à proteção consagrada no artigo 8.2,h da CADH. Antes de transcrever o parágrafo 92 do caso Mohamed vs. Argentina (2012), ponderou que a garantia seria tamanha, que a CtIDH teria decidido pelo cabimento de recursos até mesmo em casos em que a condenação penal tenha sido imposta por um tribunal, provocado por recurso contra sentença absolutória anterior. Em declarações laterais ao final do voto, afirmou que a decisão seria uma importante lição para que alterações constitucionais fossem feitas no sentido de eliminar ou reduzir as inúmeras hipóteses de competência de foro por prerrogativa de função perante o Supremo Tribunal Federal.

Rosa Weber votou no mesmo sentido de Barroso no âmbito formal e reforçou que suas justificativas independeriam do argumento do duplo grau baseado na CADH, porque os embargos infringentes não cumpririam os requisitos da garantia constitucional. Caso fossem reflexo da garantia, a hipótese de cabimento dos infringentes não seria compatível com ela, pois deveria ser independente da existência de votos vencidos e deveria ser mais amplo em

seu conhecimento. Relembrando o voto de Pertence no HC 79.785, considerou que a eficácia da garantia constitucional dependeria de dois pressupostos: a) reexame integral da sentença de primeiro grau; e b) reexame confiado a órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária. Tendo como base o voto de Celso de Mello na QO na AP 470, afirmou que a competência originária de um tribunal seria exceção legítima ao duplo grau.

Dessa forma, os embargos infringentes seriam um pedido de reconsideração da causa, que reforçaria as garantias do devido processo legal e das obrigações internacionais, pois o julgamento pela instância máxima do Poder Judiciário, em composição Plena, forneceria aos réus as garantias necessárias do devido processo. O reexame proporcionado pelos embargos infringentes, quando desafiado em função de condenação por um quórum qualificado de dúvida razoável, integraria a conformação normativa do direito fundamental da ampla defesa, com todos os recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, da CF).

Luiz Fux reproduziu os argumentos do relator no que tange aos argumentos formais desfavoráveis à manutenção dos embargos. Em seguida, afastou o argumento de que o cabimento dos embargos seria uma decorrência do duplo grau, pois não lhes satisfazem os pressupostos de: 1) reforçar a atenção do julgador que sabe que sua decisão poderá ser submetida ao crivo de órgão superior; 2) razoabilidade de oferecer um julgado por outrem diverso da primeira análise; e 3) submissão do julgado a órgão formado por um número maior de magistrados mais experientes.

Ademais, ponderou o ministro que a possibilidade de o STF equivocar-se em seu exame e reexame em nada diferiria da possibilidade de os juízes de primeiro grau decidirem de forma equivocada. Amparado no HC 79.785, defendeu que não haveria um direito fundamental ao duplo grau de jurisdição (pois a Constituição estabeleceu competências originárias ao STF). Acrescentou que os embargos infringentes, em linha argumentativa semelhante a de Weber, não seriam suficientes para concretizar a garantia do duplo grau (recurso voltado ao mesmo órgão jurisdicional, restrito à hipótese de dissidência mínima de quatro votos no julgamento e limitado à matéria em que houve divergência).

O ministro defendeu a inaplicabilidade do precedente Barreto Leiva (2009) da CtIDH pelas seguintes razões: a) a corte interamericana decidiu pela convencionalidade do foro por prerrogativa de função e da conexão legal; b) o caso na corte supranacional lidou com inúmeras outras violações ausentes no julgado do STF - inobservância dos direitos à comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada (art. 8º, 2, 'b'), à concessão do tempo e dos meios necessários à preparação da defesa (art. 8º, 2, 'c'), à possibilidade de o acusado ser assistido por um defensor de sua escolha (art. 8º, 2, 'd'); e c) tendo em vista que o

direito ao duplo grau construído pela CtIDH garantiria ao acusado o recurso em tribunais de última instância, funcionando um órgão fracionário como primeiro grau e o plenário, excluídos os ministros que julgaram o caso anteriormente, como órgão de reexame, nem mesmo os embargos infringentes seriam suficientes para atender aos reclames dos agravantes.

Como consequência do último ponto, Fux salienta que acolher o precedente da CtIDH significaria declarar a nulidade de normas regimentais do STF que conferem ao plenário o julgamento de ações criminais.

Lewandowski votou pelo cabimento dos embargos reproduzindo os mesmos argumentos de ordem formal da divergência e acrescentou que o recurso representaria a conformação ao princípio da pluralidade de graus jurisdicionais, que permitiria ao STF exercer a oportunidade de corrigir erros de fato ou de direito em suas decisões de natureza penal, com vistas a garantir a liberdade da pessoa. Ademais, o princípio estaria implícito em nossa Constituição e reforçado pela opção do Estado Democrático de valorização da dignidade humana. Por fim, cita Barreto Leiva (2009) indiretamente, ao transcrever trecho do artigo de Luiz Flávio Gomes sobre o julgado, cujo conteúdo apenas sumariza as conclusões da corte acerca da garantia do recurso em condenações criminais em tribunais de última instância.

Gilmar Mendes votou com o relator e sufragou as mesmas teses no plano formal. Mendes afastou o argumento do cabimento dos embargos como efetivação do duplo grau previsto pela CADH sugerindo que, ao mencionar “juiz ou tribunal superior”, a convenção teria realizado distinção hierárquica entre o juízo *a quo* e o *ad quem*, portanto, o tratado não se aplicaria à hipótese, porque o STF funcionaria como tribunal último da estrutura judiciária. Lembrou que a natureza supralegal dos tratados implica em sua subordinação à Constituição e, por essa razão, devem adequar-se a ela e não o contrário - as competências constitucionais não devem amoldar-se à CADH⁷¹³.

Para o ministro, o foro por prerrogativa de função seria uma garantia adicional à proteção prevista na CADH, pois asseguraria o exame isento e equidistante de ações penais originárias, de modo a evitar indevidas influências e direcionamentos. Concluiu o ministro que os embargos não cumpririam os requisitos do duplo grau explicitados pelo tribunal no julgado do HC 79.785 (reexame integral da sentença de primeiro grau e esse reexame confiado à órgão diverso e de hierarquia superior).

⁷¹³ Note-se que o argumento aqui é diametralmente oposto ao defendido pelo mesmo ministro no RE 466.343/SP, pois, caso a lógica do voto fosse a mesma naquela ocasião, a ausência da estipulação da prisão do depositário infiel da CADH deveria subordinar-se à expressa previsão constitucional.

Celso de Mello aderiu às formulações de Barroso quanto ao aspecto formal da manutenção dos embargos. No entanto, aprofundou a relação do processo penal e a garantia do duplo grau ao defender o processo como ferramenta instrumental de garantia dos direitos dos réus, o que incluiria todos os recursos inerentes à sua defesa. O processo, igualmente, serviria para limitar e conter a ação do poder estatal.

De acordo com o ministro, o direito ao recurso estaria inserido na garantia ao devido processo legal (plausibilidade do reexame em condenações por maioria). Contudo, ao analisar as disposições da CADH, afirma que os embargos configurariam concretização insuficiente das normas internacionais de proteção judicial efetiva, porquanto garantiria apenas o duplo reexame. O ministro sugeriu que a insuficiência do recurso brasileiro com relação ao padrão interamericano decorria da necessidade de garantir-se o duplo grau mesmo em condenações originárias por órgãos de última instância. Em seguida, o ministro, uma vez mais, citou Barreto Leiva (2009), ao transcrever artigo de Luis Flávio Gomes e Valério Mazzuoli, para reafirmar sua argumentação. Por fim, sustentou a divergência de quatro votos como pressuposto de cabimento do recurso, pois afastaria a arbitrariedade de sua utilização, representaria a maioria de uma turma do STF e demonstraria a plausibilidade dos argumentos dos réus.

Celso de Mello justificou a utilização do padrão interamericano pelo Brasil (ainda que a adesão seja incompleta) com base nos seguintes argumentos: 1) comprometimento, voluntário e após soberana deliberação, do Estado brasileiro de cumprir as decisões da CtIDH baseado no *pacta sunt servanda*, após o formal reconhecimento da competência contenciosa da corte (Decreto nº 4.463/2002); e 2) porque o reconhecimento da competência e obrigação de cumprimento das decisões legitimaria o exercício do controle de convencionalidade por parte da CtIDH (adequação aos princípios, direitos e garantias da CADH).

Os demais ministros que apresentaram votos concorrentes (Toffoli, Cármen Lúcia e Marco Aurélio) limitaram-se aos argumentos de natureza formal. Marco Aurélio e Cármen Lúcia com o relator e Toffoli, com a divergência.

Antes de aprofundar a discussão ao trazer os precedentes da CtIDH, faremos algumas considerações acerca de um possível diálogo com seus precedentes e a fundamentação do STF nos casos analisados.

No julgamento da QO na AP 470, às vésperas, portanto, do julgamento do mérito de processo que durou mais de quatro anos em instrução, não foram citados os precedentes da corte interamericana acerca do duplo grau de jurisdição, apesar de aparecerem pouco tempo depois nos agravos. As razões pela escolha de citar os precedentes apenas no caso dos agravos

poderiam ser justificadas pela inclinação do tribunal em decidir, com rapidez, a ação penal e a existência de inúmeros precedentes do STF contrários à pretensão dos réus. Pois, se corretamente interpretado, o caso Barreto Leiva (2009) poderia ter servido de subsídio na QO para manutenção do julgamento dos réus atraídos pela conexão, no entanto, os ministros preferiram argumentar pela não garantia do duplo grau.

O status supralegal da CADH exigiria do tribunal a reavaliação de seus precedentes acerca do duplo como princípio constitucional, da mesma forma como fizera com o tema da prisão do depositário infiel. Na QO, a maioria do tribunal não se aprofundou na discussão acerca da posição constitucional ou não da garantia do duplo grau, porque a peculiar situação do foro originário no STF permitiu que os ministros contornassem a discussão afirmando que o princípio, no mínimo, não teria aplicabilidade nos órgãos de última instância do Judiciário em julgamentos originários. Curioso perceber que os ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello afirmaram que o sistema interamericano acolheria a exceção descrita; contudo, os ministros ou apenas sustentaram sua posição de maneira genérica, sem especificar a fonte, ou transcreverem trecho de livro, presumindo a correção da interpretação dos autores do livro quanto aos precedentes internacionais. Como será visto, à época do julgamento, a CtIDH já havia construído jurisprudência que contrariava a afirmação dos ministros.

Não obstante a maioria do tribunal no julgamento dos agravos ter defendido o cabimento dos embargos infringentes, não podemos afirmar que o fizeram com base no argumento do duplo grau como princípio constitucional, no impacto da supralegalidade da CADH ou na persuasão dos precedentes da CtIDH. Dos votos majoritários, apenas os ministros Zavascki, Lewandowski e Celso de Mello defenderam os embargos com base nos argumentos materiais acima elencados, enquanto Barroso e Rosa Weber negaram a existência da garantia constitucional e Toffoli omitiu-se sobre o ponto no agravo, mas defendeu a inexistência do direito na QO na AP 470.

Se focarmos nossa atenção apenas para a posição do tribunal sobre a inclusão da garantia do duplo grau, excluindo a problemática dos embargos, poderíamos acrescentar que Luiz Fux e Marco Aurélio também negaram sede constitucional ao duplo grau. Dessa forma, se não podemos afirmar com clareza a posição institucional do tribunal quanto à rejeição da garantia (não seria correto afirmar que os demais ministros negaram natureza constitucional ao direito, quando sustentavam que ele comportaria exceções), também não é correto afirmar que a CADH tenha contribuído significativamente para a discussão, tendo em vista que os mesmos argumentos de Sepúlveda Pertence no HC 79.785 foram reproduzidos, ao contrário do que observado no RE 466.343/SP em relação aos argumentos debatidos no HC 72.131/RJ.

Quanto à interpretação dos precedentes da CtIDH nos agravos, análise individual dos ministros será necessária, dada as diversas abordagens presentes nos votos.

Teori Zavascki lembrou o caso mais recente, à época, da CtIDH (Mohamed vs Argentina) para reforçar que o conteúdo do direito incluiria até mesmo o recurso em casos de condenação em segundo grau decorrente de absolvição em primeira instância e sugeriu a supressão ou diminuição constitucional das competências criminais originárias do STF. O precedente interamericano não foi contextualizado, nem mesmo sabemos por que o ministro não lembrou dos casos interamericanos anteriores e, da mesma forma que Fux, não se preocupou com os fundamentos da decisão interamericana, apenas com o que considerou como uma de suas consequências (exclusão ou limitação do foro por prerrogativa de função no STF). Caso analisasse com mais atenção os precedentes, não teria defendido reformas constitucionais (o foro privilegiado não viola a CADH), mas alterações regimentais no âmbito administrativo.

Fux, por outro lado, parece ter compreendido melhor as consequências do precedente Barreto Leiva, mas, curiosamente, defendeu que não poderia ser aplicado, pois implicaria em revogação de normas regimentais do STF que regulavam o julgamento dos embargos. Não precisamos lembrar o leitor de que os tratados internacionais são supralegais. Não bastasse a fragilidade do primeiro argumento, o ministro reconheceu que os embargos infringentes não cumpriram as exigências da CtIDH para concretizar o art. 8.2, *h*, mas, ao invés de argumentar um possível rearranjo no procedimento do recurso (para adequá-lo às disposições do precedente), simplesmente concluiu pela incompatibilidade dos embargos com o padrão convencional e conseqüente afastamento do precedente para a jurisdição constitucional brasileira.

Lewandowski e Celso de Mello são exemplos mais complexos de analisar por instaurarem problemática metodologia de citação dos precedentes da corte interamericana, a citação indireta. Ambos citaram Barreto Leiva através de trabalho acadêmico que, supostamente, teria analisado os precedentes da corte interamericana⁷¹⁴. Não negamos a importância de trabalhos sérios que discutem os precedentes da CtIDH de maneira responsável e que contribuiriam enormemente para as fundamentações do STF, contudo, a referida metódica turva a distinção entre a citação de trabalhos acadêmicos, da citação de um precedente judicial no corpo do voto dos ministros. Colocando em outros termos, haveria

⁷¹⁴ Não custa lembrar que o ministro Celso de Mello citou os mesmos autores para afirmar que o sistema interamericano comportava exceção ao princípio do duplo grau de jurisdição.

diálogo entre precedentes caso os ministros citassem trabalho acadêmico inspirado em construção substantiva dos precedentes da CtIDH?

De acordo com as premissas do trabalho a resposta seria negativa, porquanto há significativa diferença entre a citação de um artigo acadêmico e a deliberação plenária acerca do conteúdo do direito humano formulado por outra corte, o que exige dos ministros rigores interpretativos, como fora descrito mais acima (não seria diálogo a mera influência por uma leitura equivocada do precedente)⁷¹⁵. Portanto, os pressupostos da busca da interpretação mais protetiva pela instituição nacional não seria atingida pela citação de trabalhos acadêmicos que tenham debatido o precedente da CtIDH; os últimos são importantes meios para uma melhor compreensão do conteúdo das decisões da corte supranacional, mas não substituem a deliberação colegiada.

Feitas essas considerações, podemos concluir que no caso não houve diálogo entre o STF e a CtIDH

a) Seria o duplo grau de jurisdição uma garantia constitucional? A análise dos precedentes do STF.

Tanto na QO, quanto no Agravo, as razões de decidir de precedente do STF formulado antes da decisão acerca da supralegalidade permearam os votos de quase todos os ministros. No HC 79.785 o tribunal, por maioria, sufragou voto de Sepúlveda Pertence, que negou status constitucional ao duplo grau. A força dos fundamentos do relator foi tamanha, que nos casos analisados acima, alguns ministros simplesmente reproduziram trechos significativos do voto de Pertence naquela ocasião. Nada mais justo que analisemos os fundamentos desenvolvidos por Pertence, dada sua influência no posicionamento do tribunal.

Os fatos do caso são os seguintes: a paciente fora condenada em processo de competência originária do TJRJ, já que figurava como corréu Juiz de Direito. Dessa forma, foi julgada pelo tribunal por atração do foro privilegiado do corréu. Após sua condenação, a defesa interpôs recurso inominado para o STJ, indeferido liminarmente.

Para o ministro do STF no HC 79.785, a Constituição teria afastado a incidência material do duplo grau de jurisdição nos casos em que tenha excepcionado as competências originárias dos Tribunais para julgar como instância ordinária única. Em função do caráter

⁷¹⁵ Nessas ocasiões, há um grave risco de que as referidas citações confundam-se com diletantismo dos ministros, especialmente quando se limitam a reproduzir um trecho da linguagem da decisão que não afeta na exatidão de sua própria conclusão constitucional (SITARAMAN, 2009, p. 664).

condicional do princípio, a Constituição permitiria à lei ordinária estabelecer, nos casos em que lhe aprovar, as exceções acima tendo por finalidade a segurança e a presteza jurisdicional. Concluiu que, quando não o afasta ela mesma, a Constituição não garante o duplo grau. Não seria, portanto, um princípio constitucional, pois seria impossível assegurar o cumprimento das seguintes características nos julgamentos originários: 1) reexame integral da sentença de primeiro grau e 2) reexame por órgão diverso e hierarquicamente superior.

Considerou que nem mesmo os recursos extraordinários em sentido lato cumpriram as premissas do duplo grau, pois seriam de devolução circunscrita aos elementos estabelecidos pela Constituição. Ao analisar a CADH, ponderou que o tratado internacional estipularia o duplo grau e não a garantia menos exigente do duplo reexame (reexame pelo mesmo órgão), que, igualmente, não seria garantia constitucional. Após reconhecer antinomia entre a CADH e a CF/88, concluiu que garantir o duplo grau apenas poderia ser realizado caso o tratado fosse considerado como constitucional, o que estaria vedado ao juiz, pois sua legitimidade judicial é extraída da Constituição.

Em discussão com Carlos Velloso, que considerava que o duplo grau seria direito fundamental inserido pela CADH (estatuta constitucional do tratado) e deferia o pedido de recurso inominado, Sepúlveda Pertence, contra-argumentou Velloso da seguinte forma: caso fosse reconhecido o direito ao duplo grau instaurado pela CADH, a garantia não deveria ser, igualmente, interpretada de acordo com a organização judiciária e sistemática recursal estabelecida pela Constituição? Defender o recurso ordinário seria atribuir à CADH força superior à CF/88.

A 2ª turma⁷¹⁶, alguns anos antes do mensalão ter sido julgado pelo plenário, conduzida pelo voto de Joaquim Barbosa aderiu à contra-argumentação de Sepúlveda Pertence, ao postular que, ainda que o § 3º do art. 5º tenha elevado a CADH ao caráter de emenda constitucional, isso não significou que tenha criado, concomitantemente, uma nova espécie de recurso ordinário. Concluiu que o duplo grau não seria garantia absoluta, apesar de constitucional. Tendo em vista que apenas seria duplo grau caso o recurso fosse dirigido a órgão hierarquicamente superior, as garantias sofreriam as limitações inerentes às construções institucionais da própria estrutura constitucional.

O argumento do tribunal parece incoerente quando lembramos a situação da prescrição da Convenção acerca da prisão por dívidas. Relembrando o desenvolvido capítulos atrás, a interpretação que o STF fez da CADH interferiu no conteúdo das normas constitucionais, ao ponto de excluir uma hipótese de prisão por dívida expressa no texto constitucional, por meio

⁷¹⁶ AI no AgR/SP 601.832/SP, 2ª Turma, DJe 02/04/2009.

da interferência de um tratado internacional de direitos humanos. No caso do duplo grau, contudo, mesmo após a decisão da supralegalidade, o tribunal manteve a mesma posição de antes, dando a entender que a alteração da posição da CADH no ordenamento jurídico seria indiferente para alterar as exceções constitucionais ao duplo grau (fator institucional). A incoerência está em não reconhecer, ao menos, que a mesma influência do tratado na situação da prisão por dívidas poderia ter ocorrido com a garantia do duplo grau, pois o tribunal poderia ter argumentado naquela ocasião que o status supralegal (ou mesmo constitucional) da CADH não seria suficiente para afastar a disposição constitucional expressa acerca da prisão do depositário infiel, pois deveria ser interpretada em conformidade com o texto magno.

No julgado da QO e dos Agravos na AP 470, mesmo os ministros que reconheceram o duplo grau como garantia constitucional (Lewandowski e Celso de Mello) não se ocuparam em desenvolver de forma substancial o conteúdo da garantia. A análise do conteúdo da garantia é de capital importância para sua conformação institucional e para identificar as contribuições da jurisprudência interamericana para o direito nacional. Por exemplo, caso a conformação procedimental da garantia seja considerada de acordo com requisitos elencados por Pertence no HC 79.785 e repisadas pela maioria do tribunal nos casos analisados, nossa Constituição nunca irá dar guarida ao princípio em julgados de competência originária. Contudo, a depender do fundamento material do princípio, rearranjos procedimentais poderiam dar-lhe concretude sem a necessidade de emendas constitucionais.

Das poucas linhas gastas pelos ministros para tentar compreender o significado do duplo grau de jurisdição em processos criminais, não é possível extrair uma linha coerente de argumentos, apenas rascunhos, mas que, todavia, ofereceram importante indício acerca do conteúdo da garantia. Especialmente quando os ministros relacionavam o postulado procedimental do duplo grau com outras garantias criminais importantes de cunho substancial.

Lewandowski ponderou que seria importante assegurar o reexame da análise por instâncias jurisdicionais distintas, pois o STF também poderia errar em seu julgamento. Dessa forma, o recurso representaria a possibilidade de correção de erros dos julgados do STF, com base na garantia da liberdade e dignidade da pessoa humana. Celso de Mello, por sua vez, afirmou que a garantia em análise seria a de um duplo reexame (característica atendida pelos embargos), como corolário do direito à ampla defesa e do devido processo legal.

b) O que o STF poderia ter aprendido com a jurisprudência da CtIDH: a CADH prevê o duplo grau ou apenas um duplo reexame?

Embora tenha tecido breves comentários acerca da garantia do direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior (art. 8.2, *h*) em Castillo Petruzzi (nº 52, 1999)⁷¹⁷, foi apenas no caso Herrera Ulloa (2004) que a CtIDH aprofundou a discussão acerca dos contornos do direito.

Segundo a CtIDH, o direito de recorrer estaria inserido na ideia de devido processo legal, possibilitando ao réu que sentença adversa possa ser revista por juiz distinto e de hierarquia orgânica superior. Acerca das características do recurso, a corte interamericana salientou que o mesmo deveria ser proposto antes do trânsito em julgado da decisão, para que possíveis erros e vícios causadores de prejuízos pudessem ser revistos. Ademais, o órgão superior deverá reunir as qualidades necessárias para que tenha amplo poder de revisão da decisão. Portanto, o recurso (ordinário) deve ser efetivo em sua função de devolução e de revisão de decisões contrárias ao direito, independentemente do procedimento adotado pelo país⁷¹⁸.

Em Barreto Leiva (2009), a CtIDH refinou as justificativas substantivas do direito convencional ao sustentar que o direito de recorrer seria garantia da pessoa instituído para evitar injustiças e a perpetuação de violações dos direitos convencionais. O recurso, igualmente, atribuiria maior segurança ao réu e maior credibilidade ao ato jurisdicional⁷¹⁹. Em Mohamed vs Argentina (2012), a garantia do duplo grau foi testada quando o recurso ordinário foi garantido à pessoa cuja condenação ocorreu no tribunal de revisão. Para justificar o cabimento de outro recurso ordinário para uma “terceira” instância, a CtIDH sustentou que as garantias judiciais impedem que as pessoas processadas criminalmente sejam submetidas à decisões arbitrárias. Dessa forma, o recurso deveria ser garantido em casos de condenação, por ser manifestação do exercício do poder punitivo do Estado⁷²⁰. E, por fim, em caso mais recente (Liakat Ali Alibux Vs. Suriname)⁷²¹, a CtIDH reforçou a necessidade do direito ao recurso nos julgados nos tribunais de última instância porque a decisão de órgãos superiores não poderia arvorar-se a ser isenta de erros.

⁷¹⁷ Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, § 161.

⁷¹⁸ Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, nº 107, §§ 158-165.

⁷¹⁹ Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, nº 206, §§ 88-89.

⁷²⁰ Caso Mohamed vs. Argentina, nº 255, § 92.

⁷²¹ Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276, § 103.

A construção cumulativa de argumentos substantivos, típica da CtIDH (lembremos dos casos da liberdade de expressão e das leis de anistia), embora criticável do ponto de vista jurídico, é compreensível em razão da especificidade fática e contextual dos casos analisados.

Por exemplo, em Petruzzi (1999) a corte não afirmou que a conexão seria instituto convencional ou que o réu teria direito a um segundo recurso ordinário caso condenado apenas em segunda instância. E a corte não poderia tê-lo feito por conta do caso que analisara na ocasião.

Por essa razão, quando julgou Herrera Ulloa, as principais formulações giravam em torno da amplitude do grau de revisão do recurso, porquanto o recurso à disposição do pleiteante limitava as questões que poderiam ser suscitados, bem como não permitia a apresentação de novas provas perante o órgão que conheceria do recurso⁷²², daí sua determinação de que o recurso deveria ser amplo e efetivo para que a autoridade superior dispusesse de poderes para corrigir possíveis erros.

Em Barreto Leiva, por sua vez, é inegável que as inúmeras violações de direitos processuais (Venezuela violou quase todos os incisos do art. 8.2) ocorridas foram determinantes para que a CtIDH adotasse o critério do CDH, ao invés da interpretação da CtEDH para o caso do duplo grau, pois, se mesmo os órgãos de última instância que, teoricamente, deveriam ser mais zelosos, violaram tantos direitos convencionais, como poderia a corte interamericana deixar de assegurar que a sentença condenatória ficasse sem revisão?

O mesmo ocorreu em Mohamed, pois a CtIDH identificou vícios procedimentais que afetariam o direito à ampla defesa no recurso que condenou o pleiteante em segundo grau⁷²³, situação que influenciou sua decisão de assegurar um recurso ordinário quando houvesse condenação, independentemente do grau.

Analisando conjuntamente todo o exposto, podemos concluir que a CtIDH estruturou o disposto no art, 8.2, *h* como a garantia de um duplo reexame de sentenças condenatórias e não, necessariamente, a garantia de um recurso a ser apresentado a um órgão situado hierarquicamente superior na estrutura judiciária (ou em 2ª instância)⁷²⁴, apesar de a justificativa para sua conclusão parecer, tal como no STF, bastante difusa.

⁷²² Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, nº 107, §§ 150-152.

⁷²³ No julgamento do recurso ordinário não foi constada a possibilidade de réplica das acusações feitas pela parte querelante e a corte parece ter considerado problemática a condenação já que o Ministério Público não fez alterações significativas no material recursal, em comparação com os elementos anteriormente presentes na denúncia (Mohamed vs. Argentina, nº 255, § 111).

⁷²⁴ Os recursos nos juizados especiais brasileiros são dirigidos às turmas recursais, órgãos formados por grupos de juízes de primeiro grau que assumem posição de segunda instância.

O devido processo legal e o direito à ampla defesa aparecem nas sentenças da CtIDH, tal como nos votos de Lewandowski e Celso de Mello, como os direitos fundamentais/humanos que, no campo do processo criminal, forneceriam o conteúdo para a consagração procedimental de reexames de sentenças condenatórias – ou seja, a corte interamericana procurou justificar a garantia interpretando outros direitos fundamentais mais abrangentes. Dessa forma, o duplo grau não foi interpretado como um direito autônomo cujo reflexo institucional exigisse formulações estáticas (tais como as condições do teste estabelecido por Pertence), mas sim como a consequência procedimental de reexame da condenação criminal inerente a outras garantias procedimentais de média abstração (ampla defesa e devido processo) dos réus em processos que mobilizam o poder punitivo estatal e afetam o direito material à liberdade (presunção de inocência).

Explico melhor.

Tomando emprestado, e adaptando para nosso contexto, argumentação de Dworkin (2006), podemos concluir que a CADH prevê direitos de diferentes graus de abstração no que diz respeito à positivação das suas disposições prescritivas. Direitos de conteúdo mais abstrato, como a liberdade de pensamento e de expressão (art. 13); direitos de cobertura mediana, na figura da liberdade de consciência e de religião (art. 12), até direitos de conformação mais concreta, como aquele que estabelece que os pais e tutores, têm direito a que seus filhos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções (art. 12.4). Os dois últimos são concretizações gradativas do direito à liberdade de expressão.

As gradações de previsões textuais dos direitos expressam as diversas formas que princípios mais abstratos são desmembrados em previsões mais concretas das exigências extraídas da melhor interpretação do conteúdo da primeira categoria de direitos. Dessa forma, por exemplo, o direito de não depor contra si mesmo (art. 8.2, *g*) pode ser reconduzido até a garantia de média abstração processual do devido processo, e parece ser uma ramificação do direito mais abstrato à presunção de inocência⁷²⁵.

Pensamos que o mesmo valeria para a previsão do art. 8.2, *h*. O primeiro indício estaria no papel de fundamento das demais garantias judiciais desempenhado pela presunção

⁷²⁵ Que, por sua vez, poderia estar inserido em algum (ou alguns) princípio de maior abstração que justificaria a composição de todos os direitos da Convenção. Contudo, não iremos aponta-lo porque não se trata de objeto do trabalho.

de inocência reconhecido pela CtIDH⁷²⁶, ou seja, o desmembramento das garantias judiciais prescritas nos incisos do art. 8.2 da CADH teria como propósito subjacente a concretização da presunção de inocência⁷²⁷. O segundo indício constata-se pela inevitabilidade do discurso material utilizado pela corte para reforçar o duplo reexame: garantia de que não haverá injustiça substantiva na condenação, bloqueio de decisões judiciais arbitrárias, submissão à revisão de ato estatal que representa o exercício do poder punitivo e, por fim, mecanismo de redução de possíveis erros judiciais. O terceiro indício, decorrência dos dois anteriores, pode ser demonstrado pela influência e condicionamento do resultado (devida consideração da presunção de inocência) nas construções procedimentais da garantia, pois a revisão estaria baseada na aversão aos possíveis danos que decorreriam da condenação de inocentes⁷²⁸.

Portanto, a garantia do 8.2, *h* (procedimental) de natureza concreta deve conformar-se aos postulados materiais mais abstratos da presunção de inocência, conclusão que explicaria os resultados interpretativos da CtIDH em Barreto Leiva⁷²⁹ e Mohamed⁷³⁰, apesar da disposição textual da convenção prescrever a devolução da causa á órgão hierarquicamente superior.

As garantias procedimentais criminais previstas na CADH devem ser lidas, portanto, dentro de um modelo de direitos procedimentais sensíveis aos reclamos substantivos, que no caso, concernem à garantia de que as regras procedimentais nacionais atribuam a devida consideração ao princípio da presunção de inocência, o que permite aos países construir diferentes modelos de concretização da previsão do art. 8.2, *h* da CADH.

Nessas hipóteses, a presunção de inocência convencional exigiria a estruturação de um sistema procedimental capaz de oferecer mecanismos capazes de assegurar aos réus garantias acerca do máximo possível de certeza da sua responsabilidade penal, caso contrário, na ocasião de condenações injustas, outros direitos humanos seriam violados (liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana), caso o poder punitivo estatal mobilize-se para limitar a liberdade de um inocente.

⁷²⁶ Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, § 111 (*Esta Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales*).

⁷²⁷ Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Nº 111, § 153 (*En este sentido, la Corte ha afirmado que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada*). Andrew Ashworth (2006, p. 247) compartilha de percepção semelhante, pois sustenta que é em decorrência do exercício da censura estatal e da restrição de outros direitos fundamentais que se atribui à presunção de inocência tamanha importância.

⁷²⁸ Que alcança um espectro de manifestações procedimentais que parte de um recurso ordinário a um órgão superior, mas que abarca, também, uma garantia de duplo reexame ao mesmo órgão.

⁷²⁹ Garantia do recurso em julgamentos originários em tribunais de última instância.

⁷³⁰ Direito ao recurso ordinário para uma terceira instância em condenação no segundo grau após sentença absolutória.

Contudo, a análise das regras procedimentais feita pela CtIDH esbarra nas mesmas limitações enfrentadas pelo Poder Judiciário nacional, pois ambos não podem oferecer aos réus as regras que considerem as mais justas e eficazes para assegurar que inocentes não sejam condenados. Isto porque a escolha de regras procedimentais criminais envolve o balanceamento de decisões políticas acerca da alocação de recursos sociais para a estruturação de um sistema criminal efetivo e a avaliação que a comunidade política faz do manejo dos riscos⁷³¹ de decisões equivocadas de acordo com um tipo de dano especial às pessoas⁷³².

São estas decisões políticas que estão fora do âmbito de atuação da revisão judicial das regras procedimentais nacionais feitas pela CADH e explicam os argumentos de deferência da corte interamericana quanto à escolha do modelo de processo penal, da regulamentação dos recursos efetivos por parte dos Estados e a plausibilidade da divergência com os padrões da CEDH⁷³³.

Contudo, na sobreposição entre as decisões políticas utilitárias acerca da máxima eficácia dos procedimentos criminais e o risco de violação do direito material envolvido (e o grau de dano que acarreta à pessoa)⁷³⁴, um conjunto de direitos pode ser requerido judicialmente nas situações em que as decisões políticas apresentem-se descompassadas com a importância do direito extraída de uma interpretação feita do conjunto das regras procedimentais adotadas por uma comunidade política⁷³⁵. O resultado da interpretação do conjunto dessas regras demonstrará qual a medida que a sociedade atribui à avaliação do risco de condenações injustas, e os direitos fundamentais/humanos procedimentais surgem como

⁷³¹ O risco de um dano moral severo é inerente ao processo criminal e, tendo em vista que as leis procedimentais se aplicam igualmente a todos, apenas decisões políticas democráticas são legítimas para estabelecer os parâmetros de risco aceitáveis pela própria comunidade.

⁷³² Dworkin (1985, p. 80-93) e Bone (2010, p. 1.016-1.019). Como expõe Larry Alexander (1983, p. 238), o estabelecimento de um sistema de punição irá resultar, inevitavelmente, na condenação de inocentes, porém, a falta de um sistema de punição irá resultar em pessoas culpadas permanecerem impunes. Ambos os resultados são injustos e, se a injustiça é inevitável, devemos nos preparar para estruturar sistemas que garantam resultados menos injustos.

⁷³³ Apesar de os valores subjacentes à presunção de inocência serem amplamente compartilhados pelos ordenamentos constitucionais e tratados internacionais, suas implicações mais concretas estão abertas para o debate (limitações ao princípio, exceções justificadas por mecanismos institucionais ou seu temporário afastamento em caso de suspeitos de atos terroristas etc) (ASHWORTH, 2006, p. 251).

⁷³⁴ Os ordenamentos jurídicos apenas podem garantir uma justiça procedimental, mas nunca uma justiça substantiva no caso de processos criminais, pois, mesmo que as regras procedimentais sejam rigorosamente seguidas, nem sempre o resultado será o desejado (liberdade do inocente ou condenação do culpado). (DAHL, 1989, p. 164). Para utilizar os modelos desenvolvidos por Rawls (1971, p. 85-86), os processos criminais caracterizam-se por serem exemplos de justiça procedimental imperfeita, ou seja, existe um parâmetro de avaliação do resultado anterior ao procedimento (não condenação de inocentes), mas é impossível criar regras que sempre satisfaçam o parâmetro avaliativo.

⁷³⁵ Conclusão que, mais acima, surgiu na proposição de que a regra procedimental do art. 8.2., *h*, deveria conformar-se ao direito mais abstrato da presunção de inocência.

uma requisição de igualdade para a correção de possíveis ilhas de inconsistência observadas no direito criminal material e processual como um todo.

Poderíamos exemplificar o afirmado dando o seguinte exemplo. Imagine o leitor que um país decide que seu processo penal consistirá na decisão acerca da culpa ou inocência de alguém por meio do “cara ou coroa”, enquanto outro país assegura aos réus que sejam condenados apenas quando julgados por quatro graus de jurisdição e os únicos meios de prova da acusação aceitos sejam audiovisuais.

O segundo cenário acima apresenta hipótese em que desproporcional parcela dos recursos sociais estaria concentrada no julgamento de apenas um processo, mas que reduziria de forma significativa o risco de erros judiciais. No primeiro exemplo, todavia, é patente que a avaliação política da eficácia com relação ao dano da condenação de um inocente apresenta problemas morais. É exatamente nestas situações que os direitos convencionais do art. 8.2 (especialmente a presunção de inocência) ganhariam força: se não é possível que sejam exigidas judicialmente regras procedimentais mais eficazes de acordo com o primeiro exemplo (capazes de interferir no modelo do processo penal adotado), é possível defender a exigência de direitos nas hipóteses em que as regras procedimentais existentes (recursos inefetivos) ou não (ausência de duplo reexame) demonstrem uma avaliação política interna deficitária quanto ao grau do risco de violações de outros direitos convencionais (liberdade e igualdade, principalmente), extraídos através da avaliação da decisão política convencional acerca do grau aceitável de riscos de condenações injustas dos países que ratificaram a CADH⁷³⁶.

A CtIDH não revisa ou impõe um modelo específico de processo penal, porque tal ação interferiria em questões políticas afetas à decisões democráticas acerca da devida alocação de recursos sociais que uma sociedade realiza para arcar com o custo do manejo dos riscos que está disposta a correr para que inocentes não sejam condenados injustamente. Mesmo que os juízes da corte, por exemplo, considerem que um modelo instrutório seja mais eficaz do que o existente em determinado país, deve deferir às decisões políticas internas. Situação oposta ocorre quando direitos humanos são afetados, não por disposições globais do modelo procedimental, mas por situações particulares em que as decisões políticas não puderem sobrepor-se ao peso da garantia material envolvida (direito de não ser injustamente condenado) e demonstrarem descompasso com outras posições de princípio observadas na convenção (oriundas da avaliação global da CADH).

⁷³⁶ A CtIDH avaliou, por exemplo, que, diferentemente da sua contraparte europeia, da análise do grau de risco que pode ser extraído da CADH não está contemplada a possibilidade de exceções à regra do duplo grau.

Os direitos procedimentais da CADH não garantem, portanto, um modelo específico de processo penal, mas oferecem uma adicional avaliação política acerca do devido peso ao dano especial que os Estados que ratificaram à CADH dispensam aos réus em processos criminais. Não substituem, portanto, as avaliações políticas legislativas internas, mas, a partir do momento da ratificação do tratado, exigem sua reavaliação (art. 2, da CADH). A reavaliação dos riscos é incentivada pela carga política advinda das obrigações internacionais do país que, deverá rever sua legislação procedimental criminal, a fim de extrair um novo padrão do manejo dos riscos.

Nos casos analisados, a corte interamericana considerou que a presunção de inocência criaria direito a mecanismos de revisão de sentenças condenatórias, que não poderiam ser derogados por decisões políticas acerca da alocação de recursos sociais dos Estados, pois a ausência do recurso demonstraria equivocada avaliação acerca do grau dos riscos envolvidos na condenação de um inocente, de acordo com um padrão estabelecido pela decisão dos Estados em ratificar a CADH e sua obrigação de adequação legislativa (art. 2º, CADH).

Além de nos permitir explicar a posição da CADH nos casos de direitos procedimentais, a referida abordagem serve, também, para ressaltarmos alguns problemas na argumentação do STF na AP 470, que não se caracteriza como uma melhor interpretação.

Da análise da CF/88 e das regras procedimentais penais, teóricos brasileiros divergem acerca da garantia ou não do duplo grau⁷³⁷, em função, principalmente, da omissão de previsão expressa e em decorrência da estrutura constitucional do Poder Judiciário. Tais argumentos foram acolhidos pelo STF no HC 79.785.

Os ministros poderiam ter argumentado, com vistas à construção do princípio *pro homine*, que a exceção ao duplo grau estaria justificada pela avaliação política feita pela

⁷³⁷ Nelson Nery Jr. (2001, p. 175-179) sustenta que a omissão constitucional possibilita que a legislação infraconstitucional restrinja o direito ao recurso. No entanto, defende que a CADH teria amplo acolhimento no campo do processo penal. Grinover *et alii* (p. 81-83) afirmam que o direito não seria explícito em nossa Constituição, mas a competência recursal dos tribunais seria indício de sua existência. Por fim, postulam que o direito pode ser excetuado pela própria Constituição. Capez (2012, p. 73) e Oliveira (2011, p. 843-844) concordam com os últimos. Lopes Jr (2014) afirma que o princípio não pode ser extraído da CF/88, mas sim da CADH como norma de status supralegal. Todavia, apesar de garantido constitucionalmente, há limites: a) por ser supralegal, submete-se ainda à CF; e b) e, mesmo sendo constitucional, estaria submetido às próprias regras e exceções constitucionais. Por outro lado, Tourinho Filho (2010, p. 103-104) alça o duplo grau como garantia constitucional em função da CADH e, apesar de ponderar que não poderia haver duplo grau em tribunais supremos, defendeu que poderia ocorrer julgamento da ação penal por turmas e o recurso apresentado ao pleno no caso de parlamentares, como medida de garantia do duplo grau constitucional, por força da CADH. Nucci (2012, p. 52) defende que a garantia estaria disposta na CADH, que exigira um reexame da decisão, pois a disposição do tratado deveria adequar-se à estrutura judicial do país. Não podemos deixar de observar que nenhum dos autores discorreu acerca dos precedentes do STF ou problematizou as fundamentações do tribunal. Tourinho Filho e Nucci, apesar de alinharem-se com os precedentes da CtIDH, não fizeram menção às decisões interamericanas. Ou seja, os autores favoráveis à existência constitucional do direito ignoravam os precedentes do STF e da CtIDH.

Constituição acerca da alocação de recursos sociais inerentes aos processos criminais e o custo dos riscos que a sociedade brasileira estaria disposta a suportar no que diz respeito à proteção contra danos morais referentes à condenação de inocentes. Decisões políticas que deveriam ser respeitadas pelos juízes, por demonstrarem que seria uma conformação procedimental que não violaria o direito material da presunção de inocência, na medida em que a regra aplicar-se-ia a todos que se encontrassem nas situações dos agraciados com o foro privilegiado⁷³⁸.

Entretanto, a inserção da CADH como norma supralegal e importante fator da interpretação constitucional deveria exigir da corte suprema reavaliação da decisão política acima, para aferir se o padrão convencional do duplo reexame seria capaz de influenciar o peso dos argumentos da presunção de inocência com relação à necessária revisão de sentenças condenatórias, por inserir novo ponto jurídico para avaliação da conformação do processo penal brasileiro. A ausência da dupla revisão poderia caracterizar-se como uma ilha de inconsistência inserida no conjunto de todas as demais regras procedimentais e materiais de direito criminal. No entanto, como visto na seção anterior, o padrão convencional não exerceu influência no argumento constitucional e a omissão de rediscussão (o tratado não foi incluído nas razões de decidir como fator da interpretação constitucional) demonstra deficiências nas decisões do STF.

c) Concretizando direitos fundamentais: algumas notas sobre alterações procedimentais pela via judicial.

Assentada a possibilidade de interferência judicial em regras procedimentais pontuais que possam violar direitos humanos e a conclusão de que a CtIDH exige um duplo reexame de condenações, iremos tecer brevíssimos comentários acerca do cabimento de um recurso ordinário em ações originárias julgadas no STF.

Alguns ministros no julgado dos agravos ressaltaram que os embargos infringentes não seriam capazes de concretizar o direito ao duplo grau, especialmente, porque não era recurso dirigido a órgão superior, mas ao mesmo órgão que prolatou a sentença condenatória (Gilmar Mendes e Rosa Weber). Vimos anteriormente que melhor seria considerar que a

⁷³⁸ O argumento do tribunal seria bastante plausível nestas hipóteses, pois todo o sistema processual penal será analisado com base nas escolhas políticas feitas pela própria Constituição (DOUGLAS, 2014). Dessa forma, não haveria outro padrão político acerca do critério de avaliação dos riscos que o tribunal pudesse escorar-se para julgar o grau de risco aceito pela comunidade política brasileira. Os precedentes da CtIDH e a CADH inserem, no entanto, outros fatores para a análise constitucional.

garantia fosse interpretada como as medidas procedimentais necessárias à concretização do princípio da presunção da inocência, o que poderia incluir o simples reexame da sentença condenatória pelo mesmo tribunal.

Igualmente problemáticas foram as manifestações de Fux e Celso de Mello, pois, não obstante chegarem a conclusões diferentes quanto ao mérito do caso, ambos constataram a incompatibilidade dos embargos com os padrões interamericanos de efetividade dos recursos e não apresentaram sugestões para saná-la. Celso de Mello ainda reforçou a exigência da quantidade mínima de votos divergentes para que o recurso fosse conhecido.

Mas o que o tribunal poderia fazer?

Parece-nos que o primeiro passo já foi dado, apesar de, não necessariamente, motivado pelo duplo reexame. A Emenda Regimental nº 49 afetou às turmas do STF o julgamento de ações penais originárias de parlamentares, excetuando os presidentes das casas congressuais, o Presidente da República, ministros do STF e o PGR, que continuariam a ser julgados pelo pleno. A alteração foi justificada, de acordo com o presidente do STF, Ricardo Lewandowski, pelo que denominou de crise de funcionalidade do plenário, exposta e acentuada no julgamento da AP 470 (a diretriz da alteração foi pragmática). A referida crise poderia afetar, de acordo com o presidente, inclusive a legitimidade da instituição⁷³⁹.

A alteração regimental poderia dar ensejo a uma reconfiguração das competências criminais da corte, pois, ao afetar o julgamento das ações penais às turmas, os embargos infringentes poderiam funcionar como recurso ordinário de revisão para o plenário, excluídos os ministros da turma sentenciante.

Ademais, as hipóteses de cabimento dos embargos deveriam ser ampliados, pois, tendo em vista que os julgamentos seriam das turmas, a exigência de quantidade mínima de votos divergentes não seria necessária. Por fim, a revisão deverá ser ampla e não restrita ao objeto da divergência, tal como disposto no parágrafo único, do art. 609 do CPP.

Em outras oportunidades, o STF atribuiu maior importância aos resultados ou aos direitos fundamentais materiais envolvidos, do que às regras procedimentais envolvidas, que, nesses casos, ou foram alteradas, ou criadas judicialmente. Podemos citar como exemplo a criação jurisprudencial da liminar em *Habeas Corpus* no Brasil. Com base em princípios relacionados à liberdade do indivíduo e com a similaridade do HC com o mandado de segurança, que previa medida liminar para questões civis, o STF deferiu medida liminar no *Habeas Corpus* 41.296/DF, DJ 22/12/64, para o então governador de Goiás, Mauro Borges.

⁷³⁹ Trata-se do conteúdo da manifestação do presidente do STF na ADI 5.175/DF, que questiona a constitucionalidade da alteração regimental.

Sob nossa atual Constituição, o STF determinou, em caráter extraordinário, o cabimento de Reclamação para o STJ de decisões das turmas recursais de juizados especiais estaduais (competência não prevista originalmente na CF/88), em face da inexistência das turmas de uniformização, tal como presente na lei dos juizados especiais federais (10.259/01, art. 14). Ellen Gracie, relatora, fundamentou sua decisão nos riscos à segurança jurídica e à eficaz prestação jurisdicional com a manutenção de decisões contrárias ao entendimento do STJ (ED no RE 571.572/BA, Pleno, DJe 27/11/09).

O peso do direito fundamental à identidade genética, que permitiria o acesso a meios probatórios mais precisos custeados pelo Estado (exame de DNA), enfraquece a garantia da coisa julgada. Para Dias Toffoli, não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, natural emanção do direito de personalidade de um ser (RE 363.889/DF, Pleno, DJe 16/12/11).

4.2.8. O direito à presunção de inocência e fixação da pena base: RE 591.054/SC⁷⁴⁰

Mais recentemente, o plenário do STF foi instado a se manifestar acerca da constitucionalidade da utilização, ou não, de inquéritos e ações penais em andamento como antecedentes para efeito de fixação da pena-base prevista no art. 59 do Código Penal⁷⁴¹ além do mínimo legal.

O relator do Recurso Extraordinário, Marco Aurélio, afirmou que, logo após a edição da CF/88, a posição do tribunal acerca do tema era a de permitir a utilização dos inquéritos e ações penais em curso como antecedentes (1990-2003). No entanto, posteriormente, com a alteração da composição do Tribunal, o relator concluiu que o posicionamento das turmas se alterou, paulatinamente, no sentido de reconhecer a violação à presunção de inocência. Inexistia, até o momento do julgamento do Recurso Extraordinário, posição plenária sobre a problemática.

A justificativa para a alteração da jurisprudência, de acordo com Marco Aurélio, seria a de que no Estado Democrático de Direito a inexistência de sentença condenatória transitada em julgado não poderia ser compreendida como um mau antecedente para fins de fixação da pena base, em razão da inafastabilidade da presunção de inocência.

Marco Aurélio sugere que esta interpretação constitucional coaduna-se com o esposado pela CtIDH e citou quatro precedentes: Cantoral Benavides (2000), Ricardo Canese (2004),

⁷⁴⁰ Relator Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 26/02/2015.

⁷⁴¹ Art. 59 - *O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.*

Tibi (2004) Cabrera García e Montiel Flores (2010). Em síntese, o ministro do STF afirma que, de acordo com a CtIDH, a presunção de inocência seria elemento essencial para a realização do direito à defesa, além de acompanhar o acusado durante toda a tramitação do processo, até o trânsito em julgado da condenação. Referiu, igualmente, à construção da CtIDH sobre a vulneração da presunção de inocência quando uma decisão judicial refletir opinião sobre a culpa do acusado antes deste vir a ser pronunciado como tal. Por fim, lembrou que a CtIDH considerou incompatível com a CADH a emissão de juízo de valor estatal à sociedade, de molde a formar opinião pública, enquanto não determinada a responsabilidade penal.

O relator arrematou sua fundamentação com a seguinte conjectura: na hipótese de possíveis absolvições futuras ou reversão de sentenças condenatórias via recurso, a pena do acusado terá sido exasperada por conta de acusações e investigações que não se concretizaram.

O relator foi acompanhado, com fundamentações muito semelhantes, por Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Celso de Mello e, parcialmente, por Teori Zavascki. Nenhum dos ministros que votaram com o relator citaram precedentes da CtIDH.

Em divergência, Lewandowski, Rosa Weber, Luiz Fux e Cármen Lúcia defenderam o caráter multifacetado do art. 59, ou seja, a norma funcionaria como um fator, dentre outros, a ser levado em consideração para a fixação da pena de acordo com a reprovação e prevenção do crime. Ademais, a divergência diferenciou os antecedentes do art. 59 com a reincidência criminal prevista no art. 61, I⁷⁴², que não se refere às circunstâncias judiciais. A divergência aduziu, igualmente, que não considerar inquéritos e ações em curso como antecedentes violaria o princípio da igualdade, pois alguém com uma “ficha corrida” gozaria da mesma pena base de uma pessoa com nenhuma passagem policial.

Os ministros que seguiram o voto do relator acrescentaram poucos argumentos que pudessem complementar o conteúdo do voto proferido, o que nos permite concluir que os ministros componentes da maioria convergiram com os fundamentos de Marco Aurélio. No entanto, nenhum deles ocupou-se de adentrar na jurisprudência da CtIDH.

A citação dos precedentes da CtIDH feita por Marco Aurélio é muito semelhante com a feita pelo mesmo ministro na ADPF 132, pois os precedentes interamericanos não dispunham sobre a matéria fática diretamente envolvida no caso analisado pelo STF. Dessa forma, a citação dos precedentes não ocorreu em face da semelhança entre os resultados dos

⁷⁴² Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I - a reincidência.

precedentes (não há caso na jurisprudência da CtIDH sobre a utilização de inquéritos e ações penais como critérios de exasperação da pena acima do mínimo legal), mas em decorrência da pertinência do conteúdo do direito humano/fundamental (presunção de inocência) desenvolvido por ambos os tribunais (STF e CtIDH).

Na situação em tela, o ministro utilizou o conteúdo da presunção de inocência convencional para reforçar que a garantia permanece até o trânsito e julgado da sentença, bem como para ressaltar que os juízes não poderiam formar juízos de culpabilidade antes da sentença, conseqüentemente, o direito constitucional brasileiro à presunção de inocência imporia limites à formação do juízo de reprovabilidade dos juízes no momento da fixação da pena.

O voto de Marco Aurélio é um importante exemplo de diálogo entre precedentes, porquanto lança mão das fundamentações das decisões da CtIDH para melhor compreender e interpretar o direito à presunção de inocência brasileiro, na medida em que dúvidas pairavam no âmbito do plenário do STF acerca de seu alcance. Os precedentes interamericanos não foram, necessariamente, utilizados como forma de reforço argumentativo, porquanto o ministro não dispunha de precedentes do STF que manifestassem uma interpretação uniforme do tribunal brasileiro.

Não obstante o esforço do relator, a manifestação dos demais ministros nos votos concorrentes parece demonstrar a suficiência da interpretação constitucional para a solução do problema criminal, enfraquecendo a caracterização do RE 591.054/SC como um exemplo bem sucedido de diálogo.

Conclusão

A complexidade das relações entre declarações de direitos humanos sobrepostas, geralmente de conteúdos diversos, que concorrem em um mesmo espaço geográfico tem gerado inúmeras inquietações quanto às soluções teóricas constitucionais desenvolvidas para solucionar possíveis conflitos entre direitos humanos.

O ordenamento jurídico brasileiro estrutura uma proteção multinível de direitos humanos, que engloba a declaração de direitos prevista no ordenamento constitucional e os tratados internacionais de direitos humanos em nível global e regional. O conteúdo dos direitos humanos desenvolvido pelos diferentes níveis de proteção converge em poucas ocasiões, exigindo dos órgãos nacionais, no caso da tese, o Poder Judiciário, que desenvolva formas de lidar com as interpretações divergentes dos outros níveis.

Tradicionalmente, os autores do direito internacional ou do direito constitucional brasileiro afirmam que a Constituição de 1988 apenas nos fornece respostas aos conflitos na forma de perspectivas hierárquicas de lógica excludente: ou prevalece a Constituição, ou o tratado internacional. As teorias utilizadas como respaldo para essa conclusão são o monismo e dualismo, especialmente em suas versões germânicas do começo do século XX.

As teorias germânicas do monismo e do dualismo, representadas por Kelsen e Triepel, giram em torno, essencialmente, da disputa acerca da existência, ou não, respectivamente, de um único ordenamento jurídico a ser observado na relação entre direito interno e internacional. Kelsen defende a identidade entre Estado e direito, por consequência, rejeita a noção de soberania como categoria política para explicar as relações entre ordenamentos. Tendo em vista que o Estado é direito, sua inclusão na relação com outros direitos apenas pode estar submetida a uma mesma lógica de validade para todos os ordenamentos jurídicos (uma mesma norma hipotética fundamental). Por sua vez, Triepel, firme na tradição hegeliana de que existe uma vontade do Estado, afirma que a soberania de um Estado pode fazer com que as obrigações internacionais sejam consideradas como normas de diferentes naturezas daquelas emanadas pela vontade singular do Estado em sua produção interna.

As teorias, além de mal compreendidas e de serem aplicadas descontextualizadamente, são reconstruídas como arquétipos constitucionais, pois apenas a principal conclusão de ambas é extraída (acerca da existência ou não de um ordenamento único) e acopla-se a elas o aspecto descritivo da dicotomia monismo/dualismo (formas de incorporação do tratado). Ou seja, do pressuposto da unidade de ordenamento não decorre, necessariamente, a desnecessidade de atos de incorporação pela visão monista; e, igualmente, da hipótese da

separação dualista, não decorre a necessidade de uma adaptação decorrente de uma lei formal, bastante qualquer ato constitutivo (decreto de promulgação ou norma constitucional autorizativa).

No entanto, as teorias brasileiras inspiradas na dicotomia monismo e dualismo não são capazes de descrever as formas de interação entre diferentes níveis, ou mesmo de explicar decisões do STF acerca das influências dos níveis na interpretação constitucional, como no caso da decisão acerca da supralegalidade. Isto porque teorias constitucionais devem estar aptas a captar importantes aspectos da prática jurídica, bem como apresentar prescrições capazes de solucionar delicados problemas constitucionais (teste do ajuste). Teorias constitucionais que não sejam bem-sucedidas no devido balanceamento entre descrição e prescrição devem ser constantemente questionadas pois podem demonstrar sua pouca atratividade para novas circunstâncias. Dessa forma, categorizações intermediárias, tais como, monismo moderado ou dualismo moderado pouco acrescentam ao debate acerca da forma como nossa Constituição deve lidar com a relação entre tratados internacionais de direitos humanos e direitos fundamentais. Dessa forma, novas abordagens teóricas devem ser pensadas para nossa corrente realidade constitucional.

Por outro lado, a postura de um constitucionalismo americano uniformizador afastaria necessário e indispensável desenvolvimento democrático dos direitos fundamentais e humanos no plano constitucional, por estarem ligados ao desenvolvimento das identidades de pessoas e grupos no âmbito do constitucionalismo brasileiro. Por essa razão, um monismo internacionalista deve ser, igualmente, evitado.

Ao olharmos para o complexo mosaico europeu de ordenamentos jurídicos e às formas com que os autores e tribunais o interpretam, podemos extrair propostas teóricas mais consentâneas com as formas de interação entre direito constitucional e internacional. No âmbito da União Europeia, diversos autores, inspirados em Neil Maccormick (1999) desenvolveram abordagem teórica denominada pluralismo constitucional. Não obstante a resistência de algumas cortes constitucionais (especialmente a alemã e italiana) em aceitar uma irrestrita prevalência do direito europeu, nenhuma delas rompe com o desenvolvimento das normas comunitárias ou com suas influências no conteúdo das normas constitucionais estatais. Do mesmo modo, apesar de arrogar para si supremacia frente ao direito estatal, a CJEU incorpora padrões oriundos das normas constitucionais estatais, no intuito de compatibilizar-se com o produzido pelo continente.

Como alternativa teórica, o Pluralismo Constitucional postula que, ainda que a Constituição de 1988 seja interpretada como um ordenamento soberano e o STF considere

que detém o monopólio da última palavra em matérias constitucionais, influências significativas oriundas de outros ordenamentos constitucionais, de acordo com o objeto da tese, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, são sentidas na construção do conteúdo dos direitos fundamentais, em contraposição à lógica da subordinação hierárquica monista ou dualista.

O Pluralismo Constitucional apresenta uma pluralidade de ordenamentos que reivindicam discursos constitucionais sob um mesmo espaço, como ocorre no caso da CADH e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A CtIDH não apenas apresenta jurisprudência que pode ser relacionada, conceitualmente, com a noção de constitucionalismo (competência da competência para decidir acerca do conteúdo dos direitos convencionais e da execução de suas próprias sentenças com base na natureza especial da CADH; algumas normas da CADH possuem uma força suficiente para vincular os Estados independentemente da sua ratificação por meio de obrigações especiais; exigência de os Estados compatibilizarem seus ordenamentos jurídicos, não apenas com a CADH, mas, também, com a jurisprudência da CtIDH através do controle de convencionalidade, exercido pela instituição dotada da última palavra). Estruturalmente, a CtIDH defende a natureza especial do tratado internacional e a criação de obrigações objetivas que exigem dos Estados que o cumpram, visando alcançar seu efeito útil – a natureza especial do tratado é a principal justificativa para a interpretação da CADH dentro das categoriais constitucionais. Ao acolher diversos discursos constitucionais além do Estado, a teoria postula que as interações intraordenamentos sejam realizadas de formas diversas daquelas propostas focadas em premissas hierárquicas.

Dessa forma, podemos identificar as influências mútuas caracterizadoras do pluralismo constitucional na CF/88 e na CADH. De um lado, ao decidir que os tratados internacionais de direitos humanos gozam de status supralegal no ordenamento jurídico brasileiro, o STF inseriu padrão normativo capaz, não apenas, de paralisar os efeitos da legislação infraconstitucional, mas, igualmente, de influenciar a interpretação e o conteúdo das normas constitucionais, mesmo daquelas que pouco trazem dúvidas no aspecto interpretativo textual. Ou seja, ainda que sustente a proeminência das normas constitucionais frente aos tratados internacionais (posição de supralegalidade), o STF tem à sua disposição tratados internacionais que podem influenciar de maneira decisiva no conteúdo da Constituição (caso do depositário infiel). Por outro lado, a subsidiariedade do SIDH implica na necessária interação entre os níveis de proteção de direitos humanos, porquanto o subsídio internacional apenas será acionado caso haja problemas no plano nacional. Dessa forma, do

ponto de vista a subsidiariedade pode implicar em fórmulas substantivas (margem de apreciação) e procedimentais (esgotamento de recursos internos, p. ex.). Sem embargo da ausência de maiores desenvolvimento de uma margem de apreciação no âmbito da jurisprudência da CtIDH, importantes direitos convencionais são defendidos pela corte interamericana através da produção normativa e jurisprudencial do continente. Denominamos esta prática interpretativa de deferência (em âmbitos mais complexos do ponto de vista moral e direito não previstos originalmente, a CtIDH defere às produções jurídicas dos países que ratificaram a CADH).

Do ponto de vista normativo, precisamos defender as interações mútuas como o modelo que melhor interpreta a Constituição. Da reconstrução das normas constitucionais brasileiras para a abertura plural, devemos contextualizar o Estado democrático de Direito (que incorpora uma versão substantiva da legalidade, que submete a produção normativa do país aos padrões de direitos humanos internacionais), a diferença interpretativa entre direitos fundamentais e humanos (a existência de uma proteção multinível de base constitucional pressupõe o desenvolvimento de conteúdos diversos de direitos semelhantes) e o pluralismo político (que exige do plano constitucional brasileiro o desenvolvimento do conteúdo dos direitos fundamentais a partir da complexidade das decisões democráticas).

No caso brasileiro, uma leitura plural das normas constitucionais demonstra que nossa Constituição pode ser mais bem interpretada de acordo com o pluralismo consitucional. A supralegalidade dos tratados internacionais e a deferência às interpretações regionais são os indícios de que os ordenamentos constitucionais influenciam-se mutuamente.

Uma das formas interativas observadas através da supralegalidade e da deferência, no caso dos ordenamentos constitucionais analisados (CF/88 e CADH), é realizada através do diálogo entre os precedentes de seus principais tribunais. O ideal do diálogo entre juízes se justifica pela noção de igualdade entre as partes que dialogam e com a pressuposição de que ambas irão considerar as manifestações do outro com igualdade e consideração, e não como se um interlocutor fosse superior ao outro. Ademais, o ideal de igualdade implica na caracterização de uma postura de constante aprendizado com as informações recebidas e com a justificativa de que, por meio do diálogo, razões mais bem fundamentadas poderão ser construídas.

Defendemos que o STF terá dialogado com o precedente da CtIDH nas hipóteses em que os argumentos da supralegalidade tiverem surgido e tiverem dado origem à processos deliberativos acerca das razões de decidir da corte interamericana. Em suma, tais processo se caracterizam por meio de necessárias reavaliações das justificativas constitucionais brasileiras

(reafirmação, alteração ou compatibilização) em face dos conteúdos inseridos pelos precedentes interamericanos, a fim de que o tribunal brasileiro construa o princípio *pro homine* (a interpretação com as melhores razões)

O diálogo deliberativo entre os juízes de ordenamentos constitucionais é guiado por um ideal interpretativo compartilhado por ambos: a criação do princípio *pro homine*, caracterizado com a melhor interpretação dos direitos de acordo com o conteúdo produzido em ambos os ordenamentos. Dessa forma, não significa que os tribunais deverão escolher entre os textos normativos (tratado ou Constituição), ou que deva proceder a uma interpretação que favoreça uma pessoa, mas que reavalie o conteúdo normativo das produções de ambas as cortes para, ao realizar o diálogo deliberativo, extrair o que considerar a melhor interpretação possível para o caso em julgamento.

Tendo em vista o caráter fragmentário da construção das fundamentações do STF nos acórdãos, consideramos que alguns pontos devem estar presentes na caracterização de um diálogo por parte do STF: 1) os tratados supraleais devem ser apresentados como um dos fatores da interpretação constitucional, interagindo com os demais para a formação do conteúdo dos direitos fundamentais; 2) as fundamentações dos precedentes da CtIDH devem ser desenvolvidos da mesma forma que os precedentes do STF sobre direitos fundamentais, e não simplesmente mencionados pela sua catalogação ou como argumento de autoridade para confirmar uma tese; 3) o desenvolvimento argumentativo deve estar presente, especialmente, no voto do ministro relator; 4) e deve, igualmente, levar em consideração os argumentos nos votos subsequentes que tenham influenciado a interpretação do colegiado.

Não obstante a abertura ao pluralismo constitucional proporcionado pela supralealidade e a leitura plural da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal reluta em dialogar na construção dos direitos fundamentais com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Alguns ministros fazem menção a decisões do corte de São José, mas a utilização dos precedentes, na quase totalidade dos casos, é feita de maneira estratégica (para reforçar um ponto de vista anteriormente tomado), descontextualizada (os precedentes interamericanos não são utilizados corretamente, especialmente no que diz respeito ao seu âmbito de abrangência e pertinência) ou omissa (em casos correlatos, o STF ignorou a existência de casos semelhantes julgados pela CtIDH).

As referidas conclusões demonstram que a supralealidade é pouco explorada pelo STF e devemos nos questionar quais são as razões para o limitado impacto da jurisprudência da CtIDH. Além do insatisfatório impacto da supralealidade, e tendo em vista que, apesar de utilizar, o STF não dialoga deliberativamente com precedentes da CtIDH, uma futura análise

deve indicar qual o lugar da utilização estratégica, descontextualizada e seletiva de precedentes da CtIDH.

Referências

ABRAMOVICH, Víctor. Das violações em massa aos padrões estruturais: Novos enfoques e clássicas tensões no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 06, n.11, p. 07-41, 2009.

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1976.

AGUIRRE ARANGO, José Pedro. La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Revista de Derechos Humanos*, Guatemala, vol. V, nº 8, p. 73-97, 2007.

ALEXANDER, Larry. Retributivism and the Inadvertent Punishment of the Innocent, *Law and Philosophy*. Vol. 2, nº 02, p. 232-246, 1983.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALFORD, Roger P. In Search of a Theory for Constitutional Comparativism, *UCLA Law Review*, California, Vol. 52, nº 03, Fev., p. 639-714, 2005.

_____. Misusing International Sources to Interpret the Constitution, *The American Journal of International Law*, Washington, Vol. 98, nº 01, p. 57-69, 2004.

ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. *International Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

ALSTON, Philip. Beyond 'them' and 'us': putting treaty body reform into perspective In.: ALSTON, Philip. *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 501-527.

ALSTINE, Michael P. Van. The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement. SLOSS, David (Org). *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study*. Cambridge : Cambridge University Press, 2009, p. 555-613.

ANDERSON, Gavin. *Constitutional Rights after Globalization*. Oxford: Hart Publishing, 2005.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. O Supremo Tribunal Federal e o caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. (Org.). *STF e Direitos Fundamentais: Diálogos Contemporâneos*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 317-384.

ANTKOWIAK, Thomas M. Rights, Resources, and Rhetoric: Indigenous Peoples and the Inter-American Court. *Journal of International Law*, Vol 35, nº 01, p. 113-187, 2013.

_____. Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond. *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 46, nº 02, p. 351-416, 2008.

ARATO, Julian, Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Consequences. *Law & Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 9, nº 03, p. 443-494, 2010.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ARAÚJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. A influência das opiniões consultivas da corte interamericana de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VI, nº 6, Junho, p. 227-244, 2005.

ARIOSI, Mariângela. *Conflitos entre tratados internacionais e leis internas: o judiciário brasileiro e a nova ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ASHWORTH, Andrew. Four threats to the presumption of innocence. *The International Journal of Evidence & Proof*, Vol. 10, nº 04, p. 241-279, 2006.

AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined and the uses of the study of jurisprudence*. London: Weidenfeld, 1954.

AVBELJ, Matej; KOMÁREK, Jan. Introduction. In.: AVBELJ, Matej; KOMÁREK, Jan (Org.). *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*. Portland: Hart Publishing, 2012, p. 01-15.

AVBELJ, Matej. Questioning EU Constitutionalisms. *German Law Journal*, Vol. 09, nº 01, p. 01-26, 2008.

AYALA CORAO, Carlos. La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias. In: MÉNDEZ SILVA, Ricardo (Coord.) *Derecho Internacional de los derechos humanos: Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: UNAM, 2002, p. 37-90.

BAHDI, Reem. Truth and Method in the Domestic Application of International Law, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 15, Nº 02, p. 255-280, 2002a.

_____. Globalization of judgment: transjudicialism and the five faces of international law in domestic courts. *The George Washington International Law Review*, vol. 34, nº 04, p. 555-603, 2002b.

BANIWA, Gersem. A conquista da cidadania indígena e o fantasma da tutela no Brasil contemporâneo. RAMOS, Alcida Rita (Org.). *Constituições nacionais e povos indígenas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012, p. 206-227.

BAQUERO CRUZ, Julio. The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement. *European Law Journal*, Vol. 14, No. 4, Jul., p. 389-422, 2008.

BARENTS, René. The Fallacy of European Multilevel Constitutionalism. In: AVBELJ, Matej; KOMÁREK, Jan. *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*. Portland: Hart Publishing, 2012, p. 153-183.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. v.1. São Paulo: Saraiva, 1989a.

_____; _____. *Comentários à Constituição do Brasil*. v.2. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1989b.

BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, v. 71, nº 03, p. 1.109-1.180, 2006.

BATISTA, Nilo. Nota Introdutória. In.: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert (Org.). *Justiça de transição no Brasil: Direito, responsabilização e verdade*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 07-17.

BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

BAYEFISKY, Anne F. The U.N. Human Rights Treaties: Facing The Implementation Crisis. *Windsor Yearbook of Access to Justice*, Vol. 15, p. 189-201, 1996.

BAZÁN, Victor. Control de convencionalidad, puentes jurisdiccionales dialógicos y protección de los derechos humanos. BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords.) *Estudos Avançados de Direitos Humanos: Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 590-616.

BELLI, Benoni. *A Politização dos Direitos Humanos*. São Paulo: Perspectiva, 2009.

BENATTI, José Heder; MAUÉS, Antonio Maués. El pluralismo jurídico y las posesiones agrarias en la Amazonia. *El Otro Derecho*, Bogotá, v. 6, n.1, p. 07-30, 1994.

BENAVIDES CASALS, María Angélica. El Consenso y el Margen de Apreciación en La Protección de los Derechos Humanos. *Revista Ius et Praxis*, ano 15, nº 01, p. 295-310, 2009.

BENTHAM, Jeremy. *The Works of Jeremy Bentham* (ed. John Bowring). Vol. 1. New York: Russel & Russel, 1962.

BENVENISTI, Eyal. Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards. *Journal of International Law and Politics*, New York, vol. 31, n. 04, p. 843-854, 1999.

BENVINDO, Juliano Zaiden; ACUNHA, Fernando. Juiz e Historiador, Direito e História: Uma Análise Crítico-Hermenêutica da Interpretação do STF sobre a Lei de Anistia. *Novos Estudos Jurídicos* (UNIVALD), vol. 17, p. 185-205, 2012.

BERMAN, Paul Schiff. Global legal pluralism. *Southern California Law Review*, v. 80, n. 06, p. 1155-1237, 2007.

BERMANN, George A. The “Gateway” Problem in International Commercial Arbitration. *The Yale Journal of International Law*, Vol. 37, nº 01, p. 01-50, 2012.

BERNHARDT, Rudolf. The Convention and domestic law. In.: MACDONALD, R. St. J; MATSCHER, F.; PETZOLD, H. (Org.) *The European system for the protection of human rights*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 25-40.

BERNSTORFF, Jochen von. Georg Jellinek and the Origins of Liberal Constitutionalism in International Law. *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 4, nº 03, p. 659-675, 2012.

_____. *The Public International Law Theory of Hans Kelsen: Believing in Universal Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

BERTONI, Eduardo Andrés. The Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights: a dialogue on freedom of expression standards. *European Human Rights Law Review*, nº 03, p. 332-352, 2009.

BIANCHI, Andrea. Human rights and the magic of *jus cogens*. *The European Journal of International Law*, Oxford, vol. 19, n. 03, p. 491-508, 2008.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Barueri: Manole, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. Monismo e Dualismo no Brasil: uma Dicotomia Afinal Irrelevante. *Revista da EMERJ*, vol. 03, n. 09, p. 180-195, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª ed. Brasília: Editora da UNB, 1999.

_____; ZOLO, Danilo. Hans Kelsen, the Theory of Law and the International Legal System: A Talk. *European Journal of International Law*, Vol. 9, nº 02, p. 355-367, 1998.

_____. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOGDANDY, Armin Von. Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say. *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 6, n. 3 & 4, 2008, 397-413.

BONE, Robert G.. Procedure, Participation, Rights. *Boston University Law Review*, Vol. 90, nº 02, p. 1.011-1.028, 2010.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. *Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2008.

BULOS, Uadi Lammego. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BUERGENTHAL, Thomas; SHELTON, Dinah; STEWART, David P. *International human rights in a nutshell*. 3. ed. St. Paul: Thomson Reuters, 2002.

_____; NORRIS, Robert.; SHELTON, Dinah. *La protección de los derechos humanos en las Américas*. São José: Editorial Juricentro, 1983.

BURDEAU, Georges. *A Democracia*. 3a ed. Europa-América: 1975.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El Contexto, Las Técnicas y Las Consecuencias de la Interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, Vol.12, nº 01, p. 105-162, 2014.

_____; UBÉDA DE TORRES, Amaya. *The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary*. New York: Oxford University Press, 2011.

_____; CESPEDES, Nicolás Montoya. El Diálogo judicial entre la corte interamericana de derechos humanos y la corte europea de derechos humanos. In.: GALINDO, George; URUEÑA, René Fernando; TORRES PÉREZ, Aida (Orgs.). *Protección Multinivel de Derechos Humanos*. Manual. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2013, p. 187-210.

BURKE-WHITE, William. International legal pluralism. *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, nº 04, p. 963-979, 2004.

BUSTOS GISBERT, Rafael. XV Propositiones Generales Para Una Teoría de los Diálogos Judiciales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, mayo-agosto, 2012, p. 13-63.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2012.

BRASIL. *Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.

_____. *Relatório / Comissão Nacional da Verdade*. Vol. 1. Comissão Nacional da Verdade. Brasília: CNV, 2014.

BREMS, Eva. The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-law of the European Court of Human Rights. *Zeitschrift Fur Ausländisches Öffentliches Recht Und Völkerrecht*, Vol. 56, p. 230-314, 1996.

BRUNNER, Lisl. Double Jeopardy in The Inter-American System of Human Rights: Balancing the Right and the Remedy. *Intercultural Human Rights Law Review*, Vol. 07, p. 243-276, 2012.

CALDWELL, Peter C. *Popular sovereignty and the crisis of german constitutional law: The theory and practice of Weimar constitutionalism*. London: Duke University Press, 1997.

CAMPAGNOLO, Umberto; KELSEN, Hans. *Direito Internacional e Estado Soberano*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Reflexiones sobre los Tribunales Internacionales contemporáneos y la búsqueda de la realización del ideal de la justicia internacional. *Cursos de Derecho Intenacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2010*. Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2011, p. 17-96.

_____. The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion No. 16 (1999) of the Inter-American Court of Human Rights on International Case-law and Practice. *Chinese Journal of International Law*, Vol. 06, No. 01, p. 01-16, 2007.

_____. *Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos*. Vol. III. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

_____. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil*. 2ª ed. Brasília: Editora UNB, 2000.

_____. Reflexiones sobre el Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. In: MÉNDEZ, Juan E; COX, Francisco (Coord.). *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección a Los Derechos Humanos*. San Jose: IIDH, 1998, p. 573-603.

_____. *O esgotamento de recursos internos no direito internacional*. Brasília: Editora Unb, 1997a.

_____. *Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos*. Vol. I. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997b.

_____. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

CANDIA, Gonzalo. Comparing Diverse Approaches to the Margin of Appreciation: The Case of the European and the Inter-American Court of Human Rights. Working Paper. (March 9, 2014), p. 01-24, acesso em 01 de Agosto de 2014.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARLOS HITTERS, Juan. Un avance en el control de convencionalidad: El efecto ‘erga omnes’ de las sentencias de la Corte Interamericana. *Estudios Constitucionales*, Año 11, N° 2, Santiago, p. 695-710, 2013.

_____. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación: Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, Año 7, N° 2, p. 109-128, 2009.

CAROZZA, Paolo G. Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law. *American Journal of International Law*, v. 97, n° 01, p. 38-79, 2003.

CARTER, William. M. Rethinking Subsidiarity in International Human Rights Adjudication. *Hamline Journal of Public Law and Policy*, Vol. 30, n° 02, p. 319 -334, 2008.

CARTY, Anthony. Interwar German Theories of International law: the Psychoanalytical and Phenomenological Perspectives of Hans Kelsen and Carl Schmitt. *Cardozo Law Review*, Vol. 16, nº 04, jan., p. 1235–1292, 1995.

CARVALHO RAMOS, André de. O Diálogo das Cortes: o caso da obrigatoriedade do diploma de jornalismo. In: Robério Nunes dos Anjos Filho (Org.). *STF e Direitos Fundamentais: Diálogos contemporâneos*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 19-38.

_____. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 2a. ed. São Paulo: Saraiva, 2012a.

_____. *Pluralidade das Ordens Jurídicas: A Relação do Direito Brasileiro com o Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2012b.

_____. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CASTRO, Marcus Faro de. Pluralismo jurídico: principais ideias e desafios. In: SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *Manual de Sociologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 157-177.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CAVALLARO, James; BREWER, Stephanie. Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court. *The American Journal of International Law*, vol. 102, n. 04, 2008, p. 768-827.

CENEVIVA, Walter. *Direito Constitucional Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CHOUDHRY, Sujit. Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitutional interpretation, *Indiana Law Journal*, vol. 74, nº 03, p. 819-892, 1999.

COELHO, Inocêncio Mártires. O perfil constitucional do Estado contemporâneo: o estado democrático de direito. *Revista de informação legislativa*, v. 30, nº 118, p. 05-18, abr./jun., 1993.

CONDÉ, Victor H. *A handbook of international human rights terminology*. 2ª ed. Lincoln: University of Nebraska Press, 2004.

CONTESSÉ, Jorge. The Last Word? Control of Conventionality and the Possibility of Conversations with the Inter-American Court of Human Rights. 2012. http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Eng_20130514.pdf. p. 01-28, acesso em 12 de Agosto de 2014.

_____. Constitucionalismo Interamericano: Algunas Notas Sobre las Dinámicas de Creación e Internacionalización de los Derechos Humanos. In: CULLETON, Alfredo (et. al.). *Direitos Humanos e integração Latino-Americana*. Porto Alegre: Entrementes Editorial, 2011, p. 163-178.

CONTRERAS, Pablo. National discretion and international deference in the restriction of human rights: a comparison between the jurisprudence of the European and the Inter-American court of human rights. *Northwestern Journal of International Human Rights*, Vol. 11, nº 01, p. 28-82, 2012.

CORRÊA, Oscar Dias. *A Constituição de 1988: contribuição crítica*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

CORREIA, Theresa Rachel Couto. *Corte Interamericana de Direitos Humanos: Repercussão jurídica das opiniões consultivas*. Curitiba: Juruá, 2008.

CORTÁZAR, María. Las Garantías Judiciales. Análisis a partir de los estándares de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, Vol. 15, nº 30, Bogotá, 2012, p. 65-79.

COSTA, Thales Morais da. Conteúdo e Alcance da Decisão do STF Sobre a Lei de Imprensa na ADPF 130. *Revista Direito GV*, Vol. 19, São Paulo, p. 119-154, Jan-Jun, 2014.

COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 95-198.

COUTO, Estêvão Ferreira. *A relação entre o interno e o internacional: concepções cambiantes de soberania, doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COVELL, Charles. *The Law of Nations in Political Thought: A Critical Survey from Vitoria to Hegel*. Basingstoke: Palgrave, 2009.

COX, Richard H. Hugo Grotius. In.: STRAUSS, Leo; CROPSEY, Joseph. *History of Political Philosophy*. 3ª ed. Chicago: The University of Chicago Press, 1987, p. 386-396.

CRAIG, Paul. Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework. *Public Law*, Vol. 21, 1997, p. 467-487.

CRAWFORD, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*. 8ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

CRAWFORD, James. The UN human rights treaty system: a system in crisis? In.: ALSTON, Philip. *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 01-14.

CREMA, Luigi. Are Amnesties still An Option? A Non-Policy Based Critique of the Inter-American Approach. The Center for Civil & Human Rights. Working Paper Series #6, April, 2013. <http://law.nd.edu/assets/99931/cremaamnesties.pdf>. Acesso em 14 de março de 2015.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

DAHL, Robert A.. *Democracy and Its Critics*. New Haven: Yale University Press, 1989.

DALLARI, Pedro *Constituição e relações exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1994.

DANTAS, Ivo. *Direito Adquirido, Emendas Constitucionais e o Controle de sua Constitucionalidade*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Constituição federal: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

DAWIDOWICZ, Martin. The Effect of the Passage of Time on the Interpretation of Treaties: Some Reflections on *Costa Rica v. Nicaragua*. *Leiden Journal of International Law*, Vol. 24, nº 01, p. 201–222, 2011.

DE BAETS, Antoon. Historical Imprescriptibility. *Storia della Storiografia*, Vol. 59-60, 2011, p. 128-149.

DE SCHUTTER, Olivier. *International Human Rights Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

DE WET, Erika. *Jus cogens* and obligations *erga omnes*. In.: SHELTON, Dinah (Ed.). *Oxford Handbook International Human Rights Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 541-562.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Trad. de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DÍAZ GARCÍA, Elías, Teoría general del Estado de derecho. *Revista de Estudios Políticos*, nº 131, 1963.

_____. Estado de derecho y democracia. *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 19-20, p. 201-217, 2001-2002.

DIMOULIS, Dimitri. Justiça de transição e função anistiantes no Brasil. Hipostasiações indevidas e caminhos de responsabilização. In.: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert (Org.). *Justiça de transição no Brasil: Direito, responsabilização e verdade*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 91-127.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v.1.

DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DOBROWOLSKI, Silvio. O pluralismo jurídico na constituição de 1988. *Revista de informação legislativa*. vol. 28, nº 109, p. 127-136, jan./mar., 1991.

DONOSO, Gina. Inter-American Court of Human Rights' reparation judgments. Strengths and challenges for a comprehensive approach. *Revista IIDH*, Vol. 49, p. 29-69, 2009.

DONNELLY, Jack. The Relative Universality of Human Rights. *Human Rights Quarterly*, Vol. 29, nº 02, p. 281–306, 2007.

_____. *International Human Rights: Dilemmas in World Politics*. 2^a ed. Colorado: Westview Press, 1998.

DOUGLAS, Zachary. International Responsibility For Domestic Adjudication: Denial of Justice Deconstructed. *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 63, nº 04, Set, p.01-34, 2014.

DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, Vol. 50, nº 01, p. 45-93, 2015.

DWORKIN, Ronald. A New Philosophy for International Law. *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 41, nº 01, p. 02-30, 2013.

_____. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

_____. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cippola. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Uma Questão de Princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. Equality, Democracy, and Constitution: We the People in Court. *Alberta Law Review*, Vol. 28, nº 2, p. 324-346, 1990.

_____. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

DZEHTSIAROU, Kanstantsin. European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights. *German Law Journal*, Vol. 12, nº 10, p. 1.730-1.745, 2011.

ELEFTHERIADIS, Pavlos. Pluralism and Integrity. *Ratio Juris*, Vol. 23, nº 03, Set, p. 365–389, 2010.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes: 2010.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FALLON JR., Richard H. How to choose a constitutional theory. *California Law Review*, Berkeley, Vol. 87, nº 03, p. 535-580, 1999.

_____. A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation. *Harvard Law Review*, vol. 100, nº 06, p. 1.189-1.286, 1987.

- FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- FERDINANDUSSE, Ward. Out of the Blackbox? The International Obligation of State Organs. *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 29, nº 01, p. 45-127, 2003.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. El daño al "proyecto de vida" en la jurisprudencia de la corte interamericana de los derechos humanos. In.: CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio (Coord.) *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*. Madrid: Thomson/Civitas: Vol. 1, 2002, p. 531-566.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 39ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. *Estado de Direito e Constituição*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal. *Revista IIDH*, Vol. 59, p. 29-118, 2014.
- _____. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. In.: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords.) *Estudos Avançados de Direitos Humanos: Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 627-705.
- FISCHER, Luly. Os recortes na terra dos "Filhos do Guaraná": implicações jurídicas das sobreposições de unidades de conservação na terra indígena Andirá-Maraú. In: *XV Congresso Nacional de Pós-Graduação em Direito, 2007, Manaus*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.
- FISHER, Louis; DEVINS, Neal. *The Democratic Constitution*. New York: Oxford University Press, 2004.
- FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: interpretation as political process*. Princeton: Princeton University Press, 1988.
- FRAGA, Mirtô. *O Conflito entre Tratado Internacional e Norma de Direito Interno*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- FRIEDMAN, Andrew. Beyond Cherry-Picking: Selection Criteria for the Use of Foreign Law in Domestic Constitutional Jurisprudence. *Suffolk University Law Review*, Vol. 44, nº 04, p. 873-889, 2011.
- FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: How public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

_____. The Cycles of Constitutional Theory. *Law and Contemporary Problems*, vol. 67, nº 03, p. 149-174, 2004.

FUENTES TORRIJO, Ximena. La protección de la libertad de expresión en el sistema interamericano de derechos humanos y la promoción de la democracia. *Revista de Derecho*, Valdivia, vol. 13, nº 02, p. 225-244, 2002.

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

GARCIA, Ruben J. Ten Years After Hoffman Plastic Compounds, Inc. V. NLRB: The Power Of A Labor Law Symbol. *Cornell Journal of Law and Public Policy*, Vol. 21, nº 03, p. 659-675, 2012.

GARCÍA-SALMONES, Mónica Rovira. *The Project of Positivism in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

GARDBAUM, Stephen. Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism. *International Journal of Constitutional Law*, New York, vol. 8, nº 02, p. 167–206, 2010.

_____. Human Rights as International Constitutional Rights. *The European Journal of International Law*, Vol. 19, nº 04, p.749-768, 2008.

_____. The new commonwealth model of constitutionalism. *American Journal of Comparative Law*, Vol. 49, nº 03, p. 707-760, 2001.

GARGARELLA, Roberto. Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman. 2012 http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf. p. 01-22, acceso em 01 de Agosto de 2014.

GOMES, Luiz Flávio ; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Crimes contra a humanidade e a jurisprudência do sistema interamericano de direitos humanos. In: _____. (Org.). *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Argentina, Brasil, Chile e Uruguai). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 87-103.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar. *Conflicto y cooperación entre la constitución española y el derecho internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

GONZÁLEZ, Felipe. The experience of the Inter-American Human Rights System. *Victoria University Wellington Law Review*, vol.40, nº 01, p.103-126, 2009.

GONZÁLEZ MORALES, Felipe. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: antecedentes, funciones y otros aspectos. *Anuario de Derechos Humanos*, Nº 5, Santiago de Chile, p. 35-57, 2009.

GONZÁLEZ-SALZBERG, Damián A. Economic and social rights within the Inter-American Human Rights System: thinking new strategies for obtaining judicial protection. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, nº 18, jan-jul, Bogotá, p. 117-154, 2011.

GONZÁLEZ SERRANO, Andrés. La Excepción Preliminar: Falta de Agotamiento de Recursos Internos ¿Un Mecanismo Efectivo de Defensa Estatal? *Prolegómenos - Derechos y Valores*, Vol. 13, n° 26, Jul. – Dez, Bogotá, p. 245-265, 2010.

GORDILLO, Luis. *Interlocking Constitutions: Towards an Interordinal Theory of National, European and UN Law*. Oxford: Hart Publishing, 2012.

GREER, Steven; WILDHABER, Luzius. Revisiting the Debate about ‘constitutionalising’ the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review*, Vol. 12, n° 04, p. 655-687, 2012.

_____. The Interpretation of the European Convention on Human Rights: Universal Principle or Margin of Appreciation? *UCL Human Rights Review*, Londres, Vol. 03, 2010, p. 01-14.

_____. *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

GRIFFITHS, John. What is Legal Pluralism? *Journal of Legal Pluralism*, n° 24, p. 01-55, 1986.

GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 26ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

GUERRA, Sidney. *Direito humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GROSSMAN, Claudio. Challenges to Freedom of Expression within the Inter-American System: A Jurisprudential Analysis. *Human Rights Quarterly*, Vol. 34, n° 02, p. 361-403, 2012.

_____. The Inter-American System and its Evolution. *Inter-American and European Human Rights Journal*. Vol. 2, n° 01-02, p. 49-65, 2009.

GROSSMAN, Nienke. Sex on the Bench: Do Women Judges Matter to the Legitimacy of International Courts? *Chicago Journal of International Law*, Vol. 12, n° 2, p. 647-685, 2012.

GUTIÉRREZ RAMÍREZ, Luis Miguel. La obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos en contextos de justicia transicional. *Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 16, n° 02, Bogotá, Jul-Dez, p. 23-60, 2014.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Why deliberative democracy?* Princeton: Princeton University Press, 2004.

HARRIS, D.J.; O’BOYLE, M.; WARBRICK, C. *Law of the European Convention on Human Rights*. 2ª. Oxford: Oxford University Press, 2009.

_____. Regional Protection of Human Rights: The Inter-American Achievement. In.: HARRIS, David; LIVINGSTONE, Stephen (eds) *The Inter-American System of Human Rights*. London: Clarendon Press, 1998, p. 01-30.

HART, Herbert. *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*. Trad: José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves: Rio de Janeiro: Elsevier Campus, 2010.

_____. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

_____. Are there any Natural Rights? In: WALDRON, Jeremy (Ed.). *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 77-90.

HELPER, Laurence R. Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights. *Cornell International Law Journal*, Vol. 26, nº 01, p. 133-165, 1993.

HELMERSEN, Sondre Torp. Evolutive Treaty Interpretation: Legality, Semantics and Distinctions. *European Journal of Legal Studies*, Vol. 6, nº 01, p. 127-148, 2013.

HESSBRUEGGE, Jan Arno. Justice delayed, not denied: statutory limitations and human rights crimes. *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 43, nº 02, p. 335-386, 2012.

HIEBERT, Janet. *Charter Conflicts: what is the Parliament role?* Montreal: McGill-Queen's University Press, 2002.

HOGG, Peter W.; THORNTON, Allison A. Bushell; WRIGHT, Wade K., Charter Dialogue Revisited – Or Much Ado About Metaphors. *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 45, nº 01, p. 01-65, 2007.

_____; THORNTON, Alisson A. Reply to Six Degrees Of Dialogue. *Osgood Hall Law Journal*, vol. 37, nº 03, Toronto, p. 529-536, 1999.

_____; BUSHELL, Allison A. The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all). *Osgoode Law Journal*, vol. 35, nº 1, p. 75-124, 1997.

HOLMES, Stephen. Pre-commitment and the paradox of democracy. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993, p. 195-240.

HUNEEUS, Alexandra Valeria. Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human. *Cornell International Law Journal*, Vol. 44, nº 3, agosto, p. 101-155, 2011.

JACKSON, John. Status of treaties in domestic legal systems: a policy analysis. *American Journal of International Law*, Vol. 86, nº 02, abril, p. 310-340, 1992.

JACKSON, Vicki. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. New York: Oxford University Press, 2010.

- JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- JAKLIC, Klemen. *Constitutional Pluralism in the EU*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- JANIS, Mark Weston. *International Law*. 5ª ed. New York: Aspen Publishers, 2008.
- JEFFERY, René. *Amnesties, accountability, and human rights*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014.
- JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. México: Cia. Editora Continental, 1958.
- JEVEAUX, Geovany Cardoso. Os efeitos das normas internacionais nos ordenamentos jurídicos nacionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 43, Vol. 172, out./dez, p. 85-98, 2006.
- JO, Hee Moon. *Introdução ao Direito Internacional*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2004.
- KAPLAN, Morton & KATZENBACH, Nicholas. *Fundamentos políticos do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Zahar, 1964.
- KELLER, Helen; SWEET, Alec Stone. Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems. _____ (eds.). *A Europe of rights: the impact of the ECHR on national legal systems*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 677-712.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes: 2006.
- _____. *Teoria Geral do Direito e Do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KENNEDY, David. International Law and the Nineteenth Century: History of an Illusion. *Quinnipiac Law Review*, Vol. 17, nº 01, p. 99-138, 1997.
- KLABBERS, Jan; PIIPARINEN, Touko. Normative pluralism: an exploration. In.: KLABBERS, Jan; PIIPARINEN, Touko (eds.). *Normative pluralism and international law: exploring global governance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 13-34.
- KONEVA, A.E. Challenges Facing the Human Rights Treaty Body System. *Bulletin of Peoples' Friendship University of Russia*, nº 1, 2014, p. 245-255.
- KOSKENNIEMI, Martti. *From apology to utopia: the structure of international legal argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- KRATOCHVÍL, Jan. The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 29, nº 03, p. 324-357, 2011.
- KROTOSZYNSKI JR., Ronald J. I'd Like to Teach the World to Sing (in Perfect Harmony): International Judicial Dialogue and the Muses: Reflections on the Perils and the Promise of International Judicial Dialogue. *Michigan Law Review*, Vol. 104, nº 06, Maio, p. 1.327-1.358, 2006.

KRISCH, Nico. Who is Afraid of Radical Pluralism? Legal Order and Political Stability in the Postnational Space. *Ratio Juris*, Vol. 24, nº 04, Dez, p. 386–412, 2011.

_____. The Case for Pluralism in Postnational Law. *Law, Society and Economy Working Papers*, Nº 12, 2009, p. 1-45, disponível em: http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2009-12_Krisch.pdf. Acessado em 06 de junho de 2014.

LEAL, Roger Stiefelman. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEDESMA FAÚNDEZ, Héctor. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*. 3ª ed. São José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

LEGG, Andrew. *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

LETSAS, George. *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

LIJPHART, Arend, *Modelos de Democracia: Desempenho e padrões de governo em 36 países*, Tradução Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

LIMA, Raquel da Cruz. *O Direito Penal dos Direitos Humanos: Paradoxos no discurso punitivo da Corte Interamericana de Direitos*. 2013. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

_____. A emergência da responsabilidade criminal individual no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Lua Nova*, Vol. 86, São Paulo, p. 187-220, 2012.

LIMA JR., Jayme Benvenuto. O sistema global de proteção dos Direitos Humanos. LIMA JR., Jayme Benvenuto (org.). *Manual de Direitos Humanos Internacionais*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 37-77.

LIMA MARQUES, Claudia; LIXINSKI, Lucas. Treaty Enforcement by Brazilian Courts: Reconciling Myths and Ambivalences? *Brazilian Yearbook of International Law*, Vol. 04, nº 01, p. 138-169, 2009.

LINDGREN ALVES, José Augusto. *A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: FTD, 1997.

_____. *Direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 1994.

LIXINSKI, Lucas. Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law. *The European Journal of International Law*, Vol. 21, nº 3, p. 585–604, 2010.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LÓPEZ GUERRA, Luis. El Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos. In.: GALINDO, George; URUEÑA, René Fernando; TORRES PÉREZ, Aida (Orgs.). *Protección Multinivel de Derechos Humanos*. Manual. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2013, p. 165-186.

LOUREIRO, Violeta Refkalefsky. Desenvolvimento, meio ambiente e Direito dos índios: da necessidade de um novo *ethos* jurídicos. *Revista Direito GV*, vol. 6, p. 503-526, 2011.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. O Brasil é dualista? Anotações sobre a vigência de normas internacionais no ordenamento brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 46, nº 184, out./dez, p. 29-45, 2009.

LUTZ, Ellen. Responses to Amnesties by the Inter-American System for the Protection of Human Rights. In.: HARRIS, David; LIVINGSTONE, Stephen (eds) *The Inter-American System of Human Rights*. London: Clarendon Press, 1998, p. 345-371.

MACCORMICK, Neil. *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth*. Oxford: OUP, 1999.

_____. The Maastricht-Urteil: sovereignty now. *European Law Journal*, Marseille, vol. 01, nº 03, p. 259-266, 1995.

MACFARLANE, Emmett. Conceptual Precision and Parliamentary Systems of Rights: Disambiguating "Dialogue". *Review of Constitutional Studies*, Vol. 17, nº 02, p. 73-100, 2012.

MACHADO, Natália Paes Leme. A "plena" liberdade de expressão e os direitos humanos: análise da jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos e o julgamento da ADPF 130. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, vol. 10, nº 02, p. 280-296, 2013.

MACINA, Alan. Avena & Other Mexican Nationals: The Litmus for Lagrand & the Future of Consular Rights in the United States. *California Western International Law Journal*, Vol. 34, nº 01, p. 115-143, 2003.

MADRUGA, Antenor. Constituição brasileira de 1988: Monista ou dualista? *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 45, Vol. 179, jul./set., p. 135-140, 2008.

MADURO, Miguel Poiars. In Search of a Meaning and not in Search of the Meaning: Judicial Review and the Constitution in Times of Pluralism. *Wisconsin Law Review*, Vol. 2, nº 02, p. 541-563, 2013.

_____. Three Claims of Constitutional Pluralism. In: AVBELJ, Matej; KOMÁREK, Jan. *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*. Portland: Hart Publishing: 2012, p. 67-85.

_____. Contrapunctual law: europe's constitutional pluralism in action. In.: WALKER, Neil (Coord.) *Sovereignty in Transition*. Oxford: Hart Publishing, 2003, p. 501-537.

MAGALHÃES, Breno Baía; SOZINHO, D. T. M ; CARVALHO, G. B. . Entre a forma e a matéria: a distinção entre tratados internacionais de direitos humanos materialmente e formalmente constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 201, p. 275-296, 2014.

MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MALISKA, Marcos Augusto. *Estado e Século XXI: A integração supranacional sob a ótica do direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MANFREDI, C. P.; KELLY, J. B. Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell. *Osgode Hall Law Journal*, vol.37, n. 03, p. 513-527, 1999.

MANNONI, Stefano. Estado nacional de Direito e direito internacional. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 585-610.

MARKESINIS, Basil; FEDTKE, Joerg. *Judicial recourse to Foreign Law: A new source of Inspiration?* Oxford: Routledge-Cavendish, 2006.

MARMOR, Andrei. *Philosophy of Law*. Princeton: Princeton University Press, 2011.

MARQUES, Fransisco. O problema da participação política no modelo deliberativo de democracia. *Revista de Sociologia e Política*, vol. 20, nº 41, p. 21-35, 2012.

MARTIN, Cláudia. Catching Up with the Past: Recent Decisions of the Inter-American Court of Human Rights Addressing Gross Human Rights Violations Perpetrated During the 1970–1980s. *Human Rights Law Review*, Vol. 07, nº 04, p. 774-792, 2007.

MARTÍNEZ VENTURA, Jaime. El Salvador. In. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (coord.) *Transitional Justice. Reports from Latin America, Germany, Italy and Spain*. Montevideo: Konrad Adenauer, 2009, p. 301-324.

MARTINICO, Giuseppe. Judging in the Multilevel Legal Order: Exploring the Techniques of “Hidden Dialogue”. *King’s Law Journal*, Vol. 21, nº 02., Jul, p. 257-281, 2010.

MAUÉS, Antonio Moreira. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos*, vol. 10, nº 18, jun, p. 215-235, 2013.

_____. Constituição e Pluralismo Vinte Anos Depois. In: XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009, Brasília. *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 7552-7567.

_____. O Direito à Vida na Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: WEYL, Paulo (Org.). *Direitos Humanos em Concreto*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 45-68.

_____. *Poder e Democracia: O Pluralismo Político na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MAYER, Franz C.; WENDEL, Mattias. Multilevel Constitutionalism and Constitutional Pluralism. In: AVBELJ, Matej; KOMÁREK, Jan. *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*. Portland: Hart Publishing, 2012, p. 127-151.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito Internacional Público: Parte Geral*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011a.

_____. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011b.

_____. *Tratados internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MCGINNIS, John O; MOVSESIAN, Mark L. The World Trade Constitution. *Harvard Law Review*, Vol. 114, nº 05, p. 512-605, 2000.

MEDINA QUIROGA, Cecilia. Los 40 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana. *Anuario de derechos humanos*, nº 05, Santiago, p. 15-34, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELO, Mario. Últimos avanços na justiciabilidade dos direitos indígenas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos*. vol. 03, nº 04, p. 30-47, 2006.

MELO, Raïssa de Lima e. *Pluralismo Jurídico: para além da visão monista*. Campina Grande: EDUEP, 2001.

MELISH, Tara J.. From Paradox to Subsidiarity: The United States and Human Rights Treaty Bodies. *Yale Journal of International Law*, Vol. 34, nº 02, 2009, p. 389-462.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Vol. 1. 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 1-33.

MENDES, Conrado. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford, 2013.

_____. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEYER, Emilio Peluso Neder. *Responsabilização por graves violações de direitos humanos na ditadura de 1964-1985: a necessária superação da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153/DF pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2012, 303 f. Tese (doutorado da Universidade Federal de Minas Gerais Faculdade de Direito Programa de Pós-Graduação em Direito), Belo Horizonte, 2012.

MEZAROBBA, Glenda. Entre Reparações, Meias Verdades e Impunidade: O Difícil Rompimento Com o Legado da Ditadura no Brasil. *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos*, vol. 07, nº 13, dez, p. 07-25, 2010.

MICHAELS, Ralf. Global legal pluralism. *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 05, p. 243-262, 2009.

_____. The Re-State-Ment of Non-State Law: The State, Choice of Law, And The Challenge From Global Legal Pluralism. *The Wayne Law Review*. Vol. 51, nº 04, p. 1.209-1.259, 2005.

MOCOROA, Juan M. Justicia transicional y Corte Interamericana de Derechos Humanos: una propuesta de justificación. *Jurídicas*. Vol. 10, nº 02, p. 24-39, 2013.

MOORE, Sally Falk. Certainties undone: fifty turbulent years of legal anthropology, 1949-1999. *The Journal of the Royal Anthropological Institute*. Vol. 7, nº 01, março, p. 96-116, 2001.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; GHIDALEVICH, Fabíola Girão Monteconrado. Brasil. In. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (coord.) *Transitional Justice*. Reports from Latin America, Germany, Italy and Spain. Montevideo: Konrad Adenauer, 2009, p. 171-201.

NAPOLITANO, Carlo José. A Liberdade de Imprensa Vista Pelo Supremo Tribunal Federal: Análise da ADPF nº 130. *Direitos Fundamentais & Justiça*. Vol. 15, p. 258-268, abr./jun., 2011.

NASH ROJAS, Claudio. Las Relaciones Entre el Derecho de la Vida Privada y el Derecho a la Libertad de Información en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, Año 6, Nº 1, pp. 155-169, 2008.

NEFF, Stephen C. A short History of International Law. In.: EVANS, Malcolm (org.) *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 31-58.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Cosntituição Federal Comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NEUMAN, Gerald. Subsidiarity. In.: SHELTON, Dinah (Ed.). *Oxford Handbook International Human Rights Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 360- 379.

_____. The External Reception of Inter-American Human Rights Law, *Quebec Journal of International Law*, Edição Especial, p. 99-125, 2011.

_____. Import, export, and regional consent in the Inter-American Court of Human Rights. *The European Journal of International Law*, vol. 19, nº 01, p. 101-123, 2008.

_____. Human rights and constitutional rights: harmony and dissonance. *Stanford Law Review*, Stanford, vol.55, nº 05, p.1.863-1.900, 2003.

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

NIJMAN, Janne; NOLLKAEMPER, Andre. Introduction. In.: NIJMAN, Janne; NOLLKAEMPER, Andre (Coord.) *New Perspectives on the Divide between International and National Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 01-14.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à Análise do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em Direito no Brasil. *Novos Estudos*, n. 66, p. 145-154, julho, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUÑES POBLETE, Manuel. Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos, In.: NUÑES POBLETE, Manuel; ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (Coord.) *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*. México: UNAM: 2012, p. 03-49.

O'FLAHERTY, Michael. Reform of the UN Human Rights Treaty Body System: Locating the Dublin Statement. *Human Rights Law Review*. Vol. 10, nº 02, p. 319-335, 2010.

OLIVARES ALANÍS, Efrén C. Indigenous Peoples' Rights and the Extractive Industry: Jurisprudence From the Inter-American System of Human Rights. *Goettingen Journal of International Law*, Vol 5, nº 01, p. 187-214, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 15ª ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Supremo relator: processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 27, nº 08, p. 89-115, 2012.

OLIVEIRA, Luciano. Pluralismo Jurídico e Direito Alternativo. Notas para um balanço. In.: RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Orgs.). *Direitos*

humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 371-396.

ORAKHELASHVILI, Alexander. Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights. *European Journal of International Law*, vol. 14, n° 03, p. 529-568, 2003.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Constituição e Direito Internacional: Cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PALU, Oswaldo Luis. *Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição*. São Paulo: RT, 2004.

PARENTI, Pablo F. La Inaplicabilidad De Normas De Prescripción En La Jurisprudencia De La Corte Interamericana De Derechos Humanos. In.: *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montivideu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010, p. 211-229.

PASQUALUCCI, Jo M. *The Practice and Procedure of the Inter-American Court on Human Rights*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

_____. International Indigenous Land Rights: A Critique of the Inter-American Court of Human Rights in Light of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. *Wisconsin International Law Journal*, vol. 27, n° 01, p. 51-98, 2009.

_____. Criminal Defamation and the Evolution of the Doctrine of Freedom of Expression in International Law: Comparative Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 39, n° 01, jan., p. 379-432, 2006a.

_____. The Evolution of International Indigenous Rights in the Inter-American Human Rights System. *Human Rights Law Review*, Vol. 06, n° 02, p. 281-322, 2006b.

PEDONE, Joanne; KLOSTER, Andrew R.. New Proposals For Human Rights Treaty Body Reform. *Journal of Transnational Law & Policy*, Vol. 22, n° 01, p. 30-83, 2013.

PEREIRA, Bruno Yepes. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2006.

PERNICE, Ingolf. The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action. *The Columbia Journal of European Law*, Vol. 15, No. 3, p. 350-407, 2009.

_____; MAYER, F. C. De la constitution composée de l'Europe. *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol. 36, n° 04, out-dez, p. 623-647, 2000.

_____. Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited. *Common Market Law Review*, Vol. 36, p. 703-750, 1999.

PETERS, Anne. There is Nothing More Practical than a Good Theory: An Overview of Contemporary Approaches to International Law. *German Yearbook of International Law*, Vol. 44, Berlin, p. 25-37, 2001.

PICKERILL, J. Mitchell. *Constitutional Deliberation in Congress: the Impact of Judicial Review in a Separated System*. Durham: Duke University Press, 2004.

PINHEIRO, Carla. *Direito Internacional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2001.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Diálogo jurisdicional no contexto latino-americano. BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords.) *Estudos Avançados de Direitos Humanos: Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 388-409.

_____. Lei de Anistia, sistema interamericano e o caso brasileiro. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (Org.). *Crimes da Ditadura Militar*. São Paulo: RT, 2011, p. 73-86.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 2^a ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

POSNER, Eric A.; SUNSTEIN, Cass R. The Law of Other States. *Stanford Law Review*, Vol. 59, n° 01, out., p. 131-180, 2006.

POSNER, Richard A. Foreword: a political court. *Harvard Law Review*, vol. 119, n° 1, p. 31-102, 2005.

QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, *La interpretación del los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

QUISPE REMON, Florabel. *Ius cogens* en el Sistema Interamericano: su relación con el debido proceso. *Revista de Derecho*, n.º 34, p. 42-78, 2010.

QUIXADÁ, Letícia Antonio. *O Supremo e os Tratados Internacionais de Direito Humanos: debate jurisprudencial em relação ao nível hierárquico-normativo dos tratados internacionais*. 2009, p. 74 f. Monografia de Especialização (Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público), Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2009.

RAMOS, Alcida Rita. Introdução. RAMOS, Alcida Rita (Org.). *Constituições nacionais e povos indígenas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

RAMOS, Elival da Silva. *A Proteção aos Direitos Adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

RAZ, Joseph. *La Ética en el Ámbito Público*. Barcelona: Gedisa, 2001.

_____. *The Authority of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1979.

REYES-TORRES, Amaury A. El Principio de Igualdad y no Discriminación Como Límite al Margen de Apreciación en el Reconocimiento del Matrimonio Entre Personas del Mismo Sexo. *American University International Law Review*, Vol. 29, n° 04, p. 761-795, 2014.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 11a edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

RIBEIRO, Patrícia Henriques. *As relações entre o direito internacional e o direito interno: conflito entre o ordenamento brasileiro e normas do Mercosul*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RIGAUX, Francois. Hans Kelsen on International Law. *European Journal of International Law*, Vol. 9, n° 02, p. 325-343, 1998.

RODLEY, Nigel. The role and impact of treaty bodies. In.: SHELTON, Dinah (Ed.). *Oxford Handbook International Human Rights Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 541-562, p. 621-649.

RODRIGUES, Maurício. Os tratados internacionais de proteção dos direitos e a constituição. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 157-195.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

RODRIGUEZ-PINZON, Diego. The "Victim" Requirement, The Fourth Instance Forumula and the Notion of "Person" in the Individual Complaint Procedure of the Inter-American Human Rights System. *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol. 7, n° 03, 2001, p. 369-383.

ROSENFELD, Michel. Is Global Constitutionalism Meaningful or Desirable? *The European Journal of International Law*, Vol. 25, n° 01, p. 177-199, 2014.

_____. Rethinking constitutional ordering in an era of legal and ideological pluralism. *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 06, n° 3 & 4, p. 415-455, 2008.

_____. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Neto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROSSI, Julieta; ABRAMOVICH, Víctor. La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 9, n° 01, p. 34-53, 2007.

ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito: antropologia jurídica na modernidade*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ROUSSET SIRI, Andrés Javier. El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Año 01, n° 01, p. 59-79, 2011.

RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo. The Conventionality Control: Examples of (Un)Successful Experiences in Latin America. *Inter-American and European Human Rights Journal*, Vol. 3, nº 01-02, p. 200-219, 2010.

RUIZ MIGUEL, Alfonso. El principio de jerarquía normativa. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 08, nº 24, Set-Dez, p. 135-154, 1988.

SABOIA, Gilberto Vergne. O Brasil e o sistema internacional de direitos humanos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do, e PERRONE-MOISÉS, Cláudia (orgs.). *O Cinquentenário da Declaração dos Direitos do Homem*. São Paulo: Edusp, 1998, p. 219-238.

SAGÜES, Néstor Pedro. Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad: la “constituición convencionalizada”. BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords.) *Estudos Avançados de Direitos Humanos: Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 617-625.

_____. Derecho internacional y derecho constitucional. Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano. In: AHRENS, Helen (Coord.). *El Estado de derecho hoy en América Latina*. Uruguay: Konrad Adenauer, 2012, p. 21-30.

SÁNCHEZ, Joan. *Inter-American Court, Crimes Against Humanity and Peacebuilding in South America*. Barcelona: Institut Català Internacional per la Pau, 2010.

SANDHOLTZ, Wayne; MCCONE, John. *Juggling Rights, Juggling Politics: Amnesty Laws and the Inter-American Court*. International Studies Association/FLACSO Conference, Buenos Aires, 2014. available at <http://web.isanet.org/Web/Conferences/FLACSOSA%20BuenosAires%202014/Archive/5211d97f-650e-4bfd-b352-05f6a013929b.pdf> (last visited Nov. 4, 2014).

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SENDEN, Hanneke. *Interpretation of fundamental rights in a multilevel legal system: an analysis of the European court of human rights and the court of justice of the European Union*. Cambridge: Intersentia, 2011.

SCHLUTTER, Birgit. Aspects of human rights interpretation by UN treaty bodies. In: KELLER, Helen; ULFSTEIN, Geir (Eds.) *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 261-319.

SHAFFER, Gregory. A Transnational Take on Krisch’s Pluralist Postnational Law. *The European Journal of International Law*, Vol. 23, nº 02, p. 565–582, 2012.

SHANY, Yuval. Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law? *European Journal of International Law*. Vol. 16, nº 05, p. 907-940, 2005.

SHAPIRO, Ian. *The State of Democratic Theory*. New Jersey. Princeton University Press, 2003.

- SHAW, Malcolm Nathan. *International Law*. 5^a ed. New York: Cambridge University Press, 2003.
- SHERMAN, Gordon E. *Jus Gentium* and International Law. *American Journal of International Law*. Vol. 12, n^o 01, p. 56-63, 1918.
- SICKER, Martin. Jeremy Bentham on Law and Jurisprudence. *Modern Age*, vol. 22, n^o 03, p. 277-284, 1978.
- SIEGHART, Paul. *The International Law of Human Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1983.
- SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade: Diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 276 f. Tese (doutorado em direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2013.
- SILVA, Ênio Moraes da. O Estado democrático de direito. *Revista de informação legislativa*, vol. 42, n. 167, p. 213-229, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____. *Um Pouco de Direito Constitucional Comparado*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SILVA, Roberto Luiz. *Direito Internacional Público*. 2^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 11, n^o. 03, p. 557-584, 2013.
- _____. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: _____. (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-143.
- SITARAMAN, Ganesh. The use and abuse of foreign law in constitutional interpretation. *Harvard Law Journal of Law & Public Policy*, vol. 32, n. 02, p. 653-693, 2009.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*. Princeton: Princeton University Press, 2004.
- _____. A Typology of Transjudicial Communication. *University of Richmond Law Review*, n^o. 29, p. 99-137, 1994.
- SLOSS, David. Treaty enforcement in domestic courts: a comparative analysis. _____. (Org.). *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 01-66.
- SOMEK, Alexander. Monism: A Tale of the Undead. In: AVBELJ, Matej; KOMÁREK, Jan. *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*. Portland: Hart Publishing, 2012, p. 343-409.

_____. Kelsen Lives. *The European Journal of International Law*, vol 18, nº 3, p. 409-451, 2001.

SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. *Sociologia do Direito: uma visão substantiva*. Porto Alegre: SAFE, 2003.

STOLLEIS, Michael. *A history of public law in Germany 1914-1945*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

STRAUSS, David A. What is Constitutional Theory? *California Law Review*, Vol. 87, nº 04, p. 581-592, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria do Estado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. “Accountability” e jurisprudência do STF: estudo empírico de variáveis institucionais e estrutura das decisões. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de. (Org.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 75-116.

_____; PINTO, Henrique Motta. Três Desafios para Melhorar a Jurisdição Constitucional Brasileira. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de. (Org.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 19-52.

SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of Many Minds*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

_____. *Designing democracy: what constitutions do*. Nova York: Oxford University Press, 2001.

SWEET, Stone Alec. The Structure of Constitutional Pluralism: Review of Nico Krisch, Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Post-National Law. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, nº 02, 2013, p. 491-500.

SWEET, Alec Stone. The European Convention on Human Rights and National Constitutional Reordering. *Cardozo Law Review*. Vol. 33, nº 05, p. 1.859-1.868, 2012

SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. Punição para os crimes da ditadura militar: contornos do debate. In.: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert (Org.). *Justiça de transição no Brasil: Direito, responsabilização e verdade*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23-60.

TAMANAH, Brian. Understanding legal pluralism: past to present, local to global. *Sydney Law Review*, Vol. 30, nº 03, set., p. 375-411, 2008.

TATENO, Felipe Kazuo. A regulamentação das profissões e o princípio da liberdade profissional no STF. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de. (Org.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 441-454.

TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça*. Comentários completos à emenda constitucional n° 45/04. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEREZO, Cristina Figueiredo. *Sistema interamericano de direitos humanos: pela defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Curitiba: Appris, 2014.

THEDE, Nancy; BRISSON, Hughes. International Relations and the Inter-American System of Human Rights Promotion and Protection. Strategic Exploitation of Windows of Opportunity. *Quebec Journal of International Law*, Edição Especial, p. 07-36, 2011.

TODA CASTAN, Daniel. The Transformation of the Inter-American System for the Protection of Human Rights: the structural impact of the Inter-American Court's case law on amnesties. *Global Campus Awarded Theses 2010/2011*. Venice: EIUC, 2013.

TORO HUERTA, Mauricio Ivan del. El principio de la subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos con especial referencia al sistema interamericano. In.: BECERRA RAMÍREZ, Manuel (Coord.) *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a Veinticinco Años de su Funcionamiento*. México: UNAM, 2007, p. 23-61.

TORRES PÉREZ, Aida. *Conflicts of Rights in the European Union: a Theory of Supranational Adjudication*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol 1. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TREMBLAY, Luc. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures. *International Constitutional Law Journal*, vol. 3, n° 04, p. 617-648, 2005.

TRIEPEL, Heinrich. *Droit international et droit interne*. Paris: Oxford, 1920.

_____. As relações entre o direito interno e o direito internacional. Trad. Amílcar de Castro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v.17, n.6, p. 07-64, 1966.

TULLY, James. *Strange Multiplicity: constitutionalism in the age of diversity*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

URUEÑA, René. Luchas locales, cortes internacionales. Una exploración de la protección multinivel de los derechos humanos en América Latina. *Revista Derecho del Estado*, Vol. 30, jan-jun, p. 301-328, 2013.

VALE, André Rufino do. A deliberação no Supremo Tribunal Federal: ensaio sobre alguns problemas e perspectivas de análise teórica. In: FELLETT, Andre; NOVELINO, Marcelo (org.). *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: Juspodivm; 2013, p. 329-348.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Tratados internacionais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues (Coord.). *Tratados internacionais na ordem jurídica brasileira*. São Paulo: Lex Aduaneiras, 2005, p. 13-30.

VENTURA, Deisy. A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, nº 04, jul. / dez., Brasília, p. 196-227, 2010.

_____. *As Assimetrias entre o MERCOSUL e a União Européia: os desafios de uma associação interregional*. São Paulo: Manole, 2003.

VENZKE, Ingo. *How Interpretation Makes International Law: On Semantic Change and Normative Twists*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

VERBEEK, Carol Y.. Free, Prior, Informed Consent: the Key to Self-Determination: an Analysis of the *Kichwa People of Sarayaku v. Ecuador*. *American Indian Law Review*. vol. 37, nº 01, p. 263-282, 2013.

VERMEULE, Adrian. Many-Minds Arguments in Legal Theory. *Journal of Legal Analysis*. Vol. 1, nº 01, p. 01-45, 2009.

VILLARÁN DE LA PUENTE, Susana. Peru. In.: SALAZAR, K.; ANTKOWIAK, T. (Coords.), *Victims Unsilenced: The Inter-American human rights system and transitional justice in Latin America*. Washington: Due Process of Law Foundation, 2007, p. 95-126.

VÍTOLO, Alfredo M. Una novedosa categoría jurídica: el «querer ser». Acerca del pretendido carácter normativo erga omnes de la jurisprudência de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del «control de convencionalidad» *Pensamiento Constitucional*, nº 18, 2013, p. 357-380.

VOJVODIC, Adriana. *Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: Entre vinculação ao passado e a sinalização para o futuro*. 2012. 269 f. Tese de doutorado (doutorado em direito). Departamento de direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

_____; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci. Escrevendo um Romance, Primeiro Capítulo: Precedentes e Processo Decisório no STF. *Revista Direito GV*, Jan-Jun, São Paulo, Vol. 5, n. 01, p. 21-44, 2009.

WALDRON, Jeremy. Response: The Perils of Exaggeration. *The European Journal of International Law*, Vol. 22, nº. 2, p. 389-400, 2011a.

_____, Are Sovereigns Entitled to the Benefit of the International Rule of Law? *The European Journal of International Law*, Vol. 22, Nº 02, p. 315-343, 2011b.

_____. The Rule of International Law. *Harvard Journal of Law & Public Policy*. Vol. 30, nº 01, p. 15-30, 2006.

_____. Foreign law and the modern *Ius Gentium*. *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 119, n. 01, p. 129-147, 2005.

_____. Rights in Conflict. *Ethics*, Vol. 99, nº 03, Abr, p. 503-519, 1989.

_____. Introduction. In: WALDRON, Jeremy (Org.). *Theories of rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984.

WALKER, Neil. Constitutionalism and Pluralism in Global Context. In.: AVBELJ, Matej; KOMÁREK, Jan (Org.). *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*. Portland: Hart Publishing, 2012, p. 17-37.

_____. Rosenfeld's plural constitutionalism. *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 08, nº 03, p. 677-684, 2010.

_____. Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate. LSE 'Europe in Question' *Discussion Paper Series*, nº 08, Londres, p.01-35, Jun., 2009.

_____. Taking Constitutionalism Beyond the State. *Political Studies*, Vol. 56, p. 519-543, 2008a.

_____. Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders, Vol. 6, nº 3 e 4, *International Journal of Constitution Law*, 373-396, 2008b.

_____. Late Sovereignty in the European Union. In.: WALKER, Neil (Coord.). *Sovereignty in Transition*. Oxford: Hart Publishing, 2003, p. 03-32.

_____. The Idea of Constitutional Pluralism. *The Modern Law Review*, Vol. 65, nº 03, maio, p. 317-359, 2002.

_____. Flexibility within a Metaconstitutional Frame: Reflections on the Future of Legal Authority in Europe. In: BURCA, Gráinne de; SCOTT, Joanne. *Constitutional Change in the EU: From Uniformity to Flexibility?* Oxford: Hart Publishing, 2000, p. 9-31.

WATERS, Melissa A. Creeping Monism: the judicial trend toward interpretative incorporation of human rights treaties. *Columbia Law Review*, vol. 107, nº 05, p. 628-705, 2007.

WEICHERT, Marlon Alberto. Suprema Impunidade no Julgamento da ADPF 153. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal - Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011, p. 955-979.

WERNECK VIANNA, Luiz., BURGOS, Marcelo; SALLES, Paula. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social*, São Paulo, vol. 19, nº 2, p. 39-85, 2007.

_____; CARVALHO, Maria Alice Rezende de, PALÁCIOS, Manuel; BURGOS, Marcelo. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WILDHABER, Luzius; HJARTARSON, Arnaldur; DONNELLY, Stephen. No Consensus on Consensus. *Human Rights Law Journal*, Vol. 33, nº 02, dez., p. 248-263, 2013.

_____, A Constitutional Future for the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Journal*. Vol. 23, nº 01, p. 161-165, 2002.

YAMADA, Erica Magami; VILLARES, Luiz Fernando. Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio. *Revista Direito GV*, vol.6, n.1, p. 145-157, 2010.

YAMAMOTO, Toru. *Direito Internacional e Direito Interno*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

YOUNG, Ernest A. Foreign law and the denominator problem. *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 119, n. 01, p. 148-168, Nov. 2005.

YOUROW, Howard Charles. *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European human rights jurisprudence*. Boston: Martinus Nijhoff Publisher, 1995.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 03-94.

ZURN, Christopher F. *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*. New York: Cambridge University Press, 2007.

Tabela de Casos e Decisões

I) Alemanha

1. Tribunal Constitucional Federal da Alemanha

- 1.1 BVerfGE 37, 271 (1974)
- 1.2 BVerfGE 197, 83 (1986)
- 1.3 BVerfGE 89, 155 (1993)
- 1.4 BVerfGE 123, 267 (2009)

II) Brasil

1. Supremo Tribunal Federal

- 1.1 Apelação Civil 9.587/DF (2ª Turma, Relator Lafayette de Andrada, DJ 18/10/1951)
- 1.2 HC 41.296/DF (Tribunal Pleno, Relator Gonçalves de Oliveira, DJ 22/12/64)
- 1.3 RE 80.004/SE (Tribunal Pleno, Relator Xavier De Albuquerque, DJ 29/12/1977)
- 1.4 RE 95.002/PR (1ª Turma, Relator Soares Munoz, DJ 13/11/1981)
- 1.5 ADI 939/DF (Tribunal Pleno, Relator Sydney Sanches, DJ 18/03/1994)
- 1.6 AgR na CR 8.279/AT (Tribunal Pleno, Relator Celso de Mello, DJ 10/08/2000)
- 1.7 MC na ADI 1.480/DF (Tribunal Pleno, Relator Celso de Mello, DJ 18/05/2001)
- 1.8 HC 79.785/RJ (Tribunal Pleno, Relator Sepúlveda Pertence, DJ 22/11/2002)
- 1.9 HC 72.131/RJ (Tribunal Pleno, Relator Moreira Alves, DJ 01/08/2003)
- 1.10 HC 82.424/RS (Tribunal Pleno, Relator Maurício Corrêa, DJ 19/03/2004)
- 1.11 Ext 954/Itália (Decisão Monocrática, Relator Joaquim Barbosa, DJ 24/05/2005)
- 1.12 ADI 1.351/DF (Tribunal Pleno, Relator Marco Aurélio, DJ 30/03/2007)
- 1.13 RMS 26.071 (1ª Turma, Relator Carlos Britto, DJe 01/02/2008)
- 1.14 ADI 2.649/DF (Tribunal Pleno, Relatora Cármen Lúcia, DJe 17/10/2008)
- 1.15 AI no AgR/SP 601.832/SP (2ª Turma, Relator Joaquim Barbosa, DJe 03/04/2009)
- 1.16 RE 466.343/SP (Tribunal Pleno, Relator Cezar Peluso, DJe 05/06/2009)
- 1.17 HC 96.772/SP (2ª Turma, Relator Celso de Mello, DJe 21/08/2009)
- 1.18 ADPF/130 (Tribunal Pleno, Relator Carlos Britto, DJe 06/11/2009)
- 1.19 Ext 1.126/Alemanha (Tribunal Pleno, Relator Joaquim Barbosa, DJe 11/12/2009)
- 1.20 RE 511.961/SP (Tribunal Pleno, Relator Gilmar Mendes, DJe 13/11/2009)
- 1.21 ED no RE 571.572/BA (Tribunal Pleno, Relator Ellen Gracie, DJe 27/11/2009)
- 1.22 ADI 3.510/DF (Tribunal Pleno, Relator Carlos Britto, DJe 27/05/2010)
- 1.23 Rcl. 9.428/DF (Tribunal Pleno, Relator Cezar Peluso, DJe 25/06/2010)
- 1.24 Pet 3.388/RR (Tribunal Pleno, Relator Carlos Britto, DJe 01/07/2010)
- 1.25 ADPF 153/DF (Tribunal Pleno, Relator Eros Grau, DJe 06/08/2010)
- 1.26 AgR no RE 477.554/MG (2ª Turma, Relator Celso de Mello, DJe 26/08/2011)
- 1.27 ADPF 132/DF (Tribunal Pleno, Relator Ayres Britto, DJe 14/10/2011)
- 1.28 ADI 4277/DF (Tribunal Pleno, Relator Ayres Britto, DJe 14/10/2011)
- 1.29 RE 633.703/MG (Tribunal Pleno, Relator Gilmar Mendes, DJe 18/11/2011)
- 1.30 RE 363.889/DF (Tribunal Pleno, Relator Pleno Dias Toffoli, DJe 16/12/2011)
- 1.31 ADPF 101/DF (Tribunal Pleno, Relatora Cármen Lúcia, DJe 04/06/2012)
- 1.32 ADC 29/DF (Tribunal Pleno, Relator Luiz Fux, DJe 29/06/2012)
- 1.33 ACO 312/BA (Tribunal Pleno, Relator Luiz Fux, DJe 21/03/2013)
- 1.34 QO de na AP 470/MG (Tribunal Pleno, Relator Joaquim Barbosa, DJe 22/04/2013)
- 1.35 ADPF 54/DF (Tribunal Pleno, Relator Marco Aurélio, DJe 30/04/2013)
- 1.36 MC na Rcl 16.074/SP (Decisão Monocrática, Relator Ricardo Lewandowski, DJe 07/08/2013)
- 1.37 RE 440.028/SP (1ª Turma, Relator Marco Aurélio, DJe 26/11/2013)
- 1.38 ED na Pet 3.388/RR (Tribunal Pleno, Relator Roberto Barroso, DJe 04/02/2014)
- 1.39 26º AgR na AP 470 (Tribunal Pleno, Relator Roberto Barroso, DJe 17/02/2014)
- 1.40 ADC 19/DF (Tribunal Pleno, Relator Marco Aurélio, DJe 29/04/2014)
- 1.41 RMS 32.732 (2ª Turma, Relator Celso de Mello, DJe 01/08/2014)
- 1.42 AgR no RMS 32.732/DF (2ª turma, Relator Celso de Mello, DJe 01/08/2014)

- 1.43 MC na Rcl 18.290/RJ (Decisão Monocrática, Relator Luiz Fux, DJe 15/08/2014)
- 1.44 MC na Rcl 18.638/CE (Decisão Monocrática, Relator Roberto Barroso, DJe 19/09/2014)
- 1.45 RMS 29.087/DF (2º Turma, Relator Gilmar Mendes, DJe 14/10/2014)
- 1.46 ADPF 186 (Tribunal Pleno, Relator Ricardo Lewandowski, DJe 20/10/2014)
- 1.47 4335/AC (Tribunal Pleno, Relator Gilmar Mendes, DJe 22/10/2014)
- 1.48 RE 591.054/SC (Tribunal Pleno, Relator Marco Aurélio, DJe 26/02/2015)

III) Estados Unidos da América

1. Suprema Corte

- 1.1 *Murray v. The Charming Betsy*, 6 U.S. (2 Cranch) 64 (1804)
- 1.2 *Foster & Elam v. Neilson*, 7 U.S. (2 Pet.) 253 (1829)
- 1.3 *Whitney v. Roberstson*, 124 U.S. 190 (1888)
- 1.4 *Reid v. Covert*, 354 U.S. 1 (1957)
- 1.5 *Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. National Labor Relations Board*, 535 U.S. 137 (2002)
- 1.6 *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005)
- 1.7 *Medellín v. Texas*, 552 U.S. 491 (2008)

IV) Organização das Nações Unidas

1. Corte Internacional de Justiça

- 1.1 *LaGrand Case* (Germany v. United States), nº 104, p. 466 (2001)
- 1.2 *Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals* (Mexico V. United States of America), nº 128, p. 12 (2004)

2. Comitê de Direitos Humanos

- 2.1 General Comment nº 20: Prohibition of torture, or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Article 7 (1992)
- 2.2 Observações Conclusivas do Comitê de Direitos Humanos (CCPR/C/79/Add. 66) (1996)
- 2.3 Comentário Geral nº 29: States of Emergency (article 4) CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001)
- 2.4 General Comment nº 31 Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant (CCPR/C/21/Rev.1/Add.13/26) (2004)
- 2.5 Communication nº 1123/2002, Correia de Matos v Portugal UN Doc CCPR/C/86/D/1123/2002/Rev.1 (2006)

3. Comitê dos Direitos da Criança

- 3.1 Observação Geral nº 05: General Measures of Implementation of the Convention on the Rights of the Child (CRC/GC/2003/5) (2003)
- 3.2 Observação Geral nº 08: The right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment (arts. 19; 28, para. 2; and 37, inter alia) (CRC/C/GC/8 21) (2006)
- 3.3 Observação Geral nº 13: The right of the child to freedom from all forms of violence (CRC/C/GC/13) (2011)

4. Comitê sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de Suas Famílias

- 4.1 Observação Geral nº 02: on the rights of migrant workers in an irregular situation and members of their families (CMW/C/GC/2) (2013)

5. Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial

5.1 Observações Conclusivas do Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial (Cerd/C/104/Add.) (1996)

6. Comitê sobre Desaparecimentos Forçados

6.1 Report of the Committee on Enforced Disappearances Report of the Committee on Enforced Disappearances. Sixth session (17–28 March 2014) Supplement No. 56 (A/69/56) General Assembly (2014)

V) Sistema Europeu de Direitos Humanos

1. Corte Europeia de Direitos Humanos

- 1.1** *Lawless v. Ireland*, (Application no 332/57) Series A, nº 1-3 (1961)
- 1.2** *Ireland vs. United Kingdom*, (Application nº 5310/71), Series A no. 25 (1978)
- 1.3** *Chahal v. United Kingdom*, (App. 22414/93) 23 EHRR 413 (1997)
- 1.4** *Krombach v. França*, (App. nº 29731/96) (2001)
- 1.5** *Correia de Matos v Portugal*, (App. nº 48188/99) (2001)
- 1.6** *Goodwin (Christine) v United Kingdom* (App. 28957/95) 35 EHRR 447 (2002)
- 1.7** *Siliadin v. France* (App. 73316/01) 43 EHRR 287 (2005)
- 1.8** *Saadi v Italy* (Application no. 37201/06) ECHR 179 (2009)
- 1.9** *Gäfgen v. Germany* (App. nº 22978/05) 52 EHRR 1 (2010)
- 1.10** *C.N. v. the United Kingdom* (App. 4239/08) 56 EHRR 24 (2012)

2. Comissão Europeia de Direitos Humanos

2.1 *Greece v. the United Kingdom*, Yearbook II 178 (1958-1959)

VI) Sistema Interamericano de Direitos Humanos

1. Corte Interamericana de Direitos Humanos

a) casos contenciosos

- 1.1** Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1
- 1.2** Caso Fairén Garbí y Solís Corrales Vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 2
- 1.3** Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4
- 1.4** Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5
- 1.5** Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15
- 1.6** Caso Castillo Páez Vs. Perú. Excepciones Preliminares. Sentencia de 30 de enero de 1996. Serie C No. 24
- 1.7** Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33
- 1.8** Caso Blake Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36
- 1.9** Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42
- 1.10** Caso Castillo Páez Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 43

- 1.11** Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de enero de 1999. Serie C No. 44
- 1.12** Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Excepciones Preliminares. Sentencia de 28 de mayo de 1999. Serie C No. 50
- 1.13** Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52
- 1.14** Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54
- 1.15** Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55
- 1.16** Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63
- 1.17** Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de febrero de 2000. Serie C No. 66
- 1.18** Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69
- 1.19** Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74
- 1.20** Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75
- 1.21** Caso Cesti Hurtado Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de mayo de 2001. Serie C No. 78
- 1.22** Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79
- 1.23** Caso Hilaire Vs. Trinidad y Tobago. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001 Serie C No. 80
- 1.24** Caso Constantine y otros Vs. Trinidad y Tobago. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 82
- 1.25** Caso Cantos Vs. Argentina. Excepciones Preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C No. 85
- 1.26** Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88
- 1.27** Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90
- 1.28** Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98
- 1.29** Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100
- 1.30** Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101
- 1.31** Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103
- 1.32** Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104
- 1.33** Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107
- 1.34** Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110
- 1.35** Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111

- 1.36** Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112
- 1.37** Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114
- 1.38** Caso De la Cruz Flores Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115
- 1.39** Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Excepciones Preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C No. 118
- 1.40** Caso Huilca Tecse Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 03 de marzo de 2005. Serie C No. 121
- 1.41** Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 11 de marzo 2005. Serie C No. 123
- 1.42** Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124
- 1.43** Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127
- 1.44** Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129
- 1.45** Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130
- 1.46** Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132
- 1.47** Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133
- 1.48** Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134
- 1.49** Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140
- 1.50** Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 142
- 1.51** Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146
- 1.52** Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147
- 1.53** Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148
- 1.54** Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149
- 1.55** Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152
- 1.56** Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153
- 1.57** Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154
- 1.58** Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 157
- 1.59** Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158

- 1.60** Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160
- 1.61** Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162
- 1.62** Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163
- 1.63** Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164
- 1.64** Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172
- 1.65** Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177
- 1.66** Caso Aplitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182
- 1.67** Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184
- 1.68** Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185
- 1.69** Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193
- 1.70** Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195
- 1.71** Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198
- 1.72** Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206
- 1.73** Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209
- 1.74** Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211
- 1.75** Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212
- 1.76** Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214
- 1.77** Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215
- 1.78** Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216
- 1.79** Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217
- 1.80** Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218
- 1.81** Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219
- 1.82** Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220

- 1.83** Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No.221
- 1.84** Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C no. 226
- 1.85** Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227
- 1.86** Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C No. 229
- 1.87** Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C No. 232
- 1.88** Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 Serie C No. 233
- 1.89** Caso Fleury y otros Vs. Haití. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Serie C No. 236
- 1.90** Caso Fontevecchia y D`Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238
- 1.91** Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239
- 1.92** Caso Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 241
- 1.93** Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245
- 1.94** Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246
- 1.95** Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012 Serie C No. 248
- 1.96** Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250
- 1.97** Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012 Serie C No. 251
- 1.98** Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252
- 1.99** Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012 Serie C No. 253
- 1.100** Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2012. Serie C No. 254
- 1.101** Caso Mohamed Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012 Serie C No. 255
- 1.102** Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257
- 1.103** Caso García y Familiares Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012 Serie C No. 258
- 1.104** Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259
- 1.105** Caso Mémoli Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265
- 1.106** Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270

- 1.107** Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274
- 1.108** Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276
- 1.109** Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277
- 1.110** Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279

b) Opiniões Consultivas

- 1.1** El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2
- 1.2** Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4
- 1.3** La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5
- 1.4** La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6
- 1.5** Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7
- 1.6** Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10
- 1.7** Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11
- 1.8** El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16
- 1.9** Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17
- 1.10** Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18

c) Cumprimento de sentença

- 1.1** Caso Molina Theissen Vs. Guatemala. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 16 de noviembre de 2009
- 1.2** Caso Gelman Vs. Uruguay Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013

2. Comissão Interamericana de Direitos Humanos

- 2.1** Resolucion N° 12/85, Caso N° 7615, Brasil, Comunidad Yanomami

- 2.2** Informe Sobre La Situación De Los Derechos Humanos En Brasil, de 1997 (OEA/Ser.L/V/II.97)
- 2.3** Informe N° 36/05, Petición 12.170, México, Fernando A. Colmenares Castillo (inadmissibilidade)
- 2.4** Informe N° 37/05, Petición 11.433, Nicaragua, Benjamín Guerra Duarte (inadmissibilidade)
- 2.5** Informe N° 81/05, Petición 11.862, Canadá, Andrew Harte y familia (inadmissibilidade)
- 2.6** Informe N° 86/05, Petición 4416/02, Peru, Luis Edgar Vera Flores (inadmissibilidade)
- 2.7** Informe N° 102/06, Petición 97-04, Honduras, Miguel Ricardo De Arriba Escolá (inadmissibilidade)
- 2.8** Informe N° 104/05, Petición 65/99, Estados Unidos, Víctor Nicolás Sánchez y otros (inadmissibilidade)
- 2.9** Informe N° 107/06, Petición 12.318, Perú, Jorge Teobaldo Pinzás Salazar (inadmissibilidade)
- 2.10** Informe N° 24/07, Petición 860-01, Ecuador, Segundo Cartagena Rivadeneira (inadmissibilidade)
- 2.11** Informe N° 63/07, Petición 625-01, Costa Rica, Luis Fernando Astorga y otros (inadmissibilidade)
- 2.12** Informe N° 66/07, Petición 4481-02, Paraguai, Silvia Graciela Sánchez Silva (inadmissibilidade)
- 2.13** Informe N° 69/07, Petición 1145-03, Suriname, Stanley Johan Wilfried Brug (inadmissibilidade)
- 2.14** Informe N° 88/07, Petición 630-06, Panamá, Erick D. Bravo Dutary (inadmissibilidade)
- 2.15** Informe No. 2/08, Petición 506-05, Bolívia, José Rodríguez Dañín (inadmissibilidade)
- 2.16** Informe No. 3/08, Petición 445-99, Perú, Ricardo Urbano Poma (inadmissibilidade)
- 2.17** Informe No. 5/08, Petición 1066-04, Suriname, Swami Yogdev Roberts (inadmissibilidade)
- 2.18** Informe No. 6/08, Petición 1402-05, Suriname, Esbert Edques Victor Vriesde (inadmissibilidade)
- 2.19** Informe No. 15/08, Petición 1163-05, Costa Rica, Alex Solís Fallas (inadmissibilidade)
- 2.20** Informe N° 57/08, Petición 283-06, Guatemala, Mario Roberto Chang Bravo (inadmissibilidade)
- 2.21** Informe No. 59/08, Petición 11.277, Perú, Eduardo Carlos Carrillo Hernández y outro (inadmissibilidade)
- 2.22** Informe No. 125/10, Petición 250/04, Brasil, Povos Indígenas da Raposa Serra do (Admissibilidade).

VII) União Europeia

1. Corte de Justiça Europeia

- 1.1** *Van Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen*, Case 26/62 (1963)