

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ - UFPR  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**IMPLEMENTAÇÃO DAS SENTENÇAS DA CORTE INTERAMERICANA DE  
DIREITOS HUMANOS NO BRASIL EM FACE DO PODER JUDICIÁRIO  
VIOLADOR DE DIREITO HUMANOS: por um mecanismo híbrido, aberto e plural**

**CURITIBA  
2016**

**ANDRÉA REGINA DE MORAIS BENEDETTI**

**IMPLEMENTAÇÃO DAS SENTENÇAS DA CORTE INTERAMERICANA DE  
DIREITOS HUMANOS NO BRASIL EM FACE DO PODER JUDICIÁRIO  
VIOLADOR DE DIREITO HUMANOS: por um mecanismo híbrido, aberto e plural**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Paraná, na Área de Direito do Estado, Linha Perspectivas da dogmática crítica, como requisito parcial à obtenção do título de Doutora em Direito.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Tatyana Scheila Friedrich.

**CURITIBA  
2016**

## TERMO DE APROVAÇÃO

ANDRÉA REGINA DE MORAIS BENEDETTI

### IMPLEMENTAÇÃO DAS SENTENÇAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: por um mecanismo híbrido, aberto e plural

Tese aprovada como requisito parcial à obtenção do título de Doutora em Direito do Estado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Paraná, na Área de Direito do Estado, Linha Perspectivas da Dogmática Crítica, pela seguinte banca examinadora:



Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Tatyana Scheila Friedrich – Orientadora  
Universidade Federal do Paraná (UFPR)



Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Caroline Froner

Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)



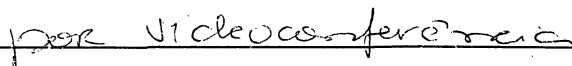
Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Claudia Maria Barbosa

Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR)



Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Gisele Ricobom

Universidade Federal da Integração Latino-americana (UNILA)



Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Larissa Liz Odreski Ramina

Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Curitiba, 18 de Maio de 2016.

## DEDICATÓRIA

Dedico àquele sem o qual eu não seria Eu: Volmir.

## AGRADECIMENTOS

A gratidão deve ser um exercício diário. Mas a gratidão sentida ao término de um trabalho de quatro anos exige atenção especial, o que não a exime de ser uma tarefa inglória: não se pode alcançar com palavras e nomes toda a energia e o amor recebidos durante essa empreitada. Nem por isso, seremos breves!

De pronto, agradeço à Universidade Estadual do Oeste do Paraná, à Universidade Federal do Paraná e especialmente à Fundação Parque Tecnológico Itaipu-Brasil (FPTI), pelo apoio ao Doutorado Interinstitucional UFPR/UNIOESTE, e à Fundação Araucária. Na mesma linha, agradeço aos colegas do curso de Direito da Unioeste de Foz do Iguaçu, que, com empenho e assumindo encargos financeiros, levaram à frente o projeto inicial de realização do DINTER.

Homenagem especial rendo ao Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo, vice-coordenador e coordenador do projeto DINTER, que inspira com sua força e polidez.

Menção honrosa e láureas das mais distintivas ao Prof. Dr. José Antonio Peres Gediél, força motriz do projeto DINTER e pessoa que acumula vasta experiência docente, acadêmica e administrativa – experiência que não se recusa dividir –, sem deixar de encantar com a leveza do bom humor sempre presente.

Aos servidores do PPGD/UFPR, que acolheram os *forasteiros* do DINTER e tudo fizeram para nossa integração. De igual modo, aos servidores e colegas professores da Unioeste Francisco Beltrão, que oportunizaram minha licença para qualificação.

Aos colegas do carro, Fábio, Elmer, Marta e Cândida pelas desventuras em série na tríplice fronteira.

À minha família e, sobretudo, aos meus pais, pelo presente maravilhoso chamado graduação, que lhes custou anos de vida e trabalho. Obrigada!

À minha sogra Lourdes, *in memoriam*, presente no dia em que descobri minha aprovação no DINTER, e que, me olhando orgulhosa, dentro de sua simplicidade, me impulsiona a seguir. Ela não sabia, mas era uma feminista aguerrida. Nos deu casa e com seu apoio velado, nos ajudou a formar um lar. Sua

morte durante o processo do DINTER me fez enxergar muitas coisas novas e eu queria muito, muito que a senhora estivesse aqui, para ver onde eu cheguei.

Aos meus filhos Ana Carolina e Vinícius, por terem me escolhido como mãe e me ensinarem que tudo vale a pena.

Ao meu amado marido, parte de mim, com quem venho compartilhando ideais e descobrindo segredos existenciais até ontem inacessíveis. Um homem tão generoso que não se pode descrever sem cometer injustiças.

Ao grupo de reflexões de cultura ítalo-germânica Cedro da Piedade, pela inestimável contribuição no âmbito pessoal de minha caminhada.

À minha amiga-irmã Ana Paula Antunes Varela, colega de vida e graduação, que me apoiou em Curitiba sempre que eu precisei. Nossas intermináveis conversas foram fundamentais.

Aos meus amigos Ire, Li e Ricardo, Silvano, Maicon e as meninas, Alaba e Paulo, Priscila e Kassim, Fabiane e Claudiney, André Passos, Luis Miguel, Carlos, Eva, Carina e Antônio, Melissa, Mina, Ide, Fátima, Valter Mathias, Bety, Simone e à turma de quinta.

Um agradecimento especial à Maria Augusta Lage Gregório, que sustentou emocionalmente esta tese. Ao querido Jomar, pelo suporte *lato sensu* sempre, sempre, sempre. À Neusa pela cessão da sala de estudos e pela presença que, *per se*, basta.

À Antônia Schwinden, pela revisão atenta e agradável companhia. Ao Adrialdo, à Katia e à Adelina, grandes mestres de língua estrangeira.

Um agradecimento à Marta, amiga-irmã nesta e noutras tantas jornadas. Sem você “K.” eu não teria conseguido. Seu otimismo, fé e coragem foram modelos. Seu ser é contraponto perfeito ao meu. Gracias!

À professora Claudia, meu primeiro modelo de orientação, que me fez ver que a vida acadêmica pode conjugar extrema responsabilidade científica e leveza, carinho e vida! Ao professor Eduardo de Oliveira Leite pelas lições metodológicas e pela inspiração. Ao professor Celso Hiroshi Icochama, por um ato germinal que “deu nisso”.

E, finalmente, à pessoa mais importante deste trabalho, à jovem gigante Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Tatyana Scheila Friedrich. Professora, você é um exemplo para mim. Sua grandeza intelectual só não supera sua grandeza pessoal. Não tenho como agradecer-lá em parágrafos breves o apoio recebido, as lições preciosas, a lucidez com que analisa os fenômenos, a generosidade em me acompanhar aos eventos, a bondade em me ensinar tantas coisas. Quero seguir o seu caminho e compartilhar contigo muitos momentos. O que 22 de abril uniu, a celeridade da sociedade complexa não deverá separar.

*Gracias a la vida, que me há dado tanto.*

*¿Donde estabas, Andréa?*

(Excerto fundamental das desventuras colombianas transformadoras).



## RESUMO

A presente tese de doutoramento tem por objetivo apresentar um aporte teórico e normativo para lidar com a questão da possibilidade/necessidade de criação, no Brasil, de um órgão de implementação de sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Para isso, a partir de uma análise exploratória, reúne um arcabouço teórico e crítico capaz de fundamentar a futura proposição de um órgão de implementação alinhado ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Dois argumentos iniciais compõem o núcleo intitulado *possibilidade* de criação do órgão no Brasil. O primeiro discute o lugar da fala dos direitos humanos e suas possibilidades emancipadoras. O segundo analisa desafios postos ao constitucionalismo interno ante o Direito Internacional e sua relação com o bloco de convencionalidade. Outros dois argumentos tratam da *necessidade* de criação do órgão. Nesse processo, discute o estado da arte da atuação da CIDH no Brasil, cuja implementação de suas decisões mostra-se um ato complexo, multifacetado e, atualmente, deficitário. O último argumento analisa a proposição inédita chamada paradoxo do cumprimento pelo violador, fenômeno pelo qual o Poder Judiciário, simultaneamente, pratica ato ilícito internacional e executa a sentença condenatória dele decorrente. Finalmente, de posse do referencial teórico coletado, a tese apresenta uma perspectiva inovadora no tocante à criação de um órgão de implementação das sentenças proferidas pela CIDH, afirmando que esse deve, necessariamente, ser híbrido, aberto e plural, atuante numa dinâmica dialógica, pois, assim, seria capaz de enfrentar o paradoxo do cumprimento pelo violador e a maioria dos desafios aqui discutidos.

**Palavras-chave:** Corte Interamericana de Direitos Humanos; sentenças; Poder Judiciário; mecanismos de implementação.

## ABSTRACT

This doctoral thesis aims to present a theoretical and normative contribution to deal with the question of the possibility / need to create, in Brazil, an implementing body of judgments of the Inter-American Court of Human Rights (IACHR). For this, it brings together a theoretical and critical framework able to support the future proposition of an implementing agency in line with the International Law of Human Rights. Two initial arguments make up the core entitled *possibility* of creating the agency in Brazil. The first discusses the place of speech of human rights and its emancipatory possibilities. The second analyzes the challenges posed to the domestic constitutionalism under the International Law and its relationship with the conventionality block. Two other arguments address the *need* for the creation of the organ. In this process, They discuss the state of the art performance of the IACHR in Brazil, dealing with the implementation of its decisions as a complex, multifaceted act and currently unprofitable. The last argument examines the unprecedented proposition called paradox of compliance of the offender, a phenomenon by which the Judiciary simultaneously practices international tort and executes the sentence hereunder. Finally, the collected theoretical possession of the thesis presents an innovative perspective regarding the creation of an implementing body of judgments of the IACHR, stating that this must necessarily be hybrid, open and plural, active in a dialogic dynamic because thus it would be able to face the paradox of compliance of the offender and most of the challenges discussed here.

**Keywords:** Inter-American Court of Human Rights; sentences; Judicial power; implementation mechanisms.

## RESUMEN

La presente tesis doctoral tiene por objetivo presentar un aporte teórico y normativo para lidiar con la cuestión de la posibilidad/necesidad de creación, en Brasil, de un órgano de implementación de sentencias proferidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Para ello, se reúne un esquema teórico y crítico que fundamenta la futura proposición de un órgano de implementación en conformidad al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Dos argumentos iniciales componen el núcleo intitulado *posibilidad* de creación del órgano en Brasil. En el primero se discute el lugar del habla de los Derechos Humanos y sus posibilidades emancipadoras. En el segundo se analiza los desafíos puestos al constitucionalismo interno ante al Derecho Internacional y su relación con el bloque de convencionalidad. Los otros dos argumentos tratan de la *necesidad* de la creación del órgano. En ese proceso, se discute el estado del arte de la actuación de la CIDH en el Brasil, tratando de la implementación de sus decisiones un acto complejo, múltiple y, actualmente, deficitario. En el último argumento se analiza la proposición inédita llamada paradojo del cumplimiento por el infractor, fenómeno por el cual el Poder Judicial, simultáneamente, practica acto ilícito internacional y ejecuta la sentencia condenatoria de él decurrente. Finalmente, de posesión del referencial teórico recolectado, la tesis presenta una perspectiva innovadora en lo que toca a la creación de un órgano de implementación de las sentencias proferidas por la CIDH, afirmando que ese lo debe, necesariamente, ser híbrido, abierto y plural, actuante en una dinámica dialógica, pues, así, sería capaz de enfrentar el paradojo del cumplimiento por el infractor y la mayoría de los desafíos aquí discutidos.

**Palabras clave:** Corte Interamericana de Derechos Humanos; sentencias; Poder Judicial; mecanismos de implementación.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

AGU – Advocacia Geral da União  
ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental  
CIDH - Corte Interamericana de Direitos Humanos  
ComIDH - Comissão Interamericana de Direitos Humanos  
CNV - Comissão Nacional da Verdade  
CIDH - Corte Interamericana de Direitos Humanos  
OAB - Ordem dos Advogados do Brasil  
PNEPS - Política Nacional de Educação Permanente em Saúde  
PFDB - Presídio Frei Damião de Bozzano  
PJALLB - Presídio Juiz Antônio Luiz Lins de Barros  
PAMFA - Presídio Marcelo Francisco de Araújo  
PNUD - Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento  
STJ - Superior Tribunal de Justiça  
STF - Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO .....	15
<b>1</b>	<b>O LUGAR DA FALA DOS DIREITOS HUMANOS E A POSSIBILIDADE TEÓRICA DE CRIAÇÃO DE UM ÓRGÃO DE IMPLEMENTAÇÃO DAS SENTENÇAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL .....</b>	<b>30</b>
1.1	A CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DE DIREITOS HUMANOS: A DIGNIDADE HUMANA NO CENTRO DA PROTEÇÃO .....	33
1.2	LIMITES E POSSIBILIDADES DA CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DE DIREITOS HUMANOS: PROMESSAS A CUMPRIR .....	49
1.3	A UNIVERSALIZAÇÃO PARCIAL DOS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO COMO <i>MOTU</i> DE EMANCIPAÇÃO.....	57
<b>2</b>	<b>ENTRE DAVI E GOLIAT: A PERMEABILIDADE DA TEORIA CONSTITUCIONAL AO DIREITO INTERNACIONAL .....</b>	<b>69</b>
2.1	POSSIBILIDADES TEÓRICAS DA INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL .....	74
2.2	A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL E A QUESTÃO DO BLOCO DE CONVENCIONALIDADE .....	95
<b>3</b>	<b>A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: O ESTADO DA ARTE DA ATUAÇÃO DA INSTITUIÇÃO EM RELAÇÃO AO BRASIL E A NECESSIDADE PRÁTICA DE IMPLEMENTAÇÃO DE SUAS DECISÕES .....</b>	<b>109</b>
3.1	A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO .....	113
3.2	OS SISTEMAS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS .....	122
3.3	A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL .....	132
<b>4</b>	<b>O PARADOXO DO CUMPRIMENTO PELO VIOLADOR .....</b>	<b>151</b>
4.1	OS CONTORNOS DO PARADOXO: 'DUAS JUSTIÇAS' E UM SÓ	

	DIREITO .....	152
4.2	O STF E A POSSIBILIDADE DE INÍCIO DA EXECUÇÃO DA PENA CONDENATÓRIA APÓS A CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA EM SEGUNDO GRAU .....	160
<b>5</b>	<b>O CUMPRIMENTO DAS SENTENÇAS DA CIDH POR UM ÓRGÃO HÍBRIDO, ABERTO E PLURAL .....</b>	<b>180</b>
5.1	QUEM É O POVO? OS AGENTES CAPAZES DE PENSAR A IMPLEMENTAÇÃO DAS SENTENÇAS DA CIDH NO BRASIL .....	183
5.2	A ATUAÇÃO DE UM ÓRGÃO HÍBRIDO, ABERTO E PLURAL: UMA TRAVESSIA PELAS MÚLTIPLAS ACEPÇÕES DO DIÁLOGO .....	190
<b>5.2.1</b>	<b>Diálogo Judicial: das Redes Judiciais Transnacionais à tese dos diálogos transjurisdicionais .....</b>	<b>193</b>
<b>5.2.2</b>	<b>Diálogo entre Cortes .....</b>	<b>196</b>
<b>5.2.3</b>	<b>Diálogo de Jurisdições .....</b>	<b>199</b>
5.3	OS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS NECESSÁRIOS A UM ÓRGÃO HÍBRIDO, ABERTO E PLURAL .....	205
	<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>224</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>230</b>

## INTRODUÇÃO

A presente tese vem sendo desenvolvida em tempos de céleres e expressivas mudanças na sociedade e no Direito. Fatores como globalização, complexidades nas relações sociais, queda de barreiras transnacionais, relativização de soberania, reconfiguração dos contornos dos Estados soberanos nos planos interno e internacional já não são novidades para os teóricos, mas ainda demandam debates.

Nesse sentido temas como judicialização da política, politização da justiça, protagonismo e ativismo judicial e os demais conflitos que permeiam a questão do constitucionalismo e da democracia, levaram a alterações em categorias centrais da Teoria Constitucional e da Teoria do Estado tradicionais. E mais, a defesa dos direitos humanos e fundamentais parece caminhar de forma diretamente proporcional à sua violação: quanto mais instrumentos de defesa são conquistados, mais violações, sobretudo massivas, teimam em despontar.

Notícias como o caso da barca com 800 imigrantes mortos tentando alcançar a Europa, a imolação de reféns por grupos rebeldes, o trabalho escravo fomentando o lucro de empresas transnacionais, o sequestro simultâneo e silencioso de 200 meninas em países africanos, atentados terroristas na Europa reacendendo as discussões de Onze de Setembro, parecem induzir o Direito a buscar meios efetivos de proteção. E forçam os teóricos a enfrentar questões difíceis e complexas.

No Brasil não é diferente. O escandaloso sistema penitenciário, desnível social, preconceito e discriminação, retrocesso em direitos de minorias e pessoas em situação de vulnerabilidade, as sequelas de uma justiça de transição que não se aperfeiçoou no país, crimes ambientais envolvendo as barragens de detritos minerais de Minas Gerais, o exacerbado protagonismo judicial, os riscos às conquistas democráticas dão sinais de que um enfrentamento mais pujante na defesa dos direitos humanos é necessário. As fronteiras nacionais caíram metaforicamente, mas as medidas precisam ser tomadas no plano concreto.

Uma das medidas criadas para defesa dos direitos humanos pode ser encontrada na atuação das Cortes internacionais, com destaque para a atuação das Cortes judiciais regionais. É o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos

(CIDH), sediada em São José da Costa Rica, na forma de um órgão judicial internacional, autônomo, do sistema da Organização dos Estados Americanos (OEA), criado pela Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Tem competência de caráter contencioso e consultivo que analisa, dentre outras matérias, a responsabilidade estatal por atos e omissões por violações aos direitos humanos encartados nos documentos jurídicos de cunho regional.

O Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) e reconheceu a competência da CIDH em 1998, obrigando-se a cumprir suas decisões. Não possui, até o momento, um órgão interno de implementação das decisões da referida Corte.

Nesse contexto, a presente tese tem por objetivo apresentar um aporte teórico e normativo para lidar com a questão da possibilidade/necessidade de criação, no Brasil, de um órgão de implementação de sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), híbrido, aberto e plural. Híbrido, porque constituído por representantes dos três Poderes da República, aberto porque também composto de representantes da sociedade civil, que podem mudar conforme a decisão a ser implementada e, plural, porque alcança diferentes setores da sociedade.

Assume, desde logo, a incipiência do debate quanto às características estruturais deste órgão e, busca, diante disso, reunir argumentos teóricos e questionamentos que possam fundamentar uma futura proposição formal de criação, alinhados a uma concepção de defesa e promoção do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Não pretende discutir a quem cabe a última palavra sobre a Constituição<sup>1</sup>, nem promover um escrutínio sobre as pertinentes críticas aos Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos<sup>2</sup>, tampouco ofertar um modelo pronto e acabado de implementação das sentenças no país.

---

<sup>1</sup> Para tanto, recomenda-se: MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. Ainda: GODOY, Miguel Gualano. **Devolver a constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

<sup>2</sup> Sobre o tema uma reflexão pode ser obtida a partir da posição da Organização Justiça Global sobre o processo de fortalecimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, de 2012. Ainda: PRONER, Carol. **Sistema de direitos humanos precisa ser reformado?** 2012. Especificamente sobre as reformas na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, conferir: SALAZAR, Katya



Toma por base dois casos paradigmáticos em termos de condenação do Brasil perante a CIDH (o caso Damião Ximenes Lopes<sup>3</sup> e o caso Gomes Lund<sup>4</sup>) e a questão das recomendações da CIDH, expedidas na forma de resoluções, no Caso do Complexo de Curado<sup>5</sup>. Tais casos são utilizados como contexto, pano de fundo para as necessárias inferências mas, de igual modo, não são discutidos em profundidade<sup>6</sup>. São abordadas as questões atinentes às políticas públicas que

---

(Org.). La reforma de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Aportes: Revista de la Fundación para el Debido Proceso (DPLF)**. n. 19, ano 7, abr. 2014. Por fim conferir o resultado do processo de reflexão sobre o funcionamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para o fortalecimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão interamericana de direitos humanos. **Resolução 1/2013**. 2013. Não se ignora, por certo, as implicações simbólicas e reais do fato da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo, estar sediada em Washington-DC, sendo que os próprios EUA não ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos, tampouco o fato de que juízes da CIDH podem ser eleitos mesmos que de nacionalidade de países que não ratificaram a Convenção, dentre outras críticas. São questões que merecem detida análise, contudo, vez mais, refogem ao objeto desta tese.

<sup>3</sup> O caso paradigmático Damião Ximenes Lopes resultou na primeira sentença da CIDH contra o Brasil, em 2006. Dentre outros motivos, a condenação sobreveio para o Estado por este deixar de julgar (punir) os culpados e de reparar os danos materiais e morais sofridos pelos familiares da vítima, que morreu em uma unidade de tratamento psiquiátrico. A demora na prestação jurisdicional, ou seja, a omissão (ato ilícito internacional) do Poder Judiciário foi um dos motivos que ensejou a condenação do Estado.

<sup>4</sup> No caso Gomes Lund, a condenação internacional sobreveio ao Brasil, no âmbito da jurisdição constitucional, em face da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar ação proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), sobre a Lei de Anistia (6.683/79). Na referida lide, o STF decidiu que a Lei de Anistia anistiou também os torturadores, que atuaram contra movimentos de resistência à ditadura militar. A CIDH, por sua vez, condenou o Brasil, pelo desaparecimento forçado de 62 pessoas durante a Guerrilha do Araguaia (1967-1974). Dentre as várias determinações da Corte, destacam-se a obrigação de investigar os fatos, julgar e, se for o caso, punir os responsáveis e de determinar o paradeiro das vítimas e o dever de possibilitar o acesso, a sistematização e publicação de documentos em poder do Estado sobre a guerrilha. Assim, o Brasil foi responsabilizado internacionalmente pela violação de direitos humanos e garantias judiciais nesse conflito ocorrido na ditadura militar.

<sup>5</sup> Denomina-se Complexo de Curado a divisão do Presídio Professor Aníbal Bruno – que já havia sido objeto de medidas cautelares anteriores por parte da Comissão Interamericana de Direitos Humanos – em três unidades, as quais passaram a denominar-se Presídio Juiz Antonio Luiz Lins de Barros (PJALLB), Presídio Marcelo Francisco de Araújo (PAMFA) e Presídio Frei Damião de Bozzano (PFDB), todas com funcionamento independente. Diante das condições totalmente inadequadas às normas de direitos humanos, a CIDH requereu que o Estado brasileiro adotasse, de forma imediata, todas as medidas que fossem necessárias para proteger eficazmente a vida e a integridade pessoal de todas as pessoas privadas de liberdade no Complexo de Curado, assim como de qualquer pessoa que se encontrasse naquele estabelecimento, incluindo os agentes penitenciários, funcionários e visitantes.

<sup>6</sup> Os três casos anteriormente narrados serão analisados em alguns pormenores no terceiro capítulo. Para maiores informações recomenda-se a consulta dos casos no próprio banco de sentenças e recomendações da CIDH. Os links que dão acesso online ao conteúdo destas recomendações, e dos demais documentos citados no corpo da tese, estão presentes nas referências.

envolvem o cumprimento dessas decisões, sem considerações expressivas a questões de mérito ou processuais.

O resultado que se antevê, elevado à condição de hipótese de pesquisa, é, portanto, a identificação do rol de argumentos fundamentais, alinhados ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, que tornam possível e necessária a criação do órgão de implementação das sentenças da CIDH no Brasil, híbrido, aberto e plural.

Para tanto, a pesquisa reúne, a título de premissas essenciais para a demonstrar a possibilidade e a necessidade de criação do referido órgão, argumentos extraídos dos seguintes temas:

- a) A fundamentação dos direitos humanos;
- b) A internacionalização do direito constitucional;
- c) A conformação jurídica da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil;
- d) E a relação do Poder Judiciário interno brasileiro com a Corte Interamericana de Direitos Humanos.
- e) Finalmente, a partir destes argumentos, propõe a criação de um órgão de implementação híbrido, aberto e plural, das sentenças da CIDH no Brasil.

Os dois primeiros argumentos (fundamentação e internacionalização) compõem o núcleo intitulado *possibilidade* de criação de um órgão específico de implementação das sentenças da CIDH no Brasil. O segundo e o terceiro argumentos (conformação jurídica e relação do Poder Judiciário interno) tratam da *necessidade* de criação de um órgão de implementação das sentenças da CIDH no país. Juntos, *possibilidade* e *necessidade* formam o binômio que sustenta a tese e abrem caminho para propor as bases teóricas e normativas do referido órgão, numa concepção híbrida, aberta e plural.

O raciocínio proposto é: o Direito Internacional dos Direitos Humanos (aí incluída a atuação das Cortes internacionais) oferta uma importante proteção à dignidade humana e precisa ser concretizado internamente. Esta concretização interna é possível em face da internacionalização do direito constitucional, com abertura do direito interno ao direito internacional. Tais argumentos tornam *possível* a implementação das sentenças da CIDH no Brasil.

A CIDH possui jurisdição no Brasil, é uma realidade jurídica e suas sentenças são válidas internamente. Desse cenário decorrem interações entre o Poder Judiciário interno e o internacional que podem culminar em atuações

conflitantes, indesejáveis ao fortalecimento dos direitos humanos. Tais argumentos demonstram a *necessidade* de criação de um órgão de implementação das sentenças da CIDH no país. O aqui intitulado binômio *possibilidade/necessidade* de implementação aponta para a criação de um órgão de implementação híbrido, aberto e plural, não exclusivo do Poder Judiciário e sim composto por representantes dos três poderes e de segmentos qualificados da sociedade civil, que possam dar conta dos desafios identificados na análise encetada em cada capítulo, adiante apresentados.

É preciso destacar, ademais, uma questão tangencial à tese mas que, de certo modo, baliza parte das discussões: a questão das condenações que impõem medidas da ordem de políticas públicas ao Brasil. A judicialização da política é um fenômeno presente no país e a interação entre os poderes vêm, de modo crescente, se modificando e se confundindo. Internamente já vem sendo observada a constante ingerência do Poder Judiciário em assuntos outrora reservados à política, desde o exemplo clássico da judicialização da saúde até as recentes decisões sobre atos de nomeação e de administração do Poder Executivo.

Pois bem, entende-se, no presente estudo, que uma decisão do Poder Judiciário internacional determinando diretamente atos de políticas públicas acrescenta novos desafios ao já truncado mecanismo de freios e contrapesos brasileiro. Por exemplo: a CIDH determinou por sentença, no caso Gomes Lund, que se tomem medidas para localizar restos mortais de pessoas desaparecidas durante o regime de exceção brasileiro. Ainda, que se instituísem mecanismos internos que demandam atuação direta do Poder Legislativo (como foi o caso da Lei que instituiu a Comissão da Verdade no país), e como será o caso de eventual tipificação do delito de desaparecimento forçado de pessoas em conformidade com os parâmetros interamericanos. Ademais, determinou que o Estado ofertasse tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico que as vítimas daquele período requeiram.

Ora, são atos administrativos internos que sofrem uma ingerência direta da Corte Internacional. Se internamente a presença do Poder Judiciário na política já tem trazido discussões de relevo à teoria do Estado e à teoria Constitucional, esta nova configuração trazida pela decisão internacional precisa ser enfrentada.

Uma das questões envolve justamente a universalidade parcial dos direitos humanos. É próprio do Direito Internacional dos Direitos Humanos advogar

pela universalização dos direitos. Mas é preciso reconhecer, na seara do Sistema Interamericano, que os direitos sociais, econômicos e culturais possuem um déficit de concretização em relação os direitos civis e políticos. Identificada a desproporção histórica na implementação dos direitos sociais e econômicos em face dos civis e políticos, a presença de uma decisão internacional que determine, no mínimo, rearranjos orçamentários para sua implementação, precisa ser levada a sério. Hoje tem-se a sentença Gomes Lund, parcialmente implementada. Amanhã pode ser a questão dos presídios, com novas e impactantes medidas que influenciam desde atos de expediente até atos de império do Estado e que, por isso mesmo, precisam entrar na agenda das discussões qualificadas, tanto acadêmicas quanto na prática social e administrativa.

Outra questão de peso que carece ser demarcada é a atuação do Poder Judiciário internamente, como responsável fático e indireto pela prática de ilícitos internacionais. O Brasil já foi condenado pela CIDH em face da atuação deficitária do Poder Judiciário. Ainda que a teoria tradicional sustente que a responsabilidade pelo ilícito é atraída para o Estado e não para seus poderes isoladamente, não se pode ignorar que, entregar exclusivamente o cumprimento de uma decisão internacional a um Poder já reconhecido como violador, não parece ser a melhor resposta. Temas como responsabilidade e legitimidade do Poder Judiciário são afetos à questão. Há uma conjuntura que, mesmo que os limites científicos desta tese não permitam aprofundar, deve ser considerada. O Poder guardião, o Poder que monopoliza a implementação de sentenças internamente tem um déficit de legitimidade internamente e, por vezes, não se mostra tão comprometido com os valores constitucionais como se poderia esperar. Exemplifica-se esse distanciamento dos juízes da sociedade com questões como o auxílio-moradia e com o projeto preliminar da lei orgânica da magistratura, ainda em estudo, com a previsão de benefícios que podem elevar os vencimentos da corporação a patamares muito superiores ao teto constitucional.

A presente tese, como já advertido, não se propõe a ofertar respostas a todos os questionamentos. Pretende, ao contrário, delinear um rol de questões prévias, necessárias ao debate da implementação das sentenças da CIDH no Brasil e, para enfrentar os objetivos propostos, a pesquisa se divide em cinco capítulos, formatados metodologicamente em conformação de artigos, a saber:

No primeiro capítulo perquire-se, desde logo, qual o lugar da fala dos direitos humanos? Nele é discutida a questão do fundamento dos direitos humanos e, sumariamente, a tensão universalismo *versus* relativismo. O objetivo é problematizar a chamada concepção contemporânea dos direitos humanos, inaugurada no pós-Guerra, seus limites e possibilidades, especialmente no âmbito da universalização parcial dos direitos humanos. Isso porque entende que o questionamento basilar – por que temos direitos? – serve de esteio para uma proposta de implementação das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil, uma vez que, delimitado como alteridade, oportuniza a criação de um órgão de implementação híbrido e plural.

Nesse capítulo, identifica-se um importante desafio na implementação das sentenças da CIDH, que se relaciona à já apresentada universalização parcial dos direitos humanos. Discute-se o espaço de realização dos direitos, sobretudo, dos direitos econômicos, sociais e culturais, que ficaram alijados de sua universalidade de fato, em consequência de seu menor reforço normativo, em comparação aos direitos civis e políticos. Tal discussão envolve a eleição de políticas públicas relevantes para o Estado e a pergunta indireta é, afinal, quais direitos, dentre os mais básicos direitos, o Estado deve escolher proteger? O mote nessa ampla problemática é relacionar o gerenciamento de políticas públicas exigido para efetivação dos direitos sociais internamente àquelas sentenças da CIDH, que impõem obrigações também na seara legislativa e de políticas públicas do Estado. São questões que impulsionam o estudo: como seria possível equalizar a atuação do Poder Judiciário interno e internacional nesse *front*? Qual o espaço de atuação dos demais poderes aqui? E como diminuir essa discrepância no espaço de realização dos direitos? Em que pese não fornecer respostas prontas e acabadas a todas as questões, a tentativa de contribuição teórica passa pelo direito ao desenvolvimento, como instrumento de expansão das liberdades substanciais dos sujeitos, que propicia o empoderamento político e material, dando voz ativa aos sujeitos no processo de discussão e significação de seus destinos, emergindo daí possibilidades emancipadoras.

O segundo capítulo apresenta o fenômeno da internacionalização do direito constitucional, com o objetivo de analisar os desafios postos ao constitucionalismo ante o Direito Internacional e discutir a necessidade de respeito ao bloco de convencionalidade. Debruça-se sobre as principais teorias sobre

internacionalização, sem pretensão de totalidade, mas firme na busca de argumentos jurídicos que autorizem o infiltrar das regras internacionais na ordem interna, de modo efetivo, no final da sua cadeia de produção, qual seja, a execução das sentenças internacionais<sup>7</sup>. Isso porque ao se afirmar que um Poder da República (Judiciário) encontra limites frontais ao exercício de sua função típica, impostos por uma decisão internacional, desponta a obrigação de justificar, juridicamente, no seio do Estado Democrático Constitucional de Direito, tal proposição. E essa justificativa carece transitar no corpo da Constituição, razão pela qual é inescapável adentrar na questão do constitucionalismo ante o Direito Internacional. E mais, sob pano de fundo, analisar o constitucionalismo diante da globalização, do rearranjo global que exige uma perspectiva dogmática crítica da Constituição e dos Direitos Humanos.

Nessa travessia, inventariam-se importantes teorias sobre a interação entre direito interno e internacional, ciente da confluência de fenômenos semelhantes, no qual podem ser identificadas nomenclaturas diversas para situações semelhantes (quando não iguais). Pretende pensar a implementação de sentenças internacionais, transcender a esfera interna e se alçar ao *status* internacional, supranacional, transnacional sem perder parte de características que lhe dão fundamento, como a legitimidade? Quais características devem ser mantidas para não comprometer direitos fundamentais arduamente conquistados? Para além de sincretismo, o capítulo delineia a fissura na unidade da Constituição que permite (e incentiva) ao Direito Internacional dos Direitos Humanos a adentrar e, a partir dela, ofertar um novo modo de pensar a proteção dos direitos humanos, mostrando possível a implementação das sentenças da CIDH no Brasil e, justamente por isso, termina tratando da questão dos blocos de constitucionalidade e convencionalidade.

O terceiro capítulo analisa o que a autora chama de estado da arte da implementação das sentenças da CIDH no Brasil, com o objetivo de apresentar a Corte como uma realidade jurídica obrigatória no país, cujas decisões devem ser implementadas. Para isso, inicialmente discute o tema da responsabilidade internacional, princípio fundamental que norteia as relações entre os Estados,

---

<sup>7</sup> A sentença emitida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos é uma das espécies de sentença internacional. Outras são possíveis, proferidas por outras cortes internacionais. O presente estudo trata exclusivamente das primeiras, mas por questões estilísticas pode usar a expressão sentença internacional genericamente. Se assim o fizer, estará sempre tratando das sentenças da CIDH. Em caso diverso, haverá indicação expressa no texto.

segundo o qual toda violação do direito internacional – ato ilícito internacional – gera a responsabilidade do Estado que a cometeu. Trata-se de um tema que deve interessar a todos os Estados e se relaciona diretamente com a defesa dos direitos humanos, já que a todos incumbe preservar um piso mínimo de dignidade humana. Na sequência, à medida que a responsabilidade de um Estado assume relevância, o aparelhamento dos Sistemas de Proteção dos Direitos Humanos precisa ser descrito, ainda que brevemente, como forma de prefaciar os estudos específicos da atuação da CIDH no Brasil.

Alcançando seu objetivo maior, então, o terceiro capítulo aborda especificamente o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e demonstra a jurisdição obrigatória da CIDH no país, discute a natureza de suas decisões e traça um perfil do cumprimento das decisões no Brasil, pelos poderes Executivo e Legislativo, reservando o cumprimento das decisões pelo Poder Judiciário para o momento posterior. Busca evidenciar que a implementação das decisões da CIDH no Brasil é um ato complexo e multifacetado e que os mecanismos atuais de cumprimento e execução interna contenciosa das decisões da Corte que, necessariamente seguem as regras tradicionais internas de execução de sentença pelo Poder Judiciário, não são suficientes para regular esta demanda.

No quarto capítulo apresenta-se o fenômeno que se denomina paradoxo do cumprimento pelo violador. Tem como objetivo enfrentar o fato de que o Poder Judiciário brasileiro, como Poder da República, pode praticar ato ilícito internacional, capaz de atrair para o Estado a responsabilidade internacional e, conseqüentemente, a condenação. Ocorre que os mecanismos atuais de cumprimento e execução interna contenciosa das decisões da CIDH no Brasil, resumem-se ao próprio Poder Judiciário. Ou seja, entrega-se ao violador o cumprimento de uma decisão em que ele próprio, indiretamente, foi condenado.

Nesse rumo, o capítulo aprimora o debate sobre a interação entre o Direito Internacional e o direito interno já realizados no segundo capítulo, apresentando os êxitos e fracassos, limites e potencialidades da interação entre a CIDH e o direito interno brasileiro, até o momento. Para isso, traz decisões internas paradigmáticas do tratamento conferido ao Direito Internacional dos Direitos Humanos no país e adentra no tema do controle de convencionalidade. Para tanto, estuda, à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a recente decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de início da execução da pena

condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau. Analisa a violação, pelo STF, do direito fundamental à presunção de inocência, suposta cláusula pétrea da Constituição Federal brasileira, como forma de demonstrar o quanto é preciso levar a sério o paradoxo do cumprimento pelo violador.

De posse do referencial teórico até então coletado, o quinto capítulo consiste no núcleo da tese essencialmente; nele propõe-se a criação de um órgão de implementação das sentenças proferidas pela CIDH, híbrido, aberto e plural. Híbrido porque constituído de representantes dos três Poderes e da sociedade. Aberto, por pressupor movimento em relação àqueles membros, que podem variar conforme a decisão emitida pela CIDH e, conseqüentemente, plural, por conter variados setores, bandeiras e especialistas aptos à implementação. A atuação esperada entre os atores da implementação seria o diálogo, aqui entendido como interação deliberativa e não somente adversarial, por ter maiores possibilidades de produzir boas respostas sobre direitos fundamentais. Desde logo, enfrenta as resistências ao uso da palavra diálogo, situando a teoria dos diálogos institucionais. Na sequência, demonstra por que um órgão de implementação das sentenças da CIDH, no Brasil, precisa ter essa conformação.

Em resumo, a argumentação apresentada considera que o Poder Judiciário interno, via Supremo Tribunal Federal, não detém a última palavra em termos de interpretação da Constituição. O povo, a partir de uma faceta dialógica, deve participar dessa interpretação. Considerando que, quando se trata da implementação das sentenças da CIDH, no Brasil, está presente o paradoxo do cumprimento do violador, o órgão de implementação dessas decisões deve superar ou, quando menos, minimizar esse paradoxo. Daí porque o órgão de implementação não pode ser subordinado ao Poder Judiciário. Deve ser autônomo, de constituição híbrida, aberta e plural e, para isso, dele deve participar o povo, numa concepção radicalmente democrática. Mas de que povo se fala? Do povo, a partir de uma perspectiva de democracia deliberativa, envolvendo não apenas a representação pelo Poder Legislativo, mas também a participação de órgãos e movimentos que conhecem e atuam diretamente na implementação das sentenças já cumpridas pelo Brasil.

Quer-se trabalhar, assim, uma proposição inédita mediante a qual, a partir das experiências colhidas junto aos atores sociais e institucionais envolvidos com a



implementação das sentenças da CIDH, no Brasil, poderá ser pensado um órgão legítimo do ponto de vista do Estado Constitucional Democrático de Direito.

Apresentada a pesquisa realizada, é necessário explicá-la metodologicamente, apontando as inserções dos temas em discussão, desenvolvendo a hipótese e as premissas dantes narradas. Assim, em termos metodológicos, trata-se de tese analítica que segue o postulado por François Ost<sup>8</sup> para quem “uma tese é, em primeiro lugar e antes de tudo, uma questão”, uma forma de ampliar a problematização do tema, de modo que “é essencial em toda a tese continuar a esclarecer as questões que animem o problema, mais do que tentar empregar suas forças exclusivamente em recobri-lo com o peso das respostas que já foram dadas”. Não se afasta, ademais, de um viés exploratório, com vistas a identificar as questões que mais necessitam de atenção e investigação detalhada, potenciais dificuldades, sensibilidades e áreas de resistência que deverão ser observadas em estudos posteriores.

Para o autor, ainda, a tese analítica trabalha identificando um problema preciso, determinando os contornos da questão, “construindo pacientemente as bases e dando possíveis soluções ao problema”. A ciência crítica do direito deve ser capaz de enfrentar os paradigmas estáticos, tentando formular um novo quadro teórico mais abrangente que o anterior, suscetível de dar conta daquilo que sobrevive do modelo anterior, das causas de suas várias transformações e das novas formas que as revestem<sup>9</sup>.

A tese problematiza, pois, o já exposto tema da implementação das sentenças da CIDH no Brasil, seguidamente apontado como fundamental à defesa dos direitos humanos na literatura jurídica, mas poucas vezes enfrentado em profundidade. Mais que fornecer respostas fechadas, quer determinar contornos fundamentais da questão.

Assim, para realização da tese adotou-se como método de abordagem a análise exploratória, visto que se propõe a criação de um órgão de implementação das sentenças da CIDH no Brasil híbrido, aberto e plural, a partir de premissas identificadas como essenciais, quais sejam, a possibilidade de criação de um órgão

---

<sup>8</sup> OST, François. A tese de doutorado em Direito: do projeto à defesa. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. v. 7, n. 2, mai./ago., 2015, p. 101.

<sup>9</sup> OST, François. A tese de doutorado em Direito: do projeto à defesa. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. v. 7, n. 2, mai./ago., 2015, p. 100.

de implementação e a necessidade de criação do órgão de implementação de sentenças da CIDH no Brasil.

Quanto ao procedimento, utilizam-se como métodos auxiliares o histórico, “que coloca o fenômeno no contexto histórico-social”, quando resgata a trajetória percorrida para se chegar a uma concepção contemporânea de direitos humanos e quando delinea o estado da arte da CIDH no Brasil e o método tipológico, “que cria tipos ou modelos ideais a partir da observação de aspectos essenciais do fenômeno”<sup>10</sup>, quando propõe a criação de um órgão híbrido, aberto e plural de implementação das sentenças da CIDH no Brasil.

Finalmente, em sede de metodologia, importa localizar a tese dentro da Área de Concentração Direito do Estado e da linha Perspectivas da Dogmática Crítica. Assim, “crítica é a investigação que se autoaperfeiçoa continuamente, que não se vicia em um procedimento planejado de estudo, que reflete sobre o próprio procedimento para verificar se ele não está desviando o olhar e eventualmente precisa ser modificado”<sup>11</sup>. Nesse passo, ao tentar formular “novo quadro teórico mais abrangente que o anterior”<sup>12</sup>, a tese enfrenta determinados acordos semânticos e retóricos do Direito<sup>13</sup>.

À natureza analítica da tese, a pesquisa combina um viés exploratório, com uma parte descritiva e interpretativa (quando aborda o binômio *possibilidade/necessidade*) e uma parte prospectiva, construtiva, de certo modo ensaística, que propõe a criação de um órgão híbrido, aberto e plural.

Nessa perspectiva, a abordagem dedicada ao denominado paradoxo do cumprimento pelo violador é uma das facetas da contribuição original apresentada na tese. A presença desse paradoxo e dos desafios à teoria da separação dos

---

<sup>10</sup> LAMY, Marcelo. **Metodologia da pesquisa jurídica**: técnicas de investigação, argumentação e redação. São Paulo: Elsevier, 2009, p. 16.

<sup>11</sup> LAMY, Marcelo. **Metodologia da pesquisa jurídica**: técnicas de investigação, argumentação e redação. São Paulo: Elsevier, 2009.

<sup>12</sup> OST, François. A tese de doutorado em Direito: do projeto à defesa. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. v. 7, n. 2, mai./ago., 2015, p. 101.

<sup>13</sup> Um exemplo desta visão crítica pode ser ilustrado justamente a partir do fenômeno descrito como paradoxo do cumprimento pelo violador. Se a responsabilidade internacional é atraída para o Estado, e não para um Poder da República isoladamente, poder-se-ia facilmente derrubar o paradoxo, já que, quem responde pelo ilícito internacional é o Brasil (União) e não o Poder Judiciário em si. Ocorre que um estudo crítico do Direito deve afastar, ao menos teoricamente, a ficção jurídica pela qual o país (e não o Poder) responde internacionalmente, para atingir o ponto nevrálgico da questão: a atuação do Poder Judiciário, simultaneamente, como garante do Direito e praticante de ilícito internacional.

poderes foi percebida em pesquisa prévia realizada pela autora, na qual se discutiu que, a partir de uma dimensão externa da judicialização da política, a existência de um Poder Judiciário transnacional “insere uma nova engrenagem no sistema de freios e contrapesos”, revelando mais um desafio ao Judiciário interno: a compatibilização entre Direito interno e internacional sem perder de vista os valores insculpidos a título de fundamentais pela sociedade<sup>14</sup>. A outra faceta é a proposta de criação de um órgão de implementação de sentenças proferidas pela CIDH, de natureza híbrida, aberta e plural, de modo a entregar ao povo o cumprimento das sentenças.

O denominado paradoxo do cumprimento pelo violador, repita-se, consiste no enfrentamento de que o Poder Judiciário brasileiro, como Poder da República, pode praticar ato ilícito internacional, a exemplo dos casos Ximenes Lopes e Gomes Lund, sendo capaz de atrair para o Estado a responsabilidade internacional e, conseqüentemente, uma condenação advinda de sentença internacional.

Note-se que não existe no país um órgão específico de implementação das sentenças da CIDH. Ademais, os mecanismos atuais de cumprimento e execução interna contenciosa das decisões daquela Corte no Brasil, necessariamente, seguem as mesmas regras de execução da sentença interna, pelo Poder Judiciário.

Dessas duas premissas deflui que o cumprimento das sentenças internacionais pelo Poder Judiciário brasileiro, proferidas em casos que reconhecem esse mesmo Poder como autor de ato ilícito internacional, implica reconhecer que se entrega ao violador o cumprimento de uma decisão em que ele próprio, indiretamente, foi condenado.

Em outros termos, o indivíduo, que não encontrou socorro judicial para as violações de direitos humanos que sofreu internamente e foi amparado pela sentença internacional, vê-se, no presente momento, obrigado a bater às portas do mesmo Judiciário violador, para exigir suas reparações.

---

<sup>14</sup> BENEDETTI, Andréa Regina de Moraes. **Judicialização da política**: a construção de um conceito constitucional nos cenários de expansão do Poder Judiciário. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011, p. 120.

Isso posto, a pesquisa se justifica pela contribuição ofertada ao analisar o cumprimento da sentença internacional exarada pela CIDH, como forma de fortalecimento do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos. Ora, se a responsabilização e condenação do Estado brasileiro perante uma Corte Internacional já é fato consumado e a implementação da decisão ainda carece de regulamentação no país, o estudo é uma contribuição eficaz não só do ponto de vista teórico mas também prático, para a consolidação e prevalência dos direitos humanos no país.

A necessidade de criação de mecanismos eficazes para a execução das sentenças da CIDH possui adesão pela doutrina, que apoia a criação de um órgão próprio para tal, por meio das chamadas leis-ponte<sup>15</sup> ou *enabling legislation*. O caráter inédito da presente pesquisa se manifesta, contudo, no fato de que aqueles estudos deixam de enfrentar algumas questões fundamentais do tema, como o caso da legitimidade.

Ademais, o ponto relevante aqui discutido está sendo desprezado em muitos estudos: o cumprimento das sentenças internacionais pelo Poder Judiciário brasileiro, proferidas em casos que reconhecem este mesmo Poder como autor de ato ilícito internacional. Em outras palavras: entrega-se ao violador o cumprimento da decisão que o condenou.

Assim, a lacuna no corpo do conhecimento é a necessária discussão sobre a proposição de mecanismos legítimos para cumprimento e implementação das sentenças internacionais proferidas pela CIDH nos casos de cometimento de ato ilícito internacional pelo Poder Judiciário.

Oportuno mencionar, ademais, que conceitos instrumentais de globalização, relativização de soberania, demarcação distintivas de direitos humanos e fundamentais, regime de validade dos tratados no Brasil, bloco de convencionalidade e constitucionalidade, concepção de justiça de transição, dentre outros, são utilizados, sem pretensão de esgotamento dos temas, até pela impossibilidade científica nos limites de uma tese. O marco teórico e conceitual que permeia tais categoria e mediações, contudo, será sempre alinhado a uma

---

<sup>15</sup> Aspectos dessas legislações na América Latina podem ser observados em: BENEDETTI, Andréa Regina de Moraes; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. Corte interamericana de direitos humanos e os desafios à implementação de suas decisões: estudo comparado entre Brasil, Colômbia e Peru. *Revista de Estudos Internacionais*, v. 4, n. 2, 2013.

concepção de contemporânea de direitos humanos, e, assim, de fortalecimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Finalmente, a normalização adotada é a constante do padrão de normas para apresentação de trabalhos científicos da UFPR (2007), combinado com as normas da Revista da Faculdade de Direito da UFPR, paradigma para normas de trabalhos do PPGD/UFPR.

## 1 O LUGAR DA FALA DOS DIREITOS HUMANOS E A POSSIBILIDADE TEÓRICA DE CRIAÇÃO DE UM ÓRGÃO DE IMPLEMENTAÇÃO DAS SENTENÇAS DA CIDH NO BRASIL

A discussão sobre a criação de um órgão de implementação para as sentenças da CIDH no Brasil é uma questão jurídica relevante, que precisa ser enfrentada para o fortalecimento da proteção humana. Para tanto, o olhar que se reserva aos direitos mínimos de cada pessoa, ou seja, a proteção jurídica que gravita em torno da dignidade humana deve ser delimitada.

A Constituição Federal do Brasil reserva aos direitos humanos importante proteção, que começa com sua prevalência para reger as relações internacionais da República Federativa do Brasil, passando pelos status de emenda constitucional dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, que forem aprovados com quórum qualificado. Tal proteção, ainda, passa pela fixação da competência da justiça federal para julgar causas relativas a direitos humanos, inclusive com a possibilidade da chamada federalização de crimes contra graves violações de direitos humanos, até chegar à defensoria pública como instituição essencial para a promoção dos direitos humanos.

Nessa linha, se os direitos humanos são protegidos pela Constituição Federal, inclusive aqueles decorrentes de tratados, seria natural esperar sua observância na ordem interna, especialmente, pelo Poder Judiciário. Ocorre que um olhar acurado para a temática permite observar que o estudo dos direitos humanos e, especificamente, do Direito Internacional dos Direitos Humanos<sup>16</sup>, muitas vezes é relegado ao segundo plano.

---

<sup>16</sup> “O Direito internacional dos Direitos humanos consiste no conjunto de direitos e faculdades previsto em normas internacionais, que assegura a dignidade da pessoa humana e se beneficia de garantias internacionais institucionalizadas”. RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 25. E mais, os Direitos Humanos passam a constituir objeto de um ramo autônomo do Direito Internacional Público, com instrumentos, órgãos e procedimentos de aplicação próprios caracterizando-se essencialmente como um direito de proteção. O Direito Internacional dos Direitos Humanos tem por objeto o estudo do conjunto de regras jurídicas internacionais (convencionais ou consuetudinárias) que reconhecem aos indivíduos, sem discriminação, direitos e liberdades fundamentais que assegurem a dignidade da pessoa humana e que consagram as respectivas garantias desses direitos. Visa, portanto, a proteção das pessoas mediante a atribuição direta e imediata de direitos aos indivíduos pelo Direito Internacional. MARTINS, Ana Maria Guerra. **Direito internacional dos direitos humanos**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 82. Um estudo específico sobre natureza do Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional geral pode ser conferido em: RAMINA, Larissa. Direito internacional dos direitos

Tal afirmação pode ser corroborada pelo conjunto de pesquisas realizadas por José Ricardo Ferreira da Cunha, dentre elas o estudo intitulado Direitos humanos e justiciabilidade: pesquisa no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro; o estudo Direitos Humanos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: Concepção, Aplicação; e Formação e Direitos Humanos, Poder Judiciário e Sociedade. Segundo as pesquisas, “40% da amostra de juízes entrevistada nunca estudou Direitos Humanos e 79% dos magistrados não estão informados a respeito dos Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos”. Ainda, apenas “16% deles sabem como funcionam o Sistema de Proteção dos Direitos Humanos interamericano”. Quando perguntados “acerca da existência de alguma cadeira de direitos humanos durante o bacharelado, 84% dos magistrados responderam negativamente”<sup>17</sup>. Dentre as respostas afirmativas, “apenas 4% dos juízes tiveram a disciplina como obrigatória, enquanto para 12% ela havia sido opcional”. À pergunta referente a seu conhecimento acerca das decisões das cortes internacionais de proteção dos direitos humanos, “56% dos magistrados responderam que eventualmente possuem tais informações; 21% que raramente as têm; 10% nunca obtiveram informações acerca de tais decisões; e apenas 13% frequentemente têm alguma informação”<sup>18</sup>.

Estudos específicos, como o de Miranda e Cunha, acerca da aplicabilidade e incorporação das decisões da CIDH no Brasil constataam que o Poder Judiciário ainda utiliza pouco as normas internacionais de proteção aos direitos humanos.

Ao se demonstrar que desde o reconhecimento da competência da Corte pelo Brasil em dezembro de 1998 até maio de 2009 a jurisprudência brasileira só ter utilizado por três vezes a jurisprudência da Corte Interamericana demonstra esse pouco conhecimento acerca deste poderoso instrumento de proteção dos direitos humanos. Ora, é claro que o Judiciário não é o único responsável pela garantia dos direitos fundamentais, mas sem dúvida o desconhecimento dos magistrados brasileiros sobre os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos apenas ajuda a aumentar a distância da efetividade de garantia da

---

humanos, direito internacional geral e direito estatal: breves apontamentos. In: RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **Coleção direito internacional multifacetado: convergências e divergências entre ordens jurídicas**. v. 5. Curitiba: Juruá, 2015, p. 171.

<sup>17</sup> CUNHA, José Ricardo. Direitos humanos e justiciabilidade: pesquisa no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo, v. 2, n. 3, dec., 2005, p. 13.

<sup>18</sup> CUNHA, José Ricardo (Org.). **Direitos humanos, poder judiciário e sociedade**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011.

proteção destes direitos no país. Constatar que 79% dos juizes entrevistados no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro/RJ, conforme descrito ao longo do texto, não estão informados a respeito dos Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos é intrigante. Ao se analisar que apenas 9% dos referidos magistrados utilizam a Convenção Americana de Direitos Humanos, percebe-se que existe uma distância enorme entre a teoria das normas e a prática da aplicação destas. Enquanto o Brasil se esforça para ser reconhecido internacionalmente como um país que respeita e protege os direitos humanos, assinando tratados e permitindo uma gama de instrumentos de proteção, seu Poder Judiciário pouco se utiliza destes. Muitas vezes nem conhece, não participa. Ficam existindo, então, dois países: um Brasil que se mostra internacionalmente, e um Brasil que atua internamente. Um “país” não se comunica com o outro<sup>19</sup>.

Tal situação demonstra que o estudo dos direitos humanos e, mais, do Direito Internacional dos Direitos Humanos, está longe de se esgotar ou revelar pontos pacíficos sobre sua fundamentação e alcance. A criação de mecanismos internacionais de promoção e defesa dos direitos humanos, ademais, é fruto do amadurecimento desta doutrina, e a discussão sobre um órgão de implementação da CIDH no Brasil não pode prescindir de uma análise crítica e criteriosa sobre o tema. Por essa razão, o objetivo do capítulo é problematizar a concepção contemporânea dos direitos humanos, seus limites e possibilidades e, justamente por isso, a presente tese abre seus trabalhos indagando: qual o lugar da fala dos direitos humanos<sup>20</sup>?

---

<sup>19</sup> MIRANDA, Mariana Almeida Picanço de; CUNHA, José Ricardo. **Poder judiciário brasileiro e a proteção dos direitos humanos**: aplicabilidade e incorporação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade, 2010, p. 91-92.

<sup>20</sup> A questão do lugar da fala dos direitos humanos pode exigir uma tomada de postura do pesquisador, qual seja: tomar os direitos humanos sob uma visão tradicional, fundada na noção de universalidade que sabe-se inalcançável, ou, adotar uma visão crítica dos direitos humanos, reconhecendo-os como produtos históricos, sempre locais e, desse modo, somente possíveis no universalismo de confluência, como ponto de chegada e não de saída, forjado após um processo de luta e construção, que rompa os preconceitos e linhas paralelas do discurso universalista. A presente pesquisa não desconsidera essa importante dicotomia no discurso dos direitos humanos e, ainda que possa, ao fim e ao cabo, posicionar-se ao lado da segunda visão, pretende apresentar o panorama completo da discussão, razão pela qual carrega autores partidários de notas universalistas um tanto críticas, mas que nem por isso podem ser desconsiderados por seu valor, ainda que meramente teórico, quando não retórico.



## 1.1 A CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DE DIREITOS HUMANOS

A implementação de sentenças da CIDH no Brasil envolve, no contexto, a interação entre direito interno e internacional e, como corolário, o enfrentamento da questão da formação e consolidação da concepção universal dos direitos humanos e fundamentais.

Melina Fachin<sup>21</sup> faz uma importante análise da concepção universal dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, mergulhando na história e nos percursos destas categorias teóricas, trazendo à tona a conjuntura política da universalidade das duas categorias. A autora parte da proto-história dos Direitos Humanos e dos direitos fundamentais, passa pelo surgimento da Modernidade, das ideias iluministas e da consagração dos Direitos Humanos e Fundamentais, para chegar até a chamada concepção contemporânea de Direitos Humanos, cunhada por Flávia Piovesan<sup>22</sup>, terminando por “trafegar pelas sendas do cosmopolitismo e da cidadania global como um dos fundamentos mantenedores do alicerce universalista dos direitos humanos no cenário globalizante”<sup>23</sup>.

Trata-se de uma reflexão a ser considerada no estudo dos direitos humanos e fundamentais. À presente tese, contudo, importa partir do momento em que se inaugura o paradigma no qual a influência do Direito Internacional dos Direitos Humanos nos ordenamentos nacionais passou a ser expressiva. E mais, importa investigar como se chegou ao reconhecimento da dignidade humana como um mínimo ético intangível, que relativizou a soberania dos Estados, oportunizando o, hoje presente, diálogo de jurisdições. Por essa razão, a chamada concepção contemporânea de direitos humanos e sua crítica são objetos de análise.

Assim, tem-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos se edificou tendo como base a dignidade humana. Trata-se de um valor que se revela na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que pressupõe o

---

<sup>21</sup> FACHIN, Melina Girardi. **Fundamentos dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

<sup>22</sup> PIOVESAN, Flávia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, César Augusto (Org). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 46.

<sup>23</sup> FACHIN, Melina Girardi. **Fundamentos dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 24.

respeito por parte das demais pessoas. É um mínimo intangível de proteção a que faz jus o ser humano, sendo a “síntese, a substância, o enunciado de todos os valores morais e espirituais [...] que compõe também a alma da democracia e dos direitos do homem”<sup>24</sup>.

Não por acaso, portanto, o afloramento do Direito Internacional dos Direitos Humanos se deu no pós-Guerra. Foi no contexto de indignação posterior à Segunda Guerra Mundial, em reação ao nazismo e ao fascismo, que a dignidade da pessoa humana ascendeu ao plano interno e internacional, como valor máximo dos ordenamentos jurídicos.

A destruição completa do piso da dignidade humana, com os sofrimentos indizíveis impingidos ao outro, sobretudo na Segunda Guerra Mundial, forçaram um comportamento de proteção do ser humano. O extermínio puro e simples de seres humanos, travestido de política válida de governo, alterou o modo de pensar o Direito, de modo que “o processo de internacionalização dos direitos humanos trouxe como consequência imediata a humanização do direito internacional, que por isso sofreu transformações acentuadíssimas no decorrer do século passado”<sup>25</sup>.

No âmbito dessa alteração, escreveu Cançado Trindade sobre o impacto nas ordens estatais:

O chamado 'domínio reservado dos Estados' (ou competência nacional exclusiva), particularização do velho dogma da soberania estatal, foi superado pela prática das organizações internacionais que desvendou sua inadequação ao plano das relações internacionais. Aquele dogma havia sido concebido em outra época, tendo em mente o Estado *in abstracto* (e não em suas relações com outros Estados e organizações internacionais e outros sujeitos do Direito Internacional), e como expressão de um poder *interno* (tampouco absoluto), próprio de um ordenamento jurídico de subordinação, inteiramente distinto do ordenamento jurídico internacional, de coordenação e cooperação, em que todos os Estados são, ademais de independentes, juridicamente iguais<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 19.

<sup>25</sup> RAMINA, Larissa. Direito internacional dos direitos humanos, direito internacional geral e direito estatal: breves apontamentos. In: RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **Coleção direito internacional multifacetado: convergências e divergências entre ordens jurídicas**. v. 5. Curitiba: Juruá, 2015, p. 177.

<sup>26</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito das organizações internacionais**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 661.

Essa nova tônica é diretamente influenciada pela universalidade, marcada pela condição de humanidade como única e suficiente para a titularidade de um conjunto mínimo de direitos na ordem internacional e nesse passo o fundamento dos direitos humanos encontra lugar na ideia de dignidade como valor inerente a toda e qualquer pessoa humana. Direitos humanos estão subjetivamente fundamentados.

O sentido da universalidade dissocia-se de condições ou conjunturas específicas e passa "a proteger o ser humano como tal"<sup>27</sup>, sustentando um sistema global de proteção dos direitos humanos atuante em oposição às ordens estatais soberanas, que passam a ter deveres internacionais de respeitar, proteger e implementar os direitos humanos de seus nacionais e estrangeiros submetidos a sua jurisdição. Assim:

Paralelamente ao fenômeno da humanização do direito internacional, constata-se a emergência de um novo direito constitucional ocidental, aberto a princípios e valores com ênfase no valor da dignidade humana, e que se projeta como um 'constitucionalismo global', destinado a proteger os direitos humanos e a limitar o poder estatal, mediante a criação de um aparato internacional de proteção de direitos<sup>28</sup>.

Inaugura-se, assim, um novo paradigma de proteção dos seres humanos, que deixa de lado seu âmbito unicamente interno e, ante as experiências da Guerra e dos novos limites da geografia mundial, passa das terríveis violações a uma ordem de direitos da pessoa.

A concepção contemporânea dos direitos humanos contém, pois, o embrião da internacionalização, que se firma na limitação da soberania estatal e em uma visão universal e holística desses direitos. A tradicional teoria da soberania dos Estados é modificada à medida que os próprios Estados passam a aceitar limitações externas, oriundas dos pactos por eles espontaneamente assumidos, e o processo de universalização dos direitos humanos que nasce nesta concepção, carrega em si "a necessidade de implementação desses direitos, mediante a criação de uma sistemática internacional de monitoramento e controle – a chamada *international accountability*."<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito das organizações internacionais**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 661.

<sup>28</sup> RAMINA, Larissa. Direito internacional dos direitos humanos, direito internacional geral e direito estatal: breves apontamentos. In: RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **Coleção direito internacional multifacetado: convergências e divergências entre ordens jurídicas**. v. 5. Curitiba: Juruá, 2015, p. 178.

<sup>29</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 19, jan./jun., 2012, p. 225.

É assim, pois, que se configura a concepção contemporânea de direitos humanos, com o ser humano ocupando a centralidade do discurso e do sistema, e disso decorrendo a relativização da soberania, haja vista sua proteção deixar de ser estritamente doméstica e passar a ter relevo internacional. A universalidade, a positividade e a integralidade dos direitos fundamentais e humanos são a marca dessa concepção.

A chamada relativização da soberania abriu espaço a novas interações entre os Estados, que juntos buscaram discutir e solucionar problemas comuns e a disciplinar as novas relações sociais emergentes. Dessa queda de barreiras transnacionais, o padrão de interação e defesa global dos direitos humanos ganhou força, pois o gênero humano passou a ser o centro e a pessoa, sua dignidade e seus direitos fundamentais romperam os limites do território e passaram a exigir uma nova instância de proteção, agora internacional, em sede de direitos humanos.

O Direito Internacional, a seu turno, também se aprimora, com o aperfeiçoamento, ainda que por meio de regras de natureza costumeira, de sanções às suas violações, de modo que o princípio fundamental que norteia a matéria é o de que toda violação do direito internacional – ato ilícito internacional – gera a responsabilidade internacional do Estado que a cometeu. E sendo a responsabilidade internacional um princípio reconhecido na jurisprudência internacional os Estados são, na prática, obrigados a observá-lo.

Assim, essa cessão de espaço da soberania em favor da pessoa humana traz uma possibilidade, própria de uma concepção contemporânea de direitos humanos, jamais vista na história da proteção da pessoa. O Estado passa a responder fora de suas fronteiras e de seu domínio, por atos praticados internamente, contra seus outrora súditos, hoje tidos como cidadãos.

Em síntese, a marca da concepção contemporânea de direitos humanos “é o reconhecimento da dignidade humana como valor inexpugnável, a relativização da soberania dos Estados, ante a necessidade de proteção internacional da pessoa e a consequente institucionalização de Cortes Internacionais”<sup>30</sup>, como instrumento de garantia desta proteção, sempre temperados pelo princípio da tolerância.

---

<sup>30</sup> FACHIN, Melina Girardi, **Verso e averso dos fundamentos contemporâneos dos direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais**: da localidade do *nós* à universalidade do outro.

Flávia Piovesan<sup>31</sup> traz relevantes características dessa concepção contemporânea de direitos humanos, destacando a transformação da cultura jurídica, que “requer a realização de programas de capacitação endereçados aos agentes públicos dos diversos poderes, a fim de que os instrumentos internacionais de proteção aos direitos sociais”, a principiologia específica aplicável a esses direitos e a jurisprudência protetiva internacional convertam-se em referência e parâmetros a guiar a conduta de tais agentes.

A autora destaca que a elaboração de normas, a formulação de políticas públicas e a formulação de decisões judiciais devem louvar o princípio da boa-fé no âmbito internacional, buscando sempre harmonizar a ordem doméstica à luz dos parâmetros protetivos mínimos assegurados na ordem internacional no campo dos direitos sociais<sup>32</sup>.

Neste ponto há que se observar que a concepção contemporânea de direitos humanos sob um viés mundial acata a tese da juridicidade da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), também chamada de Declaração de Paris, aprovada sob a forma de Resolução da Assembleia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1948, em Paris, reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993. São três as correntes acerca da juridicidade da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948:

a) as teses que consideram que a DUDH possui força vinculante por se constituir em interpretação autêntica do termo “direitos humanos”, previsto na Carta das Nações Unidas (tratado, ou seja, tem força vinculante);

b) as teses que sustentam que a DUDH possui força vinculante porque representa o costume internacional sobre a matéria;

c) e, finalmente, aqueles que defendem que a DUDH representa tão somente a *soft law* na matéria, que consiste em um conjunto de normas ainda não vinculantes, mas que buscam orientar a ação futura dos Estados para que, então,

---

Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 171.

<sup>31</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 19, jan./jun., 2012, p. 223.

<sup>32</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 19, jan./jun., 2012, p. 223.

venha a ter força vinculante<sup>33</sup>.

O processo de internacionalização dos direitos humanos configurou-se como a primeira resposta jurídica da comunidade internacional ao fato de que o direito *ex parte populi* de todo ser humano à hospitalidade universal só começaria a viabilizar-se se o “direito a ter direitos”, para falar com Hannah Arendt, tivesse uma tutela internacional, homologadora do ponto de vista da humanidade. Foi assim que começou efetivamente a ser delimitada a “razão de estado’ e corroída a competência reservada da soberania dos governantes, em matéria de direitos humanos, encetando-se a sua vinculação aos temas da democracia e da paz”<sup>34</sup>.

No dizer de Hannah Arendt, os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução. Considerando a historicidade destes direitos, pode-se afirmar que a definição de direitos humanos aponta a uma pluralidade de significados, destacada pela concepção contemporânea de direitos humanos<sup>35</sup>.

O legado da Declaração dos Direitos Humanos de 1948 e seus instrumentos posteriores foi sendo densificado ao incorporar as novas demandas e novos atores que foram surgindo nos processos de reconhecimento e concretização dos direitos. Por essa razão, a Declaração foi “revisitada e referendada por alargada concordância, demonstrando sua pertinência e atualidade”<sup>36</sup>.

Assim, foram realizadas as duas grandes Conferências Mundiais sobre os Direitos Humanos: a primeira, em maio de 1968, na cidade de Teerã e a segunda, em Viena, ocorrida em 1993, nas quais os países emancipados no processo de descolonização apresentam “suas contribuições à evolução da proteção dos direitos humanos, remidos pelos problemas comuns da pobreza extrema, das enfermidades, das condições desumanas de vida, do *apartheid*, racismo e discriminação racial”. Oportunizam-se, assim, uma maior aproximação entre “as diferentes concepções de

---

<sup>33</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

<sup>34</sup> LAFER, Celso. Prefácio ao livro de José Augusto Lindgren Alves, **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 2003, p. 13.

<sup>35</sup> PIOVESAN, Flávia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, César Augusto. (Org). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 46.

<sup>36</sup> FACHIN, Melina Girardi. **Direito humano ao desenvolvimento: universalização, ressignificação e emancipação**. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 40.

direitos humanos à luz de uma visão universal, refletida no aumento do número de ratificações dos instrumentos globais, na busca de maior eficácia dos mecanismos e procedimentos de proteção”, e na posterior assinatura de novos tratados de proteção nos planos global e regional, “tidos como essencialmente complementares, e atendendo a novas necessidades de proteção do ser humano”<sup>37</sup>.

O fato é que a grande contribuição das Conferências e posteriores proclamações, foi reavivar, reiterar e reforçar a compreensão da Declaração antecedente de 1948. Nas duas ocasiões a indivisibilidade, interdependência e inter-relação dos direitos humanos foram ratificadas por um consenso mais amplo, de modo a se entender que os Estados devem tratar todos os direitos humanos de forma global e com a mesma ênfase.

De acordo com Celso Lafer<sup>38</sup> "o consenso alcançado em Viena explicitou a hierarquia axiológica – sem a seletividade concreta dos interesses – inerente à interdependência dos direitos humanos no plano internacional", de modo que em matéria de direitos humanos, democracia e paz, a Conferência de Viena de 1993, no campo dos valores, “é uma admirável expressão do melhor de uma 'ilustrada' lógica de globalização que dá sequência à Declaração Universal de 1948.” Teve a capacidade de, mediante consenso de 171 Estados, “consagrar uma leitura kantiana das formas de conceber a vida em sociedade, com renovada leitura do papel dos direitos humanos como expressão da convivência coletiva”, vivificadas pela atuação da sociedade civil mediante a presença de organizações não governamentais. Superou, ademais, “a seletividade maquiavélico-hobbesiana e foi além da 'coexistência pacífica grossiana' ao asseverar a universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos” transcendendo os interesses das polaridades Leste/Oeste, Norte/Sul, até então prevalentes na matéria.

Houve de fato, ao menos no plano formal, um aprofundamento da tutela das pessoas concretas, no sentido da conservação intransigível de sua dignidade real, ainda que ressignificada na medida de seu sentido cultural, de modo que “tendo em vista sua ousadia e singularidade, a Declaração prossegue, até os tempos

---

<sup>37</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O legado da declaração universal e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos. In: AMARAL JUNIOR, Alberto; PERRONE-MOISÉS, Claudia (Orgs.). **O cinquentenário da declaração universal dos direitos do homem**. São Paulo: Edusp, 1998, p. 19.

<sup>38</sup> LAFER, Celso. **Comércio, desarmamento e direitos humanos**: reflexões sobre uma experiência diplomática. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 193-194.

atuais, como marco cardeal dos contornos da proteção contemporânea dos direitos humanos<sup>39</sup>, sem prejuízo da análise crítica de seus limites adiante encetada.

A tônica, portanto, é a dignidade da pessoa humana, que passa a merecer resguardo de modo que “a liberdade absoluta e selvagem do Estado se subordina a duas normas fundamentais: o imperativo da paz e a tutela dos direitos humanos”<sup>40</sup>.

A mudança no seio do paradigma terá forte repercussão em sede de direitos humanos, abrindo caminho para o aperfeiçoamento do chamado constitucionalismo global, que pode ser compreendido na concepção contemporânea como “a emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e a tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos”. Talvez aqui se vislumbre o traço mais poderoso da mudança do paradigma, haja vista ser possível dizer que “o Direito Internacional foi transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do *jus cogens* internacional)”<sup>41</sup>.

Esse movimento “tem humanizado o direito internacional contemporâneo e internacionalizado os direitos humanos, ao reconhecer que os seres humanos têm direitos protegidos pelo direito internacional”. E mais, a denegação desses direitos “engaja a responsabilidade internacional dos Estados independentemente da nacionalidade das vítimas de tais violações”<sup>42</sup>.

Assim, cabe observar, ainda, que “a originalidade profunda do direito internacional dos direitos humanos está em deslocar o foco das relações interestatais”, pois se estabelece um direito de origem internacional com foco nas relações dos sujeitos entre si e entre estes e o Estado. Isso é qualificado por Larissa

---

<sup>39</sup> FACHIN, Melina Girardi. **Direito humano ao desenvolvimento**: universalização, ressignificação e emancipação. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 45.

<sup>40</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del estado de derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007, p. 338.

<sup>41</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p. 13.

<sup>42</sup> BUERGENTHAL, Thomas. Prólogo. In: TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos**: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991, p. XXXI.



Ramina como “uma verdadeira revolução jurídica” o impacto das normas internacionais de proteção de direitos humanos no direito estatal e a possibilidade de denúncia e dos Estados por violações a tratados de direitos humanos<sup>43</sup>.

A par da nova concepção de direitos humanos sob uma perspectiva mundial, é possível discutir os moldes pelos quais a concepção foi incorporada ao cenário latino-americano, em sintonia com os limites desta tese.

Nesse sentido, a concepção contemporânea de direitos humanos é marcada, como visto, pela centralidade na pessoa humana e sua proteção. As Constituições latino-americanas também revelam a mudança de paradigma visto que “o trapézio jurídico contemporâneo substitui a tradicional pirâmide jurídica, assegurando um tratamento especial e diferenciado aos direitos e garantias internacionalmente consagrados”. Trata-se de um novo paradigma em que se somam aos parâmetros constitucionais os parâmetros convencionais, “na composição de um trapézio aberto ao diálogo, aos empréstimos e à interdisciplinaridade, a resignificar o fenômeno jurídico sob a inspiração do *human rights approach*”<sup>44</sup>.

As Constituições latino-americanas estabelecem cláusulas constitucionais abertas, que integram a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos, ampliando e expandindo o bloco de constitucionalidade, conjugando os processos de constitucionalização do Direito Internacional e de internacionalização do Direito Constitucional. Tal emergência de um novo paradigma, por certo, não é linear, tampouco pacífica. Por mais de um século a cultura jurídica latino-americana tem fundado suas bases na hermética pirâmide centrada no *State approach*, da qual três características sobressaem: a Constituição como fechamento do sistema, o hermetismo de um Direito purificado e a soberania do Estado. Tal modelo possui como ápice da ordem jurídica a Constituição, no topo da pirâmide, a partir do referencial teórico de Hans Kelsen, que

---

<sup>43</sup> RAMINA, Larissa. Direito internacional dos direitos humanos, direito internacional geral e direito estatal: breves apontamentos. In: RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **Coleção direito internacional multifacetado**: convergências e divergências entre ordens jurídicas. v. 5. Curitiba: Juruá, 2015, p. 182.

<sup>44</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e Justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 33.

afirma um sistema jurídico endógeno e autorreferencial<sup>45</sup>.

Flávia Piovesan<sup>46</sup> chama atenção, ainda, para os equívocos na interpretação de Kelsen, “já que sua doutrina defende o monismo com a primazia do Direito Internacional – o que tem sido tradicionalmente desconsiderado na América Latina”.

Era marca do paradigma dominante, ademais, a ênfase na visão estritamente normativa de um direito livre de elementos impuros e a adoção de conceitos estruturais e fundantes alinhados à soberania do Estado no âmbito externo e a segurança nacional no âmbito interno. Aqui a fonte inspiradora era a *lente ex parte príncipe*<sup>47</sup>, centrada no Estado e nos deveres dos súditos.

A partir da crise desse paradigma tradicional, emergiu também na cultura jurídica latino-americana um novo paradigma, centrado em três características fundamentais: tratados e Constituição no ápice do sistema, crescente abertura do Direito ao ângulo externo e o cidadão no centro. Novamente é Flávia Piovesan<sup>48</sup> quem descreve os contornos desse novo olhar para o Direito.

A figura do trapézio, em lugar da pirâmide, implica elevar os tratados internacionais de direitos humanos ao mesmo nível da Constituição na ordem jurídica interna, repudiando o sistema endógeno e autorreferencial anterior. Trata-se de uma mudança de grande expressão no modo de pensar o Direito, abrindo caminho para uma série de mudanças teóricas, que permitiram o aprimoramento dos sistemas de proteção dos direitos humanos.

Nesta linha, observam-se as cláusulas constitucionais abertas, estabelecidas pelas Constituições latino-americanas, aptas a integrar a ordem constitucional e a ordem internacional, ampliando e expandindo o bloco de constitucionalidade. É nesse ponto que se observa o giro na questão constitucional dos direitos humanos: têm início os processos de constitucionalização do Direito

---

<sup>45</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e Justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 33.

<sup>46</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 16.

<sup>47</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 12.

<sup>48</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Internacional e de internacionalização do Direito Constitucional, que serão adianta estudados.

Para exemplificar do que se trata esse novo paradigma dos direitos humanos no seio latino-americano, cabe observar as Constituições.

Assim, pode ser acompanhado que na Constituição Brasileira de 1988, no artigo 5º, parágrafo 2º, consagra-se que os direitos e as garantias expressos na Constituição não excluem os direitos decorrentes dos princípios e do regime a ela aplicável e os direitos enunciados em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, permitindo, assim, a expansão do bloco de constitucionalidade.

De igual modo, a Constituição da Argentina, após a reforma constitucional de 1994, dispõe, no artigo 75, inciso 22, que, enquanto os tratados em geral têm hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, os tratados de proteção dos direitos humanos têm hierarquia constitucional, complementando os direitos e as garantias constitucionalmente reconhecidos.

A então Constituição do Peru, de 1979, no mesmo sentido, determinava, no artigo 105, que os preceitos contidos nos tratados de direitos humanos têm hierarquia constitucional e não podem ser modificados senão pelo procedimento que rege a reforma da própria Constituição.

A atual Constituição do Peru, de 1993, consagra que os direitos constitucionalmente reconhecidos devem ser interpretados em conformidade com a Declaração Universal de Direitos Humanos e com os tratados de direitos humanos ratificados pelo Peru. Some-se a isso a decisão proferida, em 2005, pelo Tribunal Constitucional do Peru, que endossou a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, adicionando que os direitos humanos enunciados nos tratados conformam a ordem jurídica e vinculam os poderes públicos.

A Constituição da Colômbia de 1991, reformada em 1997, confere, no artigo 93, hierarquia especial aos tratados de direitos humanos, determinando que estes prevalecem na ordem interna e que os direitos humanos constitucionalmente consagrados serão interpretados em conformidade com os tratados de direitos humanos ratificados pelo país.

Também a Constituição do Chile de 1980, em decorrência da reforma constitucional de 1989, passou a consagrar o dever dos órgãos do Estado de respeitar e promover os direitos garantidos pelos tratados internacionais ratificados

por aquele país<sup>49</sup>.

Algumas reflexões críticas, contudo, são necessárias. Reconhecer a importância dos tratados no novo paradigma latino-americano não implica descuidar das origens da tradição jurídica das instituições brasileira e latino-americanas, que podem ser “de um lado uma confluência entre a herança colonizadora ibérica burocrático-centralizadora, e, de outro, uma tradição liberal-individualista utilizada a serviço dos detentores do poder”<sup>50</sup>. Também não implica ignorar que no plano Constitucional as cartas constitucionais antigas latino-americanas foram inspiradas na tradição marcadamente liberal e elitista da Constituição dos Estados Unidos, bem delineadas no *Federalista*, em que decisões individuais e pessoais sobressaiam a eventuais capacidades de cidadania<sup>51</sup>.

Nesse passo, outros modelos constitucionais podem ser percebidos, como a Constituição da Venezuela<sup>52</sup> de 1999 que, segundo Gerardo Pisarello:

---

<sup>49</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 19, jan./jun., 2012, p. 24.

<sup>50</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. Contribuições históricas sobre o direito na América luso-hispânica. In: DAL RI, Luciene; DAL RI Jr., Arno. (Orgs.). **Latinidade da América Latina: enfoques histórico-jurídicos**. São Paulo: Hucitec, 2008, p. 20.

<sup>51</sup> GARGARELLA, Roberto. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. **Universidad de Palermo**, 2016, p. 53.

<sup>52</sup> Sobre o tema, Pedro Brandão trata “das controvérsias sobre a posição da Venezuela no sistema regional de direitos humanos. Em maio de 2012, diante de alguns pronunciamentos do presidente Chávez sobre a possibilidade de denúncia da Convenção Americana de Direitos Humanos, um grupo de intelectuais ligados aos direitos humanos, majoritariamente latino-americanos, divulgou um manifesto reafirmando a importância da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para o avanço da democracia, proteção aos direitos humanos no contexto latino-americano e, também, ressaltando que a saída da Venezuela “*debilitará seriamente los mecanismos de protección de derechos humanos de todos y todas los venezolanos e venezolanas de in instrumento indispensable para su protección*”. BRANDÃO, Pedro Augusto Domingues Miranda. **O Novo Constitucionalismo Pluralista Latino-Americano**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2015, p. 61. Em sentido contrário, Salim Lamrani argumenta que desde a chegada de Chávez ao poder, a CIDH multiplicou as decisões desfavoráveis à Venezuela e, tal como os Estados Unidos, reconheceu e legitimou o golpe de Estado de 2002 naquele país. LAMRAMI, Salim. **As razões da Venezuela em deixar a CIDH**. Paris, 15. ago. 2012. De toda forma, em setembro de 2012, o então presidente venezuelano, Hugo Chávez, denunciou a Convenção Americana de Direito Humanos. Um ano mais tarde, prazo estabelecido para a decisão produzir efeitos, o presidente Nicolás Maduro confirmou a renúncia e, portanto, a Venezuela não se submete mais à Corte ou à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Para uma análise conectando as reações do Brasil contrárias à CIDH, devido a uma medida cautelar que suspendeu a construção da Usina de Belo Monte por violações de direitos de povos indígenas, com a saída da Venezuela do Sistema Interamericano, observe: PÁDUA, Fernandes. Direitos indígenas, provincialismo constitucional e o novo constitucionalismo latino-americano. In: VAL, Eduardo Manuel; BELLO, Enzo (Orgs.). **O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano**. Caxias do Sul: Editora da Universidade de Caxias do Sul (EDUCS), 2014, p. 51-64. Para o autor, a pressão do Brasil contra o órgão da OEA “acabou por gerar consequências continentais danosas para os povos indígenas e para o meio ambiente”.

*Junto a su detallado garantismo normativo, otro de los rasgos salientes de la constitución de 1999 es su doble alma “madisoniana” y “rousseauiana”, es decir, la previsión de un sofisticado sistema de controles institucionales, sumado a la contemplación de numerosos mecanismos de participación popular. La participación de la ciudadanía en la configuración de sus derechos va más allá del simple acto constituyente o de la elección de representantes vinculados a los partidos políticos. Se prodiga a lo largo del texto en ámbitos como la iniciativa popular, legislativa y constitucional o el referendo aprobatorio, consultivo, revocatorio y abrogatorio. También se prevén vías ágiles de acceso a los tribunales, la participación directa del pueblo en la designación de algunos jueces (art. 255) e incluso por la posibilidad de formulación directa de objeciones a la postulación de candidatos a magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (art. 264). Junto a estos mecanismos de participación directa en las instituciones se contemplan garantías sociales de autotutela, que se ocupan, sobre todo, de la participación popular en el ámbito socio-económico: la autogestión, la cogestión, las cooperativas, las cajas de ahorro, las empresas comunitarias y “otras formas asociativas guiadas por los valores de mutua cooperación y solidaridad” (art. 70). Todo este sistema de garantías funciona en torno a la voluntad, hecha expresa en el preámbulo, de “refundar la república”, para alcanzar, sobre todo, dos objetivos: establecer una sociedad “democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural”; e impulsar y consolidar “la integración latinoamericana de acuerdo al principio de no intervención y autodeterminación de los pueblos”<sup>53</sup>.*

Merece destaque, ademais, a perspectiva adotada pela chamada dimensão constitucional da ecologia<sup>54</sup>, presente nas Constituições da Bolívia e Equador, com a proclamação dos direitos da natureza (Pachamama), buscando reconstruir a harmonia e o equilíbrio da vida, com o respeito às comunidades originárias de cada lugar, apresentando um paradigma ainda mais abrangente: o bem viver<sup>55</sup>.

Tal reconhecimento “promove uma nova era na história do direito, tendo em vista que uma das ideias mais marcantes do eurocentrismo é a exploração da natureza, engendrada a partir da ética produtiva da revolução industrial”<sup>56</sup>.

Dito isso, imperioso destacar que a pesquisa não pretende reunir no mesmo patamar Constituições de matizes diversas, presentes na história latino-

---

<sup>53</sup> PIZARELLO, Gerardo. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la constitución venezolana de 1999: balance de una década. Revista Derecho del Estado*. n. 28, pp. 55-75, enero-junio, 2012, p. 9.

<sup>54</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La pachamama y el human*. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, Ed. Colihue, 2012.

<sup>55</sup> Sobre a especificidades da pacha mama e do bem viver conferir: BRANDÃO, Pedro Augusto Domingues Miranda. *O novo constitucionalismo pluralista latino-americano*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2015.

<sup>56</sup> BRANDÃO, Pedro Augusto Domingues Miranda. *O novo constitucionalismo pluralista latino-americano*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2015, p. 175.

americana. Extensas discussões sobre origem, status e alcance de cada uma das cartas constitucionais aqui exemplificadas são travadas no âmbito acadêmico.

Busca-se, contudo, evidenciar uma efetiva mudança de enfoque também no paradigma americano, com a abertura para o reconhecimento da dignidade como central no Direito e para o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Tanto é verdade que a inclusão da natureza não mais como instrumento a servir o ser humano e, sim, como sujeito de direitos também “impacta a visão piramidal e hierárquica da teoria clássica do direito constitucional, convertendo a Constituição numa espécie de vetor que coordena práticas e saberes jurídicos e culturais”<sup>57</sup>. Assim

*En ese sentido, más que estar en el vértice de una pirámide, la constitución es horizontal, constituye el centro de sentidos en que se solapan los saberes y prácticas de una pluralidad de culturas; las soluciones que propone para reconocer y coordinar esos derechos plurales impregnan cada una de las prácticas y situaciones constitucionales*<sup>58</sup>.

Percebe-se, portanto, claramente a mudança do paradigma dominante, em que a Constituição, no topo, fechava o sistema jurídico. A tendência passa a ser a adoção de Constituições latino-americanas que asseguram um tratamento especial e diferenciado aos direitos e às garantias internacionalmente consagrados, retratadas na visão do trapézio jurídico contemporâneo em detrimento da tradicional pirâmide jurídica.

Outra marca de relevo do novo paradigma latino-americano é a permeabilidade do Direito “mediante o diálogo entre jurisdições;<sup>59</sup> empréstimos constitucionais; e a interdisciplinaridade, a fomentar o diálogo do Direito com outros saberes e diversos atores sociais, resignificando, assim, a experiência jurídica”<sup>60</sup>. Esses diálogos permitem o aperfeiçoamento dos Sistema Interamericano de

---

<sup>57</sup> MÉDICI, Alejandro. *Teoría constitucional y giro decolonial: narrativas y simbolismos de las constituciones - Reflexiones a propósito de la experiencia de Bolivia y Ecuador*. **Otros Logos: Revista de estudos críticos**. Buenos Aires, Argentina, año I, n. 1, p. 94-124, 2011 p. 13.

<sup>58</sup> MÉDICI, Alejandro. *Teoría constitucional y giro decolonial: narrativas y simbolismos de las constituciones - Reflexiones a propósito de la experiencia de Bolivia y Ecuador*. **Otros Logos: Revista de estudos críticos**. Buenos Aires, Argentina, año I, n. 1, p. 94-124, 2011, p. 13.

<sup>59</sup> O tema do diálogo será retomado no quinto capítulo, em abordagem específica sobre a atuação esperada de um órgão de implementação das sentenças da CIDH, híbrido, aberto e plural.

<sup>60</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 19, jan./jun., 2012, p. 14.

Proteção dos Direitos Humanos, cabendo verificar como se tem acomodado essas trocas, sob variadas perspectivas, no Brasil.

Nesse passo, no Brasil, especificamente, também é possível observar, com Carta de 88, que envolveu saberes e atores diversos a partir da redemocratização, que a interpretação constitucional passou a resignificar o Direito, como forma de expressão do novo paradigma. E, assim, “passam a ser absorvidos conceitos estruturais e fundantes de soberania popular e segurança cidadã no âmbito interno”, sendo a inspiração agora radicada na cidadania e nos direitos dos cidadãos. É o *human rights approach (human centered approach)*, também em sede latino-americana<sup>61</sup>.

Com isso, tem-se observado crescente realização de audiências públicas pelo Supremo Tribunal Federal, contando com os mais diversos atores sociais, para enfrentar temas complexos e de elevado impacto social, como a utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa científica, a judicialização do direito à saúde, as cotas para afrodescendentes em Universidades, o reconhecimento constitucional às uniões homoafetivas, dentre outras.

Note-se que também aqui a espinha dorsal do sistema passa a ser a dignidade humana, emprestando fundamento e validade ao constitucionalismo interno e internacional. E foi a partir da crise do paradigma anterior que se pode observar um novo contexto, em que se oportunizou o diálogo de jurisdições no sistema interamericano, abrindo caminho para se buscar um *ius commune* latino-americano.

Contudo, é necessário atentar para a atuação do Poder Judiciário no corpo do novo paradigma. Assim, o pensamento que deve nortear a cultura jurídica latino-americana na atualidade passa, como já mencionado, “da hermética pirâmide centrada no *state approach* à permeabilidade do trapézio centrado no “*human rights approach*”, implicando o somatório, dos parâmetros constitucionais aos parâmetros convencionais, ou ainda, dos parâmetros decorrentes de tratados<sup>62</sup>.

Cumprido notar, neste ponto, a premente necessidade de mudança de postura do Poder Judiciário nacional, de modo que, ante o novo paradigma, passe a

---

<sup>61</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 19, jan./jun., 2012, p. 15.

<sup>62</sup> PIOVESAN, Flávia. Diálogo no sistema interamericano de direitos humanos. **Revista Campo Jurídico**. n. 01, mar., 2013, p. 165.

exercer, efetivamente, o controle de convencionalidade das leis<sup>63</sup> entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, levando a sério não somente o tratado, mas também a interpretação que dele tem feito a Corte Interamericana de Direitos Humanos, intérprete última da Convenção Americana.

A concepção contemporânea de direitos humanos requer uma “jurisprudência emancipatória no campo dos direitos humanos inspirada na prevalência da dignidade humana e na emergência de um novo direito público”, agora marcado pela “estatalidade aberta em um sistema jurídico multinível”<sup>64</sup>.

As decisões internacionais, ademais, em matéria de direitos humanos devem produzir eficácia jurídica direta, imediata e obrigatória no âmbito do ordenamento jurídico interno, cabendo aos Estados sua fiel execução e cumprimento, em conformidade com o princípio da boa-fé, que orienta a ordem internacional. E mais, “o futuro do sistema internacional de proteção dos direitos humanos está condicionado aos mecanismos nacionais de implementação”<sup>65</sup>.

Em síntese, tem-se que o Sistema Regional Interamericano simboliza a consolidação de um “constitucionalismo regional”, que objetiva salvaguardar direitos humanos fundamentais no plano interamericano. A Convenção Americana, como um verdadeiro “código interamericano de direitos humanos”, foi acolhida por 25 Estados, traduzindo a força de um consenso a respeito do piso protetivo mínimo e não do teto máximo de proteção. Serve a um duplo propósito: a) promover e encorajar avanços no plano interno dos Estados; e b) prevenir recuos e retrocessos no regime de proteção de direitos<sup>66</sup>.

Mas é preciso atentar que o caráter emancipador do Direito Internacional somente será uma realidade quando adotar um posicionamento crítico em relação a

---

<sup>63</sup> Sobre o tema MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno**: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p. 201-241.

<sup>64</sup> PIOVESAN, Flávia. Diálogo no sistema interamericano de direitos humanos. **Revista Campo Jurídico**. n. 01, mar., 2013, p. 167.

<sup>65</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; ROBLES, Manuel Ventura. **El futuro de la corte interamericana de derechos humanos**. 2. ed. atualizada e ampliada, San José/Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos e ACNUR, 2004, p. 91.

<sup>66</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 19, jan./jun., 2012, p. 10.



si mesmo e à sociedade, “assumir sua identidade brasileira e latino-americana, compreender o pluralismo, respeitar a diversidade e, enfim, transformar-se num instrumento das mudanças que tanto se fazem necessárias na realidade local e global, atualmente”<sup>67</sup>.

Isso posto, é possível concluir que a concepção contemporânea de direitos humanos, com a pessoa humana no centro da proteção e a relativização da soberania estatal, finca raízes também na América Latina, abrindo caminho para se buscar, inclusive um *ius commune* latino-americano. Contudo, mesmo se revestindo de expressivo valor em termos de proteção, também a concepção contemporânea de direitos humanos encontra limites em suas possibilidades emancipatórias.

## 1.2 LIMITES E POSSIBILIDADES DA CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DE DIREITOS HUMANOS: PROMESSAS A CUMPRIR

Asseverou-se, até o momento, que a proteção da pessoa internacional ganhou força e relevo no pós-Guerra e que o Direito Internacional dos Direitos Humanos aí nasce e se fortalece. Ocorre que a criticidade imposta pela construção de uma tese implica aprofundar o debate, diante dos limites e das possibilidades desta concepção contemporânea<sup>68</sup>. E dois desses limites se conectam diretamente com o núcleo da presente pesquisa, dada a questão da implementação de políticas públicas, quais sejam: o fundamento dos direitos humanos e a universalidade parcial dos direitos humanos.

Isso porque discutir fundamentos de direitos humanos implica expor a fragilidade teórica que uma visão universalista pode resultar, como dantes mencionado. Erigir um sistema de promoção, defesa a implementação de direitos humanos sobre os ombros de um universalismo puro e simples é, para além de

---

<sup>67</sup> FRIEDRICH, Tatyana Scheila. Por um direito internacional crítico e emancipatório: o direito internacional público e o direito internacional privado no Brasil em busca de suas identidades. In: RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **Coleção direito internacional multifacetado: convergências e divergências entre ordens jurídicas**. v. 5. Curitiba: Juruá, 2015, p. 273.

<sup>68</sup> Novamente adverte-se: muitos limites teóricos podem ser identificados na concepção contemporânea dos direitos humanos e na visão universalista, mas este não é o objeto da tese. Elegem-se dois para debate por se conectarem umbilicalmente à questão da implementação das decisões da CIDH.

ingenuidade, uma atitude rasa teoricamente. É preciso deixar claro, por cientificidade, qual o fundamento dos direitos humanos em favor do qual se advoga.

Se, em linhas atrás, afirmou-se a possibilidade de se buscar um *ius commune* latino-americano, é preciso reconhecer que a universalidade, pura e simples, decorrente da concepção universalista de direitos humanos não comporta sozinha os desafios dessa empreitada, seja em nível mundial, seja no âmbito latino-americano, e por essa razão os fundamentos dos direitos humanos e sua universalização parcial merecem debate.

Nessa senda, o primeiro limite da concepção universalista que se enfrenta é a questão do fundamento dos direitos humanos. Assim, o instigante debate sobre a proteção universal dos direitos humanos gravita em torno da busca de argumentos racionais, válidos em todas as culturas, acerca de seu fundamento, não encontrando concordância entre as concepções relativistas e universalistas.

Universalistas como John Rawls, Jürgen Habermas, Norberto Bobbio e Luigi Ferrajoli propugnam a existência de uma moral geral, universal, baseada em valores comuns aos diversos agrupamentos humanos, atemporal e apriorística, corolário da essência humana.

Particularistas, como Johann Gottfried Herder, Karl Marx, Otto Bauer, Giorgio Agamben e Michel Walzer, cada qual a seu modo, levam em conta questões locais, de modo que reconhecem uma dimensão individual e universal em cada indivíduo, decorrente de sua própria humanidade, mas sempre vinculada à “dimensão social ou coletiva que se forma no âmbito da comunidade política com a qual o indivíduo compartilha memórias, valores e perspectivas de futuro”<sup>69</sup>.

A celeuma envolve saber, em síntese, se os direitos humanos têm como titulares todos os homens, sem exceção, ainda que inseridos em contexto cultural diverso. Envolve, pois, a concepção universal dos direitos humanos e fundamentais em face do relativismo cultural, em que, no extremo da interpretação, até mesmo a ideia de direitos humanos é refutada. Consiste, noutras palavras, no embate entre a universalidade dos direitos humanos e as ideias de superação do paradigma burguês do individualismo exacerbado.

---

<sup>69</sup> WALZER, Michel. **Esferas da justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 19.

O fato é que, desde o surgimento da concepção contemporânea dos direitos humanos, o questionamento basilar – por que temos direitos? – ainda ecoa sem respostas satisfatórias e a tensão entre a concepção universal dos direitos humanos e as particularidades culturais está ainda mais aguçada. Trata-se, por certo, de uma empreitada de fôlego que exige a superação da usual contraposição dicotômica revelada no embate universalismos e relativismo em matéria de direitos humanos e fundamentais, para dar conta de uma multipolaridade desconexa e conflitual que marca o cenário global contemporâneo.<sup>70</sup>

Compreendendo que o debate sobre o fundamento dos direitos humanos e fundamentais não pode mais ser adiado, Fábio Konder Comparato<sup>71</sup>, ensina que pode-se compreender a ideia de fundamento dos direitos humanos de duas formas: como princípio, a partir do pensamento aristotélico, ou como razão justificativa aportando da ordem de ideias kantianas.

De todo modo, a posição sobre o fundamento dos direitos humanos aqui adotada, “é aquela que demonstra a insuficiência do maniqueísmo bipolar dos rótulos” universalista e localista ou, ainda, entre universalismo e relativismo. “Sendo o sujeito o fundamento dos direitos humanos, a concepção que se adota de ser humano influencia na ideia desses próprios direitos”, na medida em que o sujeito insular individual baseia as concepções universalistas, enquanto a ideia de um indivíduo coletivo, subordinado à comunidade na qual vive, usualmente suporta as ideias relativas dos direitos humanos<sup>72</sup>.

Neste sentido, a demonstração da aproximação das duas margens que ladeiam o discurso dos fundamentos dos direitos humanos, somada às impropriedades dos radicalismos em dar conta das tensões que se levantam, conduzem às posições intermediárias<sup>73</sup>. Isso porque o problema do contexto, a

---

<sup>70</sup> Sobre o tema FACHIN, Melina Girardi. **Fundamentos dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

<sup>71</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 395.

<sup>72</sup> FACHIN, Melina Girardi. Universalismo versus relativismo: superação do debate maniqueísta acerca dos fundamentos dos direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**. v. 16, 2010, p. 150.

<sup>73</sup> Sobre o tema conferir: TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. O papel do direito nas sociedades contemporâneas: uma proposta para conciliação entre direitos humanos e multiculturalismo. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n.64, fev. 2015.

centralidade unilateral, a unissonoridade e a unicidade hermenêutica<sup>74</sup> “conduzem a um panorama extremado, intolerante e excludente que, *ipso facto*, não orna com a ética da alteridade que deveria permear o discurso jurídico dos direitos humanos”<sup>75</sup>.

O fundamento dos direitos humanos, assim, embora reconheça-se sua natureza controversa, exige observar, em sua delimitação, determinados pilares, a saber: conexão com a realidade – o *contexto* de que fala Herrera Flores, em que a discussão não pode ser apartada da prática cotidiana e nem se constituir em mero exercício intelectual<sup>76</sup>, precisa reconhecer a complexidade<sup>77</sup> da matéria, abdicando de uma resposta unívoca, de um fundamento único e comum, podendo, ainda, aportar na tolerância<sup>78</sup>.

A tolerância, em princípio, pode contornar o maniqueísmo próprio da contraposição universalismo *versus* relativismo na sociedade cosmopolita atual e, de certo modo, afastar-se de um “mal mais grave”, a serviço de um discurso jurídico hegemônico e dominante<sup>79</sup>. A ética da tolerância se apresenta como medida necessária a conter os retrocessos a que os poucos direitos humanos e fundamentais conquistados vêm sendo expostos. As palavras de José Eduardo Faria<sup>80</sup> revelam a problemática:

Pouco mais de meio século depois (da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948), o horror da guerra está de volta. A barbárie inerente às

---

<sup>74</sup> FLORES, Joaquim Herrera. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade da resistência. In: WOLKMER, Antônio Carlos. (Org.). **Direitos Humanos e Filosofia Jurídica na América Latina**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 73.

<sup>75</sup> FACHIN, Melina Girardi. Universalismo versus relativismo: superação do debate maniqueísta acerca dos fundamentos dos direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**. v. 16, 2010, p. 150.

<sup>76</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 444.

<sup>77</sup> MORIN, Edgard. **Introdução ao pensamento complexo**. Portugal: Instituto Piaget, 1995. p. 17-19.

<sup>78</sup> FACHIN, Melina Girardi. **Direito humano ao desenvolvimento: universalização, ressignificação e emancipação**. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2013. p. 13.

<sup>79</sup> FACHIN, Melina Girardi. **Verso e anverso dos fundamentos contemporâneos dos direitos humanos e dos direitos fundamentais: da localidade do nós à universalidade do outro**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 140.

<sup>80</sup> FARIA, José Eduardo. Prefácio. In: FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 26.

mais diversas formas de opressão continua banalizada. Genocídios são cometidos a pretexto de “defesas preventivas” contra atentados terroristas. E o multilateralismo foi substituído pela vontade unilateral do país hegemônico do mundo contemporâneo[...]. Assim tem sido a evolução contemporânea dos direitos humanos – uma trajetória resultante de rios de sangue e tinta, de incertezas e definições, de avanços e recuos.

As barbáries que continuam sendo cometidas na sociedade hodierna, podem apontar para uma tensão irreconciliável entre uma concepção universal e outra cultural dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, encerrando a possibilidade de diálogo. “O não reconhecimento consiste na depreciação e subordinação de determinada identidade cultural (do diferente, o não eu). Cerra-se a porta dialógica, uma vez que o intuito não é conciliar, mas sim (re)conquistar – agora sob a vela da *lex mercatoria* globalizada”<sup>81</sup>.

De todo modo, a chave para superar o maniqueísmo bipolar universalismo versus relativismo avança da tolerância para o diálogo<sup>82</sup>, um diálogo intercultural sobre a dignidade da pessoa humana que possa levar, até mesmo, a uma “concepção mestiça de direitos humanos”<sup>83</sup>. Mas essa dimensão dialógica deve ser compreendida como reflexão conjunta e observação cooperativa da experiência, mediada por uma cessão recíproca entre as culturas, seja pelo “método da hermenêutica diatópica”<sup>84</sup>, seja pelo “método analético” de Enrique Dussel<sup>85</sup>, sempre preservando a inegável diversidade cultural que ensejam os direitos humanos. Um diálogo operado a partir da liberdade, atuando em dois planos, coletivo e individual, como ampla liberdade de pensar<sup>86</sup> e escolher a tradição cultural a que pretende se submeter.

---

<sup>81</sup> FACHIN, Melina Girardi. **Verso e anverso dos fundamentos contemporâneos dos direitos humanos e dos direitos fundamentais**: da localidade do *nós* à universalidade do outro. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 140.

<sup>82</sup> As discussões sobre o diálogo serão retomadas no capítulo 5.

<sup>83</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: \_\_\_\_\_. (Org.) **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 225.

<sup>84</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 260.

<sup>85</sup> DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 568.

<sup>86</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São

Ocorre que o norte em termos de diálogo parece exigir um elemento final, para que se aperfeiçoe a proteção da dignidade: a progressão da tolerância para a alteridade<sup>87</sup>, onde seria possível imaginar a dor da outra pessoa. Ou ainda, o “idioma da reciprocidade”<sup>88</sup>, sendo possível advogar em prol de “uma teoria alternativa dos Direitos Humanos”<sup>89</sup>, que comprometa o discurso teórico com a realidade atual dos direitos humanos, numa verdadeira abstração sem idealização.

Ora, as violações dos direitos humanos não são acidentes e não são aleatórias, constituindo-se em sintomas de patologias mais profundas de poder, ligadas intimamente às condições sociais que com frequência determinam quem sofrerá abuso e quem ficará protegido do dano<sup>90</sup>. Comunhão na diversidade parece ser a única saída e, mais que aceitar o outro, é preciso colocar-se no lugar dele.

Mas, afinal, de que alteridade se fala? A alteridade aqui revela o comprometimento, a responsabilidade, onde “não se pode haver sentido no ser senão aquele que não se mede pelo Ser”, onde “a passividade pura que precede a liberdade é responsabilidade, mas a responsabilidade que não deve nada à minha liberdade é minha responsabilidade pela liberdade dos outros”. A alteridade é o lugar onde “eu teria podido permanecer como espectador”, mas sou coresponsável por sua dignidade<sup>91</sup>.

A alteridade então, como ética primeira, mais que aceitar o outro, permite se responsabilizar por ele. E mais, também o Estado é chamado à condição de garantidor da ordem e da justiça, na medida em que se insere na estrutura fundamental de responsabilidade. Há, “portanto, uma submissão do político à ética da alteridade”<sup>92</sup>, e este é um ponto de extremo relevo.

---

Paulo: Editora Schwarcz, 2007. p. 162.

<sup>87</sup> NUSSBAUM, Martha. **Justicia poética**. Santiago do Chile: Andrés Bello, 1997. p. 129.

<sup>88</sup> FRASIER, Nancy. Repensando a questão do reconhecimento: superar a substituição e a reificação na política cultural. In: BALDI, Cesar Augusto (Org). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 601.

<sup>89</sup> FLORES, Joaquin Herrera. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. **Revista Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos**. Florianópolis. v. 23. n. 44, 2002, p. 373.

<sup>90</sup> FARMER, Paul. **Pathologies of power: health, Human Rights, and the New War on the Poor**, pref. de Amartya Sen. Berkeley, Los Angeles e Londres: University of California Press, 2005, p. XIII.

<sup>91</sup> LEVINÁS, Emmanuel. **Humanismo do outro homem**. 3 ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2009, p. 77.

<sup>92</sup> LEVINÁS, Emmanuel. **Humanismo do outro homem**. 3 ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2009, p. 77.

No excerto *O outro, utopia e justiça*, Levinas esclarece que a responsabilidade

[...] responsabilidade que lhe incumbiria imediatamente na própria percepção de outrem, mas como se nesta representação, nesta presença, ela já precedesse esta percepção, como se ela já estivesse aí, mais velha que o presente, e, por isso, responsabilidade indeclinável, duma ordem estranha ao saber; como se, de toda a eternidade, o eu fosse o primeiro chamado a esta responsabilidade; impermutável e assim único, assim eu, refém eleito, o eleito. Ética do encontro, socialidade. Desde toda a eternidade um homem responde por um outro. De único a único. Que ele me olhe ou não, “ele me diz respeito”; devo responder por ele. Chamo rosto o que, assim, em outrem, diz respeito ao eu – me concerne – lembrando, por detrás da postura que ele exhibe em seu retrato, seu abandono, seu desamparo e sua mortalidade, e seu apego à minha antiga responsabilidade, como se ele fosse único no mundo – amado. [...] A autenticidade do eu seria a escuta do primeiro chamado, esta atenção ao outro sem sub-rogação e, assim, já, a fidelidade aos valores malgrado sua própria mortalidade.<sup>93</sup>

A obra de Levinas pode sugerir, como o próprio autor reconhece, o uso de uma terminologia aparentemente religiosa, mas é no âmbito da democracia que seus escritos revelam a intenção da alteridade e se mostram precisos:

Talvez esteja aí a própria excelência da democracia cujo intrínseco liberalismo corresponde ao incessante remorso profundo da justiça: legislação sempre inacabada, sempre retomada, legislação aberta ao melhor. Ela atesta uma excelência ética e sua origem na bondade, da qual se distanciam, todavia – talvez cada dia um pouco menos – os necessários cálculos que uma sociedade múltipla impõe, cálculos que recomeçam sem cessar. Haveria assim – na vivência do bem sob a liberdade das revisões – progresso da Razão. Má consciência da Justiça! Ela sabe que não é tão justa quanto é a bondade que a suscita. Contudo, quando ela a esquece, corre o risco de soçobrar num regime totalitário e stalinista, e de perder, nas deduções ideológicas, o dom da invenção de formas novas de humana coexistência”.<sup>94</sup>

Nesse passo, entender os direitos humanos como alteridade permite concordar com a ideia de que a “teoria crítica dos direitos humanos procura conceitos e estratégias teóricas que permitam a constante mutação do direito, para que os homens possam, conforme sua necessidade, procurar e reivindicar cada vez mais direitos”, sendo a pessoa considerada “agente criadora do direito e não mero destinatário”, o que torna possível, finalmente, retomar Herrera Flores, para quem

<sup>93</sup> LEVINÁS, Emmanuel. **Entre nós: ensaios sobre a alteridade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p. 293.

<sup>94</sup> LEVINÁS, Emmanuel. **Entre nós: ensaios sobre a alteridade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p. 294.

“os direitos humanos podem se converter em uma pauta jurídica, ética e social que sirva de guia para a construção dessa uma nova racionalidade”<sup>95</sup>. Para tanto

devemos libertá-los da jaula de ferro na qual foram encerrados pela ideologia de mercado e sua legitimação jurídica formalista e abstrata. Apesar da enorme importância das normas que buscam garantir a efetividade dos direitos no âmbito internacional, os direitos não podem reduzir-se às normas. Tal redução supõe, em primeiro lugar, uma falsa concepção da natureza do jurídico e, em segundo lugar, uma tautologia lógica de graves consequências sociais, econômicas, culturais e políticas<sup>96</sup>.

A advertência, portanto, se dirige à abstração e ao excessivo formalismo das normas de direito postas pela ideologia dominante, que assegura direitos formais, sem se importar se esses direitos se tornarão reais. O direito não é uma técnica neutra que funciona por si mesma, nem o único instrumento ou meio que pode ser utilizado para a legitimação ou transformação das relações sociais dominantes. O “direito dos direitos humanos” é um meio, uma técnica, entre muitos outros, na hora de garantir o resultado das lutas e interesses sociais e, como tal, não pode se afastar das ideologias e das expectativas dos que controlam seu funcionamento, “tanto no âmbito nacional como no âmbito internacional”<sup>97</sup>.

Certamente, cabe um uso do jurídico que o interprete ou o aplique em função dos interesses e das expectativas das maiorias sociais. Contudo, tal uso deve ser impulsionado tanto de baixo, desde os movimentos sociais, Ongs, sindicatos como de cima como os partidos políticos. Então, são as ações sociais “de baixo” as que podem nos situar no caminho para a emancipação em relação aos valores e aos processos de divisão do fazer humano hegemônico. “O direito não vai surgir, nem funcionar, por si só”<sup>98</sup>.

O mundo contemporâneo apresenta uma realidade na qual cerca de 830 milhões de trabalhadores em regiões de países em desenvolvimento vivem com menos de 2 dólares por dia. É um mundo no qual, segundo o relatório PNUD de

---

<sup>95</sup> LEMOS, Eduardo Xavier. Revisitando Herrera Flores: compreensões acerca da teoria crítica de direitos humanos. *Revista Crítica de Direito*. v. 58, n. 3, mar./ abri., 2014, p. 13.

<sup>96</sup> FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria crítica dos direitos humanos**: os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 23.

<sup>97</sup> FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria crítica dos direitos humanos**: os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 24.

<sup>98</sup> FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria crítica dos direitos humanos**: os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 24.



2015, 663 milhões de pessoas não têm acesso à água potável e 780 milhões são analfabetos<sup>99</sup>, fazendo emergir “a necessidade de mudanças e superação das relações de desigualdade e exploração” e, nesse sentido, “o instrumento do direito e, dos direitos humanos, só se justificam enquanto ferramentas que possam auxiliar a transformação desse estado de coisas”<sup>100</sup>.

Esse é, portanto, o lugar da fala dos direitos humanos, como fundamento. Temos direitos humanos para nos igualar como humanos, de modo que todos os humanos tenham todos os direitos. O projeto de universalização dos direitos humanos não deve ser abandonado e sim, continuamente aperfeiçoado, buscando a superação de suas incongruências.

Nesse rumo, desponta o outro limite que precisa ser estudado na busca do lugar da fala dos direitos humanos: o déficit que a implementação das prestações positivas possui em relação às liberdades. Em outras palavras: a universalização parcial dos direitos humanos.

### 1.3 A UNIVERSALIZAÇÃO PARCIAL DOS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO COMO *MOTU* DE EMANCIPAÇÃO

O segundo limite encontrado pela concepção contemporânea de direitos humanos é a chamada universalização parcial dos direitos humanos e seu estudo interessa à medida que o Poder Judiciário, nacional e internacional, assume a condição de “importante espaço de realização dos direitos, sobretudo, dos direitos econômicos, sociais e culturais que ficaram alijados de sua universalidade de fato em consequência de seu menor reforço normativo”<sup>101</sup>.

---

<sup>99</sup> A íntegra das pesquisas pode ser conferida no Relatório do Desenvolvimento Humano 2015 do PNUD: o trabalho como motor do desenvolvimento humano, disponível em: [http://www.pnud.org.br/hdr/arquivos/RDHglobais/hdr2015\\_ptBR.pdf](http://www.pnud.org.br/hdr/arquivos/RDHglobais/hdr2015_ptBR.pdf)

<sup>100</sup> CAJU, Oona de Oliveira. A concepção de direitos humanos em Jürgen Habermas e a compreensão crítica em Joaquín Herrera Flores. **Revista Crítica do Direito**. v. 58, n. 3, mar./abr., 2014, p. 31.

<sup>101</sup> FACHIN, Melina Girardi. **Direito humano ao desenvolvimento: universalização, ressignificação e emancipação**. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2013. p. 98-99.

Ademais, a judicialização nacional e internacional dos direitos de participação do bem-estar social é pedra de toque em seara e implementação de políticas públicas e, neste ponto, guarda relação com o núcleo da presente tese. Isso porque o caminho para a realização de direitos sociais não efetivados pelos Poderes Executivo e Legislativo é, naturalmente, o Poder Judiciário, ligando a questão, ainda que tangencialmente, ao paradoxo do cumprimento pelo violador.

Se a universalidade parcial dos direitos humanos pode ser minimizada a partir do Poder Judiciário e as contraposições a esta medida estão relacionadas, especialmente, “ao princípio da soberania estatal, no princípio da separação dos poderes, na ausência de legitimidade democrática do Poder Judiciário para a consecução e de políticas públicas e manejo do orçamento”<sup>102</sup>, esta temática interessa à pesquisa.

Nesse sentido, importa analisar que a concepção contemporânea de direitos humanos cedeu espaço a uma visão parcial de direitos, estando presente uma verdadeira dicotomia de categorias jurídicas: de um lado, direitos civis e políticos, e de outro, direitos econômicos, sociais e culturais, tratadas de modo desigual. O projeto da universalidade e integralidade dos direitos humanos, abraçado pela Declaração Universal de 1948 não foi implementado de modo equânime, restando prejudicados nesse processo os direitos econômicos, sociais e culturais, que exigem prestações sociais e se referem a uma melhor distribuição de recursos financeiros e fiscais dentro de uma sociedade, contribuindo para o desenvolvimento humano na busca de condições mínimas de uma vida digna.

Certamente tratam-se de direitos humanos de implementação complexa que, por vezes, necessitam de modelos e padrões diferenciados para sua realização, com medidas diferentes daquelas encetadas para concretização de direitos civis e políticos. Mas é justamente na assunção dessa heterogeneidade que reside a possibilidade de sua realização.

Contudo, observa-se que o legado da integralidade, interdependência, indivisibilidade e universalidade do conteúdo dos direitos humanos sistematizado na Declaração Universal de Direitos Humanos foi breve. A fratura na universalidade se revelou a partir da adoção, em âmbito internacional global, de dois Pactos

---

<sup>102</sup> FACHIN, Melina Girardi. **Direito humano ao desenvolvimento: universalização, ressignificação e emancipação.** Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2013. p. 98-99.

Universais de Direitos Humanos, aprovados pela Assembleia Geral em 1966, e em vigência desde 1976, com regimes e tratamentos jurídicos díspares.

Essa cisão se refletiu nos âmbitos regionais de proteção e também encontrou eco nos constitucionalismos internos que, valendo-se do discurso de conteúdo programático dos direitos sociais e econômicos, não lhes confere o tratamento de verdadeiros direitos humanos e fundamentais. Trata-se de uma universalidade hesitante, pela qual se revela a fraqueza dos sistemas existentes nos planos global, regional e local para proteção e promoção dos direitos econômicos, sociais e culturais e sua ênfase exacerbada nos direitos civis e políticos.

A questão implícita na diferenciação desses direitos é discutida mais sob uma perspectiva de grau do que de substância, pois a faceta mais visível dos direitos econômicos, sociais e culturais podem ser as obrigações de fazer, sendo, por isso mesmo, muitas vezes denominados “direitos-prestação”. Entretanto, analisando-se a estrutura desses direitos, é possível verificar a existência concomitante de obrigações de não fazer. Por exemplo, “o direito à saúde compreende a obrigação estatal de não prejudicar a saúde e o direito à educação pressupõe a obrigação de não piorar a educação”, expondo a fragilidade da diferenciação<sup>103</sup>.

Inobstante tal constatação, essa visão dividida da natureza desses direitos acaba por gerar uma universalidade relativa, no que tange à proteção e à promoção culminando na universalização parcial, com preponderância dos direitos civis e políticos em prejuízo dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Diante disso, é possível perceber que o legado da Declaração Universal de Direitos Humanos, concretamente, ainda não se realizou, sendo a concepção de integralidade, interdependência, indivisibilidade e universalidade do conteúdo dos direitos humanos promessa a cumprir, nos planos global, regional e local. “Urge despojar esse tema de toda a retórica e passar a tratar os direitos econômicos, sociais e culturais como verdadeiros direitos que o são”<sup>104</sup>, sem a ênfase contundente conferida à realização de direitos civis e políticos.

---

<sup>103</sup> ABRAMOVICH, Victor. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. **Sur Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo. v. 2, n. 2, 2005, p. 194.

<sup>104</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O legado da declaração universal e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos. In: AMARAL JUNIOR, Alberto; PERRONE-MOISÉS, Claudia

Não por acaso, a universalização parcial dos direitos humanos acaba por consentir com o crescimento das desigualdades e da exclusão social no mundo. Diante dessa realidade desigual, relega-se a realização desses direitos integralmente ao Estado, valendo-se da retórica da progressividade e dentro de seus recursos disponíveis, subvertendo-se os próprios princípios da concepção contemporânea de direitos humanos e transferindo-se a concretização de parcela substancial desses direitos para um futuro remoto e incerto.

O divórcio no tratamento jurídico dos direitos humanos produz efeitos nefastos no plano concreto, atingindo especialmente os mais vulneráveis. E não se trata aqui de vulnerabilidade formal, de participação ou inserção política, por exemplo. Trata-se dos “doze milhões de pessoas que morrem por ano por falta de água; dos um bilhão e cem milhões de seres humanos que não possuem acesso à água potável”. Ainda, dos “dois bilhões e meio que vivem sem saneamento básico e aguardam, morrendo um pouco por dia, a extensão universal das condições mais ínfimas para a vida humana”. A falta de concretização de direitos se refere, ademais, “aos oitocentos e quarenta milhões de malnutridos do mundo e as seis milhões de crianças com menos de cinco anos que morrem anualmente em consequência da malnutrição”. É dessa universalização parcial dos direitos humanos que se trata e que depende dos limites e das reservas locais em sua implementação. “Igual resposta é destinada às mais de 113 milhões de crianças que, no mundo em desenvolvimento, não possuem acesso à educação básica”<sup>105</sup>.

Inclusive nos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, é importante observar que a tônica reside na defesa dos direitos civis e políticos, relegando-se os direitos econômicos, sociais e culturais a um segundo plano, versando, em geral, a possibilidade de justicialização, de modo direto e em larga medida, sobre as liberdades negativas.

Não por acaso esta cisão é discutida na pesquisa. Quando se trata especificamente do caso brasileiro, as decisões que envolvem especialmente o Poder Judiciário como perpetrador do ilícito internacional, podem ser reveladoras de

---

(Orgs.). **O cinquentenário da declaração universal dos direitos do homem**. São Paulo: Edusp, 1998. p. 40.

<sup>105</sup> FACHIN, Melina Girardi. **Direito humano ao desenvolvimento: universalização, ressignificação e emancipação**. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2013. p. 240.

uma condição importante. São decisões que impõem (a exemplo de Damião Ximenes Lopes e Gomes Lund) a implementação de políticas públicas. São decisões que, ainda que o direito violado do indivíduo que bateu às portas da CIDH seja de cunho civil-individual ou político, terminam por impor mudanças no *modus operandi* do Estado, como gestor, e que terminam por impor a efetivação de direitos sociais e econômicos. Esta via de mão dupla evidencia a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos, exacerbando ainda mais a impropriedade de uma universalização parcial.

Ora, se o Poder Judiciário brasileiro demora na entrega da prestação jurisdicional em processo que envolva atendimento de saúde mental, como no caso Ximenes Lopes, e isso contribui para uma sentença internacional que determine ao Estado brasileiro uma série de medidas da ordem de políticas públicas de direitos sociais, resta evidente a interconexão entre aqueles direitos individuais negados (vida, integridade pessoal, proteção judicial) e os direitos sociais (saúde).

E ainda que se reconheça que nem todas as condenações advindas da CIDH tenham nexos de causalidade direto com a atuação, positiva ou negativa, do Poder Judiciário, ele ocupa o lugar de garante dos direitos humanos e tem papel primordial na sua universalização.

Dito isso, é possível perquirir afinal, como enfrentar este paradigma da universalização parcial dos direitos humanos? No plano teórico, o direito ao desenvolvimento<sup>106</sup> pode ser um instrumento para expansão das liberdades substanciais dos sujeitos, para propiciar “o empoderamento, político e material, dando aos sujeitos voz ativa no processo de discussão e significação de seus destinos”. Da universalidade promovida pelo direito humano ao desenvolvimento poderiam emergir possibilidades emancipadoras.

Nesse espaço (a)normativo se insere a ideia do direito ao desenvolvimento como categoria teórica hábil a contribuir na realização concreta das liberdades substanciais e empoderar os indivíduos à plena vivência de sua cidadania. Trata-se de, a partir da universalização e realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, poder “cooperar na consolidação dos direitos civis e

---

<sup>106</sup> FACHIN, Melina Girardi. **Direito humano ao desenvolvimento:** universalização, ressignificação e emancipação. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2013. p. 13.

políticos ante a interdependência e inter-relação que os processos de desenvolvimento econômico e social e a democracia guardam entre si”<sup>107</sup>.

A partir de uma ideia mínima de direitos humanos que converge a um conjunto de processos (normativos, institucionais e sociais) são abertos espaços de luta pela dignidade humana<sup>108</sup>, sem a redução a modelos ideais e herméticos, determinantes do conteúdo desses direitos humanos.

Admite-se a complexidade do real e absorve-se a ideia de um universalismo construído por meio de uma prática intercultural que assuma seu contexto, conviva com a diversidade e pluralidade, estimule uma postura social híbrida que abra novos horizontes pertinentes à seara dos direitos humanos. “O único universalismo válido consiste, pois, no respeito e na criação de condições sociais, econômicas e culturais que permitam e potenciem a luta pela dignidade”. Ou ainda, que “generalize o valor da liberdade, entendida esta como a 'propriedade' das que nunca 'existiram' na construção das hegemonias”<sup>109</sup>.

O direito ao desenvolvimento pelas lentes dos direitos humanos se afasta das nuances economicistas e expande as liberdades humanas substanciais. Desenvolvimento como expressão da liberdade, mas correspondendo a “múltiplas liberdades inter-relacionadas”. Ressalta a necessidade de uma pluralidade de instituições, como sistemas democráticos, mecanismos legais, estruturas de mercado, provisão de serviços de educação e saúde, facilidades para a mídia e outros tipos de comunicação que possam incorporar iniciativas privadas além de disposições públicas, bem como estruturas mais mescladas, como organizações não governamentais e entidades cooperativas<sup>110</sup>.

Nesse passo, retome-se, por um momento, a história da afirmação dos direitos humanos, até chegar à necessidade de participação em uma comunidade, e

---

<sup>107</sup> FACHIN, Melina Girardi. **Direito humano ao desenvolvimento**: universalização, resignificação e emancipação. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2013. p. 98.

<sup>108</sup> FLORES, Joaquin, Herrera. Hacia una visión compleja de los derechos humanos. In: FLORES, Joaquin, Herrera (Coord.). **El vuelo de Anteo**: derechos humanos y crítica da la razón liberal. Bilbao: Desclée, 2000. p. IV.

<sup>109</sup> FLORES, Joaquim Herrera. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade da resistência. In: WOLKMER, Antônio Carlos. (Org.). **Direitos humanos e filosofia jurídica na América Latina**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 383.

<sup>110</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Editora Schwarcz, 2007. p. 162.

o lugar da fala dos direitos humanos, no âmbito da implementação das sentenças da CIDH no Brasil, se revela: o discurso da descartabilidade humana, pautado na crença totalitária de que tudo era possível, parece ter provado apenas que tudo poderia ser destruído.

Não obstante, em seu afã de provar que tudo é possível, os regimes totalitários descobriram, sem o saber, que existem crimes que os homens não podem punir nem perdoar. Ao tornar-se possível, o impossível passou a ser o mal absoluto, impunível e imperdoável, que já não podia ser compreendido nem explicado pelos motivos malignos do egoísmo, da ganância, da cobiça, do ressentimento, do desejo do poder e da covardia; e que, portanto, a ira não podia vingar, o amor não podia suportar, a amizade não podia perdoar<sup>111</sup>.

Assim, a positivação dos direitos humanos expressa um processo histórico de integração de valores percebidos como fundamentais para a boa convivência coletiva. Consolida-se a partir de legados históricos, “irradiadores de feixes axiológicos, configuradores de um sentido de direção”, como o legado da Grécia com a liberdade de pensar, de Roma com a consciência dos valores autônomos do Direito e do cristianismo, com o reconhecimento da igualdade da natureza humana, independentemente dos invólucros políticos e sociais da cidadania. Ainda, do liberalismo, “onde o governo é para o indivíduo e não o indivíduo é para o governo”, o que significa que a liberdade é entendida como “distribuição de poder político, econômico, cultural entre os governantes e limitação pelo Direito do poder dos governantes, com base no pressuposto que todo indivíduo tem direito a ter direitos” e do socialismo, com “a existência da igualdade perante a vida e a cultura, concebida como um direito de crédito reconhecido a cada ser humano de participar do bem-estar social, daquilo que a espécie humana, num processo coletivo, vai acumulando através do tempo”<sup>112</sup>.

Destarte, o direito a ter direitos “é um construído da convivência coletiva, que requer o acesso a um espaço público comum”. Em resumo, é esse acesso ao espaço público – o direito de pertencer a uma comunidade política – “que permite a construção de um mundo comum através do processo de asserção dos direitos

---

<sup>111</sup> ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Cia das Letras, 1989. p. 510.

<sup>112</sup> LAFER, Celso. **Comércio, desarmamento e direitos humanos**: reflexões sobre uma experiência diplomática. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 182-183.

humanos"<sup>113</sup>, evidenciando a importância fundamental da inserção do povo no processo não só de decisão, mas também de implementação de políticas públicas, mostrando harmonia com a proposta de um órgão de implementação de sentenças da CIDH híbrido e plural.

E justamente por isso, é preciso retomar, ainda, as peculiaridades da concepção contemporânea de direitos humanos na América Latina, para se verificar a necessidade premente de cada vez mais se alcançar o referido espaço público comum. Nessa perspectiva, se "[...] as soluções jurídicas são sempre contingentes em relação a um dado envolvimento (ou ambiente) e são, neste sentido, sempre locais"<sup>114</sup>, é justamente no corpo do ordenamento jurídico interno do Estado que devem ser promovidas as mudanças para se fortificar este acesso. Também sob essa óptica, a implementação das sentenças da CIDH se mostra importante.

Sendo os direitos humanos um produto histórico, sempre locais, ou seja, necessariamente conectados ao contexto espaço-temporal no qual são examinados<sup>115</sup>, a implementação das sentenças da CIDH no Brasil, especialmente quando contemplar implementação de políticas públicas, demanda a ocupação do já mencionado espaço público.

Não constituindo os direitos humanos um dado, os movimentos dialéticos da história sublinham, outrossim, sua proximidade com as lutas sociais. São os direitos humanos produzidos a partir da dinâmica social, são frutos de uma "racionalidade de resistência"<sup>116</sup>.

A expressão cunhada por Joaquín Herrera Flores revela uma visão complexa de direitos humanos que aposta em uma racionalidade que “não nega que se possa chegar a uma síntese universal das diferentes opções ante os direitos e também não descarta a virtualidade das lutas pelo reconhecimento das diferenças étnicas ou de gênero”. O que essa racionalidade de resistência não aceita é que o

---

<sup>113</sup> LAFER, Celso. **Comércio, desarmamento e direitos humanos**: reflexões sobre uma experiência diplomática. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 58.

<sup>114</sup> HESPANHA, Antonio Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. Lisboa: EuropaAmérica, 1997. p. 15.

<sup>115</sup> HESPANHA, Antonio Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. Lisboa: EuropaAmérica, 1997. p. 15.

<sup>116</sup> FLORES, Joaquín Herrera. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. **Revista Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos**. Florianópolis. v. 23. n. 44, 2002, p. 163.



universal seja um ponto de partida ou um caminho de desencontros. “Ao universal, há que se chegar – universalismo de chegada ou de confluência – depois (não antes) de um processo de luta discursivo, de diálogo ou de confrontação em que se rompam os preconceitos e as linhas paralelas”<sup>117</sup>.

Entender definitivamente os direitos humanos como um contrapoder<sup>118</sup> que marca o processo constante de lutas contra a lei do mais forte, equilibrando relações assimétricas de poder como insurreições contra os despotismos, provenientes dos campos público ou privado é questão fundamental na luta pelos direitos. Entendê-los “como trunfos poderosos”, especialmente contramajoritários, na luta pela construção de uma sociedade mais materialmente inclusiva<sup>119</sup>, como marca das democracias contemporâneas, é outra medida de relevo.

Não se trata, por certo, de negar a universalidade dos direitos humanos e sim, de reconhecer a necessidade de passos mais forte sem busca desta realização. Para isso, é preciso contornar a partição normativa e a ambivalência de regimes jurídicos e, para além da jurisdição colocar a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais em patamar de igualdade com aqueles civis e políticos. Daí a importância da discussão da universalização parcial dos direitos humanos quando se pensa em mecanismos de implementação das sentenças da CIDH, especialmente no Brasil, já que um órgão que cumpra as sentenças da CIDH deverá se expandir para além das fronteiras exclusivas do Poder Judiciário.

Por isso, deve-se avançar em direção à concepção integral dos direitos humanos não apenas pela porta jurisdicional, haja vista que somente com a garantia real dos direitos sociais é que a proteção de direitos alçará os anseios inaugurados com a concepção contemporânea em 1948. São os direitos sociais que dão suporte aos direitos civis e políticos, sendo necessário, pois, seguir avançando a partir da força simbólica dos instrumentos para a concretização normativa, judicial e, especialmente, cidadã.

---

<sup>117</sup> FLORES, Joaquin Herrera. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. **Revista Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos**. Florianópolis. v. 23. n. 44, 2002, p. 163.

<sup>118</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del estado de derecho*. In: CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos**. *El neoconstitucionalismo en su laberinto*, Madrid: Trotta, 2007. p. 346.

<sup>119</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 130.

É necessário [...], avançar em estratégias de litigância que otimizem a justiciabilidade e a exigibilidade dos direitos sociais, como verdadeiros direitos públicos subjetivos, por meio do empowerment da sociedade civil e de seu ativo e criativo protagonismo. Há de se reinventar a relação com o Poder Judiciário, ampliando seus interlocutores e alargando o universo de demandas, para converter este poder em um *locus* de afirmação de direitos. Há que se fortalecer a perspectiva integral dos direitos humanos, que tem nos direitos sociais uma dimensão vital e inalienável, aprimorando os mecanismos de sua proteção e justiciabilidade, dignificando, assim, a racionalidade emancipatória dos direitos sociais como direitos humanos, nacional e internacionalmente garantidos<sup>120</sup>.

É preciso, pois, “problematizar as pretensões de universalidade dos direitos humanos considerando a sua inserção no contexto contemporâneo do capitalismo globalizado e da sociedade mundial”<sup>121</sup>, observando-se

a aplicação seletiva dos direitos humanos, seja como componente discursivo orientado para legitimar intervenções de caráter humanitário a serviço das grandes potências mundiais, seja como mecanismo, embora não o único, de pressão para que nações em desenvolvimento adotem o modelo ocidental de democracia constitucional capitalista. Pensar criticamente os direitos humanos significa não tanto uma rejeição completa dessa construção teórica, e sim uma tentativa de ressaltar o seu caráter utópico, logo também emancipatório. É essa dimensão emancipatória que nos permite pensar novas possibilidades de arranjos sociopolíticos, aqui considerado também o aspecto mais relevante da ideia de direitos humanos<sup>122</sup>.

---

<sup>120</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e Justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 182.

<sup>121</sup> E, para tanto, registra-se o seguinte contraponto: “Nesta perspectiva, é irrelevante ou, ao menos, desprovido da importância que em geral os juristas mais otimistas lhe conferem (tais como: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997. vol. I, p. 173; PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 19, jan./jun., 2012, p. 223) o fato da Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, consagrar a ‘indivisibilidade’ dos direitos humanos, isto é, a interdependência entre os direitos civis e políticos, de um lado, e os direitos econômicos, sociais e culturais, de outro, porque, ao que parece, a intervenção nos Estados visa apenas ao restabelecimento dos direitos civis e políticos, mas não dos direitos econômicos, sociais e culturais, o que é muito estranho, já que o discurso é que os direitos humanos são ‘indivisíveis’ e ‘interdependentes’. A questão de fundo parece estar no fato de que os juristas são muito confiantes no poder do direito, mesmo quando ele não é capaz de modificar a sociedade se a modificação não for feita também na própria sociedade. Portanto, a universalização dos direitos humanos (que também aparece como ‘difusão dos valores da democracia’) não é construída sem intenções: é apenas uma *nova* justificativa para o exercício de um *novo* poder mundial, no caso dos Estados Unidos. A pretensão de universalismo dos grandes impérios é uma ideia tão velha quanto a história; a novidade sempre está nas justificativas que fundamentam as pretensões universais, e não propriamente na construção de universais”. BASTOS JÚNIOR, Ronaldo Carvalho; ALMEIDA, Leonardo Monteiro Crespo. Conciliação entre o universalismo e o imperialismo dos direitos humanos na era da “sociedade mundial”. **Revista Crítica de Direito**. v. 62, n.4, ago./out. 2014.

<sup>122</sup> BASTOS JÚNIOR, Ronaldo Carvalho; ALMEIDA, Leonardo Monteiro Crespo. Conciliação entre o universalismo e o imperialismo dos direitos humanos na era da “sociedade mundial”. **Revista Crítica de Direito**. v. 62, n. 4, ago./out., 2014, p. 36.

O fato é que a formação de blocos econômicos e de novas cortes com atuação transnacional “impõe a necessidade de pensar cada vez mais para além do Estado nação, inclusive tomando-o como conceito insuficiente para descrever as atuais relações internacionais”. É preciso atenção para que a redefinição da soberania nacional não abra espaço para novas formas de colonialismo “tão predominantes nos séculos dezanove e vinte, utilizando-se os direitos humanos como componente central de uma retórica imperialista”. É preciso, pois, que os direitos humanos sirvam, “apesar dos múltiplos paradoxos que produzem”, como “uma força capaz de produzir transformações significativas no âmbito da sociedade mundial”. A questão central, resume-se, em seara de universalização, em aferir “em um nível mais profundo, se a ‘sociedade mundial’ é capaz de fornecer órgãos autônomos capazes de se manterem por meio dos seus próprios códigos e operações, atuando com independência e indiferença aos interesses políticos e econômicos das grandes potências”<sup>123</sup>.

Diante desse panorama, é imperioso admitir que, sendo instrumento de dominação ou não, o código dos direitos humanos, aí incluídas as Cortes internacionais, são os instrumentos de que dispomos, no momento, para proteção da pessoa humana. A presença, de um órgão híbrido, aberto e plural de implementação de sentenças internacionais pode, ao menos, minimizar efeitos danosos.

Por fim, a interdependência e indivisibilidade dos direitos fundamentais implicam, parafraseando o escritor Galeano, que a liberdade não pode ser negociada em nome da justiça social, nem que a justiça social seja sacrificada em nome da liberdade. É uma dupla ligação, respectivamente, ao socialismo e ao liberalismo<sup>124</sup>.

Desenhado, pois, o quadro da concepção contemporânea dos direitos humanos que fundamenta a presente tese, firme na defesa da pessoa humana e sua dignidade sem desconhecer seus limites e possibilidades, parte-se em busca do

---

<sup>123</sup> BASTOS JÚNIOR, Ronaldo Carvalho; ALMEIDA, Leonardo Monteiro Crespo. Conciliação entre o universalismo e o imperialismo dos direitos humanos na era da "sociedade mundial". **Revista Crítica de Direito**. v. 62, n. 4, ago./out., 2014, p. 36.

<sup>124</sup> BRANDÃO, Pedro Augusto Domingues Miranda. **O novo constitucionalismo pluralista latino-americano**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2015. p. 129-130.

escrutínio das teorias que discutem a interação direito interno e internacional, para delas extrair argumentos que possam sedimentar as bases da implementação das sentenças da CIDH no Brasil.

## **2 ENTRE DAVI E GOLIAS: A PERMEABILIDADE DA TEORIA CONSTITUCIONAL AO DIREITO INTERNACIONAL**

Como visto, a discussão sobre o fundamento dos direitos humanos aporta na concepção contemporânea dos direitos humanos, inaugurada no pós-Guerra, que, ainda que com limites, como a universalização parcial daqueles direitos, surge como um horizonte de sentido promissor na defesa da pessoa humana. Para que esse horizonte se amplie, a paridade dos direitos humanos com os fundamentais, não apenas no plano teórico-normativo, mas também em sua concretude, exigiu uma abertura dos corpos constitucionais aos comandos do Direito Internacional, sobretudo em sede de jurisdição de Cortes internacionais.

Nesse passo, para se fundamentar juridicamente a criação de um órgão de implementação de sentenças da CIDH no Brasil, é necessário analisar o fenômeno da internacionalização do direito constitucional, ou seja, discutir as relações entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional, no âmbito formal e material das normas jurídicas do Estado.

Diante disso, o presente capítulo analisa os desafios postos ao constitucionalismo interno em face do Direito Internacional, especialmente quanto ao respeito ao bloco de convencionalidade. Nesse propósito, arrola as principais teorias afetadas à internacionalização do direito constitucional, sem pretensão de totalidade, mas firme na busca de argumentos jurídicos que autorizem o infiltrar das regras internacionais na ordem interna. Persegue o caminho que leva às possibilidades de se efetivar essas regras internacionais, concretamente, na ordem interna, por meio das sentenças internacionais. Como efeito colateral desejado, elenca argumentos jurídicos que autorizam a criação de um órgão para implementação da sentença proferidas pela CIDH no Brasil, híbrido, aberto e plural.

Essa abordagem é importante porque, ao se afirmar que um Poder da República encontra limites frontais ao exercício de sua função típica, impostos por uma decisão internacional, desponta a obrigação de justificar, juridicamente, no seio do Estado Democrático Constitucional de Direito, tal afirmação. E essa justificativa carece transitar no corpo da Constituição, razão pela qual é inescapável adentrar na questão do constitucionalismo ante o Direito Internacional. E, de certo modo, subjacente, vislumbrar o constitucionalismo em face da globalização, do rearranjo

global que exige uma perspectiva dogmática crítica da Constituição e dos Direitos Humanos.

Assim é que, ao tratar do tema da relação entre o direito interno e internacional é preciso ter presente que, necessariamente há o entrelaçamento de duas realidades: constitucionalização do direito internacional e internacionalização do direito constitucional<sup>125</sup>.

De modo crescente, as deliberações realizadas nas relações internacionais afetam de maneira mais rápida e impactante a vida no interior dos Estados. Presencia-se a “juridificação das relações internacionais”, com forte expansão quantitativa e qualitativa do Direito Internacional<sup>126</sup>. E assim, “da economia ao direito, dificilmente um sistema deixa de ser afetado pelas decisões tomadas nas relações externas aos Estados, sendo estes partícipes ou não do sistema jurídico-político internacional correspondente”. Este processo de internacionalização do direito ou a juridicização do sistema internacional pode ser descrito ou classificado por diversos movimentos, que podem ser diferenciados pelo contraste, mas que ocorrem concomitantemente, sem uma necessária ordem de causa e efeito, origem e consequências. “Entretanto, todos tendem a apresentar a aproximação e os reflexos do sistema internacional sobre o sistema jurídico interno”<sup>127</sup>.

Os desafios postos ao constitucionalismo interno são confluentes: como transcender a esfera interna e se alçar ao status internacional, supranacional, transnacional sem perder parte de suas características que lhe dão fundamento? Quais características devem ser mantidas, para não comprometer direitos fundamentais arduamente conquistados? Para além de sincretismo, o capítulo busca prospectar a fissura na unidade da Constituição que permita (e incentive) ao Direito Internacional dos Direitos Humanos a adentrar e, a partir dela, ofertar um novo modo de pensar a proteção dos direitos humanos.

---

<sup>125</sup> BOSON, Gerson de Britto Mello. **Constitucionalização do direito internacional: internacionalização do direito constitucional e internacional brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 139.

<sup>126</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Rule of law* e a judicialização do direito internacional: da mutação convencional as guerras judiciais. In: BEDIN, Gilmar Antonio (Org.). **Estado de direito, jurisdição universal e terrorismo**. Ijuí: Unijui, 2009, v.1, p. 85-122.

<sup>127</sup> VIEIRA, Gustavo Oliveira; MORAIS, José Luis Bolzan de. A internacionalização do direito a partir dos direitos humanos: reflexões iniciais para o futuro do constitucionalismo. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. v. 4, n. 2, jul./dez., 2012, p. 177-178.

Nesse passo, dentre os primeiros autores a utilizar a expressão Direito Constitucional Internacional figura o internacionalista grego Mégalos A. Caloyanni<sup>128</sup> que, ao analisar o Pacto de Paris (1928) de renúncia à guerra, o qualifica como um possível “embrião de um direito constitucional internacional”. Adverte, contudo, Celso Duvivier Albuquerque de Mello<sup>129</sup>, que Caloyanni estava se referir, na verdade, à constitucionalização do direito internacional, ou seja, ao fenômeno pelo qual o “Direito Internacional mimetiza institutos outrora reservados ao Direito Constitucional, como, v.g., criação de tribunais, proteção de direitos fundamentais, *rule of law*, acesso direto de indivíduos, julgamento de indivíduos no campo”, entre outros<sup>130</sup>, que não será objeto de análise nesta pesquisa.

Noutra margem, o tema da influência sofrida pelo direito público interno, advinda do direito internacional, denominado internacionalização do direito constitucional, começa a despontar a partir de reflexões sobre a internacionalização do direito público na década de 1930, com Georges Dor<sup>131</sup>.

O fato é que a expressão “internacionalização do Direito Constitucional” é aqui apreendida como a abertura do corpo constitucional interno às influências emanadas pelo Direito Internacional. Assim, a internacionalização do Direito Constitucional, para Hélène Tourard<sup>132</sup>, é o fenômeno que trata das relações entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional, no âmbito formal e substancial das normas jurídicas de um determinado Estado. Nesse ramo, estuda-se a influência do Direito Internacional sobre a organização governamental do Estado e sobre seu trato na questão dos direitos fundamentais, especialmente quanto “ao modo como a separação dos poderes e a repartição de competências são modificadas pelo jogo das relações internacionais”. Para a autora, o Executivo é o principal beneficiário

---

<sup>128</sup> CALOYANNI, Mégalos A. L'Organisation de la cour permanente de justice et son avenir. **Recueil des cours de l'académie de droit international**, 1931. p. 37.

<sup>129</sup> MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Direito constitucional internacional: uma introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 3-4.

<sup>130</sup> RAMOS, André de Carvalho. Realizando convergência entre o nacional e o internacional: os círculos concêntricos da pluralidade das ordens jurídicas no Brasil. In: RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **Coleção direito internacional multifacetado: convergências e divergências entre ordens jurídicas**. v. 5. Curitiba: Juruá, 2015. p. 21.

<sup>131</sup> DOR, Georges. Contribution à l'étude du problème de l'internationalisation des règles de droit public interne. In: **Mélanges MAHAIM**. Tome 2. Paris: Sirey, 1935.

<sup>132</sup> TOURARD, Hélène. **L'internationalisation des constitutions nationales**. Paris: LGDI, 2000. p. 7.

desta influência, o Legislativo perde parte de sua expressão e, “finalmente, o Poder Judiciário vê sua função para a implementação da lei alterada”.

Haveria, pois, “uma tendência de harmonização de conceitos”, havendo “impacto concreto do Direito Internacional sobre as normas constitucionais” e, uma via de mão dupla entre as constituições nacionais, que passam a considerar as relações do Estado nacional com o Direito Internacional, e este “a sofrer uma crescente influência dos dispositivos constitucionais relevantes”<sup>133</sup>.

É preciso observar, ademais, que se percebe na internacionalização do Direito Constitucional que o constitucionalismo, como nacional, “sempre esteve de certo modo aberto a influências, sejam elas constitutivas (no âmbito do Poder Constituinte originário) ou reconstrutivas (derivado), mesmo que resguardadas necessárias adaptações às conjunturas e especificidades locais”. A elaboração das constituições nacionais “não foi alienada das cartas políticas estrangeiras e das fórmulas de organização política e nem da incidência das demandas por direitos esfera pública que atingiam espaços extraterritoriais”. De igual modo, as constituições brasileiras, “que muito aproveitaram fórmulas estrangeiras, como o federalismo estadunidense (1891), direitos sociais poloneses (1937)”, sempre agregando ingredientes locais próprios, “como a inclusão dos municípios como entes federados (1988)”<sup>134</sup>.

Se no próprio processo de elaboração da Constituição ocorre a influência dos elementos internacionais, agora, com maior impacto, nota-se a incidência de “fontes extranacionais no cotidiano do constitucionalismo, pelos tratados internacionais de Direitos Humanos que lhe integram e todo conjunto de influências que refletem na integralidade do ordenamento jurídico”<sup>135</sup>, despontando variadas teorias acerca dos limites e das possibilidades dessas influências no corpo constitucional.

São várias as consequências desse fenômeno, podendo ser destacadas a modificação da relação entre as instâncias do Poder Público e, dessas, com os cidadãos. Ainda, mudanças no princípio da representatividade, com novo

---

<sup>133</sup>TOURARD, Hélène. **L'internationalisation des constitutions nationales**. Paris: LGDI, 2000, p. 9.

<sup>134</sup> VIEIRA, Gustavo Oliveira. **Constitucionalismo na mundialização**: desafios e perspectivas da democracia e dos direitos humanos. Ijuí: Unijuí, 2014. p. 260.

<sup>135</sup> VIEIRA, Gustavo Oliveira. **Constitucionalismo na mundialização**: desafios e perspectivas da democracia e dos direitos humanos. Ijuí: Unijuí, 2014. p. 260.



enquadramento do Parlamento, agora impossibilitado de exercer plenamente as suas funções normativas e de controle, daí decorrendo mudanças no princípio da soberania popular, exercida por meio de representantes eleitos. Isso representa um avanço quanto às garantias fundamentais, mas termina por criar um grave problema de legitimidade<sup>136</sup>.

No tocante à legitimidade, Tourard<sup>137</sup> traz uma instigante reflexão, eis que a internacionalização das constituições mostra que há avanços em direitos individuais, mas vem acompanhada por certa perda de soberania para o povo. Portanto, desde logo, caberia a pergunta: é realmente mais democrático?

Para a autora, a internacionalização das constituições mina a soberania do povo em sua expressão original, ou seja, na escolha, pelo exercício do poder constituinte de um regime político e dos direitos, que deve ser garantida a qualquer membro sociedade política. A internacionalização é uma ideia atraente por representar uma vitória da democracia no âmbito da organização das autoridades públicas, na garantia dos direitos da pessoa humana. A questão que permanece em aberto é, contudo, saber se a internacionalização pode ser realizada sem repercussões sobre as conquistas do Iluminismo relativas à democracia constitucional.

Neste ponto, é possível começar a construir as bases para sustentar uma participação ativa do povo na implementação das sentenças da CIDH, no Brasil, como forma, inclusive, de compensar eventuais perdas de legitimidade que se sofra com a internacionalização. "Sujeita a certas precauções, a internacionalização pode ser uma maneira de desenvolver um constitucionalismo internacional através da universalização do constitucionalismo"<sup>138</sup> e possui variadas nuanças de abordagem na doutrina especializada.

---

<sup>136</sup> TOURARD, Hélène. **L'internationalisation des constitutions nationales**. Paris: LGDI, 2000, p. 611.

<sup>137</sup> TOURARD, Hélène. **L'internationalisation des constitutions nationales**. Paris: LGDI, 2000, p. 642-644.

<sup>138</sup> TOURARD, Hélène. **L'internationalisation des constitutions nationales**. Paris: LGDI, 2000, p. 642-644.

## 2.1 POSSIBILIDADES TEÓRICAS DA INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL

Se outrora o Estado soberano se apresentava como um gigante teórico intangível, a globalização e a complexidade da sociedade contemporâneas trouxeram, progressivamente, a possibilidade do outrora Goliás passar a assumir o papel de Davi, numa inversão de papéis na metáfora bíblica. Ora, o Estado resolvia-se por si e sua soberania, nos limites de seu território, dava-lhe o poder. Na sociedade atual o Direito Internacional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, ante a queda das barreiras transnacionais e da relativização da soberania estatal, operam profundas mudanças nesse cenário. O corpo constitucional dos Estados se abriu para as normas constitucionais. Por essa razão, empreende-se, então, uma jornada, sem pretensão de totalidade, em busca das principais bases teóricas sobre a internacionalização do Direito Constitucional, prospectando determinados problemas levantados, como forma de testar a hipótese de implementação das sentenças da CIDH pelo povo, no Brasil. É importante, contudo, não perder de vista o porto a que se quer chegar: a abertura, no corpo constitucional, aos comandos insculpidos no Direito Internacional dos Direitos Humanos, como recorte metodológico neste vasto campo teórico.

Parte-se, pois, da expressão Direito Constitucional Internacional. É com o jurista ucraniano Bóris Mirkine-Guetzévitch<sup>139</sup>, ao estudar as constituições de diversos países, que surge “um *insight* precioso à compreensão do fenômeno constitucional, com o livro *Droit Constitutionnel International*, de 1933”<sup>140</sup>. Noutra obra, o autor narrava as novas tendências do Direito Constitucional (1933) indicando que “nas novas constituições, a tendência para a racionalização do poder se manifesta, também, pela penetração do direito internacional nos textos constitucionais, pelo reconhecimento da força obrigatória das normas de Direito Constitucional”.

---

<sup>139</sup> MIRKINE-GUETZÉVITCH, Bóris. **Novas tendências do direito constitucional**. Tradução de Candido Motta Filho. São Paulo: Nacional, 1933, p. 95.

<sup>140</sup> VIEIRA, Gustavo Oliveira. **Constitucionalismo na mundialização: desafios e perspectivas da Democracia e dos Direitos Humanos**. Ijuí: Unijuí, 2014. p. 243.

Mirkine-Guetzévitch antecipava um movimento recíproco de confluência, de modo que “a expressão direito constitucional internacional serviria para estudar as normas de direito interno que têm efeito internacional”, designando, ademais, “o conjunto de regras constitucionais nacionais que, por seu conteúdo, se revelam de alcance internacional”<sup>141</sup>.

Para Mirkine-Guetzévitch<sup>142</sup>, “a observação das relações internacionais leva-nos a constatar a indivisibilidade da paz e da democracia na realidade histórica, ou seja, a estreita ligação entre a paz internacional e a liberdade interior”. E, ainda, que a “democratização dos regimes internos conduz à pacificação da vida internacional. Com o nascimento do Estado democrático, as relações entre as nações conhecem uma nova orientação: a técnica da liberdade no Direito Constitucional vai ao encontro da técnica da paz no Direito Internacional.

Mirkine-Guetzévitch cita o preâmbulo da constituição francesa de 1946, onde se lê que a República francesa conforma-se às regras de direito público internacional. O mesmo do artigo 10 da constituição italiana de 1948, segundo a qual “o direito italiano conforma-se às regras do direito internacional geralmente reconhecidas”. A constituição dos EUA, primeira a reconhecer as regras de direito internacional, demonstrou “uma tendência geral para a harmonização das regras de direito internacional com as do direito constitucional nacional”. A constituição espanhola de 1931 representa, para o autor, a síntese das novas tendências constitucionais e introduziu a fórmula geral em seu artigo 7º: “Estado espanhol respeitará as regras universais do direito internacional, incorporando-as a seu direito positivo”. No curso da segunda metade do século XX, sobretudo com o fim da divisão bipolar, o processo de mundialização se aprofundou consideravelmente, seja por conta das revoluções das tecnologias de informação, a globalização econômico-financeira, as novas instituições de integração regional e os direitos humanos. Todas estas dimensões da mundialização internacionalizam a vida em sociedade, com repercussões sobre o Estado e o Direito. Portanto, o Estado está cada vez mais imbricado à interestatalidade, gerando implicações às concepções modernas de Estado e de nacionalidade. Para dar conta destas novas realidades, novos adjetivos são atribuídos ao Estado precisar a realidade pós-nacional. Por força disso, uma série de novos arranjos passa a se desenvolver entre Estado e Constituição. A “era das transições” passa a oferecer novos pressupostos à compreensão dos fenômenos descritos como crise do Estado na constelação pós-nacional<sup>143</sup>.

---

<sup>141</sup> VIEIRA, Gustavo Oliveira. **Constitucionalismo na mundialização**: desafios e perspectivas da democracia e dos direitos humanos. Ijuí: Unijuí, 2014. p. 243.

<sup>142</sup> MIRKINE-GUETZÉVITCH, Bóris. **Evolução constitucional europeia**. Tradução de Marina de Godoy Bezerra. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957, p. 131.

<sup>143</sup> SITO, Santiago Artur Berger; VIEIRA, Gustavo Oliveira; PENNA, Luciana Rodrigues. Da sociedade em rede à interconstitucionalidade: a interlocução entre Castells e Canotilho. **Publica Direito**, 2006, p. 20.

A partir das ideias de indivisibilidade da paz e da democracia na realidade histórica, da estreita ligação entre a paz internacional e a liberdade interior e de que democratização dos regimes internos conduz à pacificação da vida internacional, é válido afirmar que a criação de um órgão de implementação de sentenças internacionais na ordem interna de um Estado seria uma importante contribuição para a proteção dos direitos humanos, sobretudo se idealizado sob uma concepção radicalmente democrática, conforme exposto no último capítulo.

Tem-se, ademais, a teoria do Constitucionalismo sem Estado. Radicado na teoria luhmanniana<sup>144</sup>, Gunther Teubner traz uma concepção de constituição e constitucionalismo sem Estado, distinta das concepções de constitucionalismo político-estatal determinado pela experiência do sec XVIII. Trata do constitucionalismo social ou civil. Contudo, não se trata exatamente do constitucionalismo tradicional, eis que “A perspectiva de Teubner trata das ordens normativas privadas (ou quase públicas) que se desenvolvem na esfera global independentemente dos limites estatais, supranacionais ou internacionais”<sup>145</sup>.

Especialmente interessante, contudo é a análise realizada pelo autor<sup>146</sup> sobre os novos caminhos abertos ao Direito Público, como resposta ao fenômeno do pluralismo jurídico que desafia a própria essência do constitucionalismo moderno. Ainda, a discussão sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais à escala transnacional, em que seria possível discutir se os atores transnacionais também se encontrariam vinculados aos direitos fundamentais, na medida em que faltaria uma

---

<sup>144</sup> Sobre a Teoria dos Sistemas vide: LUHMANN, Niklas **Introdução à teoria dos sistemas**. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. 3. ed. Petrópolis - RJ: Vozes, 2011.

LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoría de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate (Coord.). México: Iberoamericana, 1993.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. v. I e II. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

<sup>145</sup> VIVIANI, Maury Roberto. **O constitucionalismo global no cenário de uma nova ordem mundial**: uma crítica a partir de uma teoria forte em face da realidade das relações internacionais. Tese. (Doutorado em Ciência Jurídica) – Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2014. p. 158.

<sup>146</sup> VIVIANI, Maury Roberto. **Constitucionalismo global**: crítica em face da realidade das relações internacionais no cenário de uma nova ordem mundial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 316.

ligação com a esfera estadual, necessária para existir uma conseqüente proteção daqueles.

Para Teubner<sup>147</sup>, “uma das confusões características do século vinte reside na oscilação entre uma conexão política e uma economia do direito, e, ao mesmo tempo na falta de uma reflexão sobre o nexos que liga o direito à sociedade civil”. Nesse rumo, as questões relativas à “proveniência” das energias normativas do direito levam precisamente à atenção para o constitucionalismo “societário” ou social e civil e para a combinação entre “a autonomia do direito e a dos diversos campos sociais como a cultura, a mídia, a arte, a ciência”.

Se o constitucionalismo clássico se concentrou exclusivamente sobre o constitucionalismo político, “enquanto todos os outros campos sociais foram excluídos dos processos de constitucionalização, instituindo uma separação entre Estado e sociedade e reduzindo a sociedade às ações dos indivíduos”, atualmente é preciso deixar de lado “a visão individualista dos setores não políticos da sociedade e do direito constitucional”. É preciso, ainda, “reconhecer-lhes o caráter fortemente ‘político’ (em sentido lato), e aproveitar as potencialidades do processo de constitucionalização dos diversos campos de racionalidade social”.

Segundo Teubner, ainda, o direito constitucional pode “desempenhar um importante papel no esforço de garantir a autonomia dos diversos campos sociais, assegurando-lhes uma longa duração através de um processo de institucionalização”. Para tanto, cabe edificar constituições que não sejam políticas, “mas constituições dos diversos setores da sociedade”, hábeis a conter, inclusive “as tendências expansionistas dos sistemas sociais autônomos que tendem a colonizar os outros sistemas, traduzindo de modo produtivo e inteligente os conflitos e as pressões externas a uma esfera social”<sup>148</sup>.

O processo de institucionalização de diversos campos sociais, a partir de constituições dos diversos setores da sociedade pode ser análoga à ideia de criação de um órgão de implementação das sentenças internacionais numa ordem interna, composto por todos os Poderes e de setores representativos da sociedade. Isso

---

<sup>147</sup> TEUBNER, Gunther. A lei em tempos de globalização. Instituto *Humanitas* Unisinos, São Leopoldo-RS, 2009, p. 43.

<sup>148</sup> TEUBNER, Gunther. A lei em tempos de globalização. Instituto Humanitas Unisinos, São Leopoldo-RS: 2009, p. 48.

poderia contrabalançar os déficits contemporâneos do constitucionalismo clássico, exclusivamente concentrado sobre o constitucionalismo político, enquanto todos os outros campos sociais foram excluídos dos processos de constitucionalização, instituindo uma separação entre Estado e sociedade e reduzindo a sociedade às ações dos indivíduos.

Noutra senda exsurge a tese da Interconstitucionalidade. José Joaquim Gomes Canotilho, teórico do constitucionalismo, possui estudos relevantes sobre a Constituição, sendo célebre, inclusive, sua discussão sobre o berço e túmulo da Constituição dirigente. Mas é na última parte da obra *Brançosos e Interconstitucionalidade*<sup>149</sup>, que Canotilho tenta uma primeira aproximação a três temas frequentes nas discussões sobre o constitucionalismo: constitucionalismo multinível (que o autor prefere nominar interconstitucionalidade), a *transnational governance* e o constitucionalismo internético. Os três temas, embora tenham enfoques diversos, referem-se a uma rede constitucionalidade, a partir da qual seria necessário tentar entender o novo espírito do constitucionalismo.

Canotilho, referindo-se ao processo de construção da União Europeia, propõe o estudo de uma interconstitucionalidade, teoria que enfrenta o “intrincado problema de articulação entre constituições e da afirmação de poderes constituintes com fontes legitimadoras diversas”. O Interconstitucionalismo “estuda as relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político”<sup>150</sup>. E nesse sentido,

As Constituições, embora continuem a ser pontos de legitimação, legitimidade e consenso autocentrados em uma comunidade estadualmente organizada, devem abrir-se progressivamente a uma rede cooperativa de metanormas (estratégias internacionais, pressões concertadas) e de normas de origens de outros centros transnacionais infranacionais (regionais e locais) ou de ordens institucionais intermediárias (associações internacionais, programas internacionais), a globalização internacional dos problemas (direitos humanos, proteção de recursos, ambiental), aí está a demonstrar que, se a constituição jurídica do centro estadual, territorialmente delimitado, continua a ser uma carta de identidade política e cultural e uma mediação normativa necessária de estruturas básicas de

---

<sup>149</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006. p. 262.

<sup>150</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006. p. 266.

justiça de um Estado-Nação, cada vez mais ela deve se articular com outros direitos<sup>151</sup>.

Para Canotilho, o “terreno supranacional é semelhante e diferenciado”. Semelhante porque trabalha conceitos simplesmente deslocados da ordem interna para a supranacional. Direitos humanos e principiologias constitucionais apenas sofreram mudanças de esfera. De outro lado, é diferenciado porque não se sabe exatamente em que termos o Estado será reinserido. De todo modo, a existência de conexões constitucionais entre mais de uma ordem jurídica não desconfigura a formatação de suas individualidades, mas “a rede que se forma entre elas exige uma relativização dos princípios estruturantes da estabilidade estatal como hierarquia e competência, sem dissolver o tipo de Estado Constitucional”<sup>152</sup>.

Para o autor, em vez de se trabalhar com conceitos de constitucionalismo multilateral, constitucionalismo cooperativo e multidimensional, de federalismo e confederalismo constitucional, prefere-se uma teoria de interconstitucionalidade que estude “as relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político”, que articula o “princípio da sobreposição das ordens jurídicas, o princípio da autonomia das unidades integrantes e o princípio da partição do poder central”<sup>153</sup>. E assim enfrenta o problema da articulação entre constituições e de poderes constituintes com fontes e legitimidade diversas.

O alerta importante se dá a partir da exposição que a teoria da interconstitucionalidade não se resume a um problema de interorganizatividade e sim, a uma teoria de interculturalidade cultural. A cultura forma o contexto nos textos constitucionais e é preciso destacar que a interculturalidade constitucional “começa por uma partilha comunicativa de experiências, valores e ideias não necessariamente plasmadas em vasos nomartivos”<sup>154</sup>.

---

<sup>151</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. p. 18.

<sup>152</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006. p. 250.

<sup>153</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006. p. 266-267.

<sup>154</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006. p. 274.

A contribuição de Canotilho para os limites deste trabalho é o apontamento sobre a relação entre interconstitucionalidade e interculturalidade. Nesse sentido, afirma que “a partilha de cultura é importante para uma interconstitucionalidade proveitosa e aduz que o papel integrador das constituições deve possibilitar, também, mecanismos de comunicação entre as diversas culturas para que essa partilha possa ocorrer”<sup>155</sup>.

Por fim, entendendo cultura como a união de tradição, desenvolvimento e manifestação cultural e que a cultura constitucional forma o contexto dos textos constitucionais, para que o conteúdo jurídico seja aproveitado pelas diversas ordens constitucionais é preciso haver, além do diálogo sobre as decisões, um aprendizado cultural<sup>156</sup>. Esse aprendizado cultural pode ser iniciado a partir da institucionalização de órgãos multifacetados, ramificados entre os distintos Poderes do Estado, mas também abertos à sociedade. Órgãos que possam absorver a dinamicidade das práticas culturais, os movimentos de tradição e expressão dos povos, as demandas dos grupos separados, que, em conjunto, dão substrato à interconstitucionalidade constitucional.

O reconhecimento e a absorção normativa e prática dessa dinâmica intercultural podem contribuir para minimizar o déficit de implementação dos direitos sociais, econômicos e culturais, além de admitir a criação de um órgão híbrido, aberto e plural que verse sobre efetivação de direitos humanos.

Nesse passo, cabe conhecer a proposta do Transconstitucionalismo, de Marcelo Neves<sup>157</sup>, que se afasta da tendência de sempre identificar a existência de uma Constituição, “quando surge uma nova ordem, instituição ou organização jurídica na sociedade contemporânea” e assevera que, por surgirem ordens jurídicas diversas, ante a transterritorialidade marcante da sociedade contemporânea, os problemas constitucionais exigem soluções no entrelaçamento entre essas ordens e não como circunscritas a determinados Estados.

---

<sup>155</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006. p. 271.

<sup>156</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006. p. 272.

<sup>157</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 119.



Os modelos de constitucionalismo internacional, supranacional ou transnacional, surgem como alternativas à fragilidade do constitucionalismo estatal “para enfrentar os graves problemas da sociedade mundial, levam a perspectivas parciais e unilaterais, não oferecendo, quando considerados isoladamente, soluções adequadas para os problemas constitucionais do presente”<sup>158</sup>.

A Constituição do Estado “passa a ser instância da relação recíproca e duradoura de aprendizado e intercâmbio de experiências com as racionalidades particulares já processadas, respectivamente na política e no Direito”, sendo necessária a desvinculação do conceito clássico de constitucionalismo e Constituição ligados territorialmente ao Estado, e enfrentar que “os problemas dos direitos fundamentais ou dos direitos humanos ultrapassam fronteiras, de tal maneira que o direito constitucional estatal passou a ser uma instituição limitada para enfrentar esses problemas”<sup>159</sup>.

O autor propõe a ruptura com o dilema “monismo/pluralismo”, na medida em que a pluralidade de ordens jurídicas traz a relação complementar entre identidade e alteridade. Ou ainda, a identidade é rearticulada a partir da alteridade. “As ordens envolvidas na solução do problema constitucional específico, no plano de sua própria autofundamentação, reconstróem continuamente sua identidade mediante o entrelaçamento transconstitucional com as outras”. Para além da “busca de uma ‘Constituição hercúlea’, o transconstitucionalismo aponta para a necessidade de enfrentamento dos problemas hidraconstitucionais mediante a articulação de observações recíprocas entre as diversas ordens jurídicas da sociedade mundial”<sup>160</sup>.

O transconstitucionalismo busca delinear as formas de relação entre ordens jurídicas diversas. Ou seja, “dentro de um mesmo sistema funcional da sociedade mundial moderna, o direito, proliferam ordens jurídicas diferenciadas, subordinadas ao mesmo código binário, isto é, lícito/ilícito, mas com diversos programas e critérios”. Mas também se afasta um tanto desse ambicioso conceito para analisar “limites e possibilidades de racionalidades transversais parciais (pontes de transição) entre o sistema jurídico e outros sistemas sociais (Constituições

---

<sup>158</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 131.

<sup>159</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 62-119.

<sup>160</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. XXV.

transversais) quanto ordens jurídicas do interior do direito como sistema funcional da sociedade mundial”<sup>161</sup>.

Cabe distinguir o transconstitucionalismo (gênero), que inclui relações entre ordens constitucionais e anticonstitucionais, do interconstitucionalismo (espécie), que só comporta relações entre ordens jurídicas que satisfazem exigências constitucionalistas. Marcelo Neves adverte que pretende se afastar da “tendência de sempre identificar uma nova Constituição quando surge uma ordem, instituição ou organização na sociedade contemporânea” e parte do pressuposto que

cada vez mais, problemas de direitos humanos ou fundamentais e de controle e limitação do poder tornam-se concomitantemente relevantes para mais de uma ordem jurídica, muitas vezes não estatais, que são chamadas ou instituídas a oferecer respostas para a sua solução. Isso implica uma relação transversal permanente entre ordens jurídicas em torno de problemas constitucionais comuns. O direito constitucional, nesse sentido, embora tenha sua base originária no estado, dele se emancipa, não precisamente porque surgiu uma multidão de novas Constituições, mas sim tendo em vista que outras ordens jurídicas estão envolvidas diretamente na solução dos problemas constitucionais básicos, prevalecendo em muitos casos, contra a orientação das respectivas ordens estatais<sup>162</sup>.

Nesse sentido, o transconstitucionalismo rejeita tanto o estatualismo quanto o internacionalismo, o supranacionalismo, o transnacionalismo e o localismo como espaços de solução privilegiados de problemas constitucionais. O transconstitucionalismo não toma uma única ordem jurídica ou um tipo determinado de ordem como ponto de partida ou *ultima ratio*, mas aponta antes para a necessidade de construção de ‘pontes de transição’, da necessidade de ‘conversações constitucionais’, do fortalecimento de entrelaçamentos constitucionais entre as diversas ordens jurídicas: estatais, internacionais, transnacionais, supranacionais e locais.

Com a teoria do transconstitucionalismo, Marcelo Neves acrescenta um *plus* à noção de racionalidade transversal, relacionada à ideia de sociedade complexa de Luhmann com as interferências operativas de Teubner. Mas aqui o constitucionalismo se relaciona com “transformações estruturais que engendraram as bases para o surgimento da sociedade moderna”. O incremento da complexidade

---

<sup>161</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. XXII.

<sup>162</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. XXI.

social levou ao impasse da formação social diferenciada hierarquicamente da pré-modernidade, fazendo emergir a “pretensão crescente de autonomia das esferas de comunicação, em termos de sistemas diferenciados funcionalmente na sociedade moderna”. Há não só um “desintrincamento de lei, poder e saber, nem apenas a obtenção da liberdade religiosa e econômica pelo homem, mas um amplo processo de diferenciação sistêmico-funcional”<sup>163</sup>.

[...] O fato é que, mais recentemente, com a maior integração da sociedade mundial, esses problemas tornaram-se insuscetíveis de serem tratados por uma única ordem jurídica estatal no âmbito do respectivo território. Cada vez mais, problemas de direitos humanos ou fundamentais e de controle do poder tornam-se concomitantemente relevantes para mais de uma ordem jurídica, muitas vezes não estatais, que são chamadas ou instadas a oferecer respostas para a solução. Isso implica uma relação transversal permanente entre ordens jurídicas em torno de problemas constitucionais comuns. O direito constitucional, nesse sentido, embora tenha a sua base originária no Estado, dele se emancipa, não precisamente porque surgiu uma multidão de novas Constituições, mas sim tendo em vista que outras ordens jurídicas estão envolvidas diretamente na solução dos problemas constitucionais básicos, prevalecendo, em muitos casos, contra a orientação das respectivas ordens estatais. Além do mais, surgem permanentemente relações diretas entre Estados para tratar de problemas constitucionais comuns. A exceção, nos dois casos, passou a ser a regra.<sup>164</sup>

A teoria do transconstitucionalismo explicita, portanto, a possibilidade da mesma questão de natureza constitucional ser enfrentada concomitantemente por diversas ordens, não sendo possível uma imposição unilateral de nenhuma das ordens, havendo necessidade de um diálogo constitucional, com uma constante adequação recíproca e não a imposição de uma ordem sobre a outra.

Importa relatar, contudo, que o autor deixa antever que, internamente, a concretização constitucional depende de um trabalho conjunto de integração, de colaboração entre os três Poderes da República, sem a necessidade de fortalecimento desproporcional do Poder Judiciário, em seara de excessiva judicialização.

Prosseguindo no rol teórico acerca da internacionalização do direito constitucional discute-se o Estado constitucional cooperativo, do constitucionalista alemão Peter Häberle, cunhada em um ensaio de 1978, ainda em meio à Guerra Fria.

---

<sup>163</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 23.

<sup>164</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 23.

O Estado Constitucional Cooperativo é entendido enquanto uma comunidade universal de Estados Constitucionais, que não existem mais para si mesmos e, sim, como referências para os outros Estados Constitucionais membros desta comunidade. São as normas insculpidas nas Constituições que certificam a opção dos constituintes de inserir os Estados no espaço internacional. Esta interação soma-se à sociedade aberta, pluralista, multifacetada, mas compartilha de um ideal de Cidadania, de Participação política<sup>165</sup>.

O Estado Constitucional Cooperativo substitui o conceito tradicional de Estado Constitucional Nacional, como Estado Constitucional democrático internamente, mas não cooperante no plano internacional. O Estado Constitucional Cooperativo não deixa de ser um Estado Nacional, mas agrega à sua estrutura elementos de abertura, cooperação e integração que descaracterizam o Estado Nacional como uma unidade fechada, centrada na soberania nacional.

Nesse passo, o direito internacional tem no Estado Constitucional Cooperativo um novo sujeito de direito, que se reconhece nas instituições da comunidade internacional enquanto partícipe de um importante fórum de debate e resolução de problemas comuns à humanidade<sup>166</sup>.

São características do Estado Constitucional Cooperativo a abertura às relações internacionais, realização conjunta de tarefas pela comunidade de Estados, solidariedade estatal de prestação, como forma de impulso ao desenvolvimento e à cooperação jurídica<sup>167</sup>. O Estado Constitucional Cooperativo confere ao direito internacional não somente a função de disciplinar a coexistência dos Estados, mas o transforma em um direito com uma ordem vinculante, responsável pela paz mundial<sup>168</sup>.

---

<sup>165</sup> HÄBERLE, Peter. Mexico y los contornos de un derecho constitucional común americano: un ius commune americanum. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. **De la soberanía al derecho constitucional común**: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano. Trad. Héctor FixFierro. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003. p. 13.

<sup>166</sup> MALISKA, Marcos Augusto. A cooperação internacional para os direitos humanos entre o direito constitucional e o direito internacional: desafios ao estado constitucional cooperativo. In: XVI Congresso nacional do conselho nacional de pesquisa e pós-graduação em direito. 2007. Belo Horizonte-MG. **Anais do XVI CONPEDI**. Florianópolis-SC: Fundação Boiteux, 2007. p. 7019.

<sup>167</sup> HÄBERLE, Peter. Mexico y los contornos de un derecho constitucional común americano: un ius commune americanum. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. **De la soberanía al derecho constitucional común**: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano. Trad. Héctor FixFierro. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003. p. 73.

<sup>168</sup> MALISKA, Marcos Augusto. A cooperação internacional para os direitos humanos entre o direito constitucional e o direito internacional: desafios ao estado constitucional cooperativo. In: XVI

A fórmula de “cooperação de estados constitucionais” busca, ainda, fazer justiça aos problemas formulados pelas novas formas de informação tecnológica que inquietam o constitucionalismo<sup>169</sup>, de modo que o Estado não deixa, necessariamente, de ser soberano, mas passa a ser cooperativo, tendo como referência não mais somente a si mesmo, mas também a outros Estados e organismos.

O Estado cooperativo não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo e sim, um Estado que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais

Também Häberle<sup>170</sup> estendeu à América Latina suas concepções, delimitando um marco teórico de espaço cultural pluralista, ciente da tensão entre as culturas latina e anglo-americana, reconhecendo o lugar das culturas nativas neste Estado cooperativo, como fatores de identidade dos povos. Häberle, ainda, elenca pontos comuns entre os Estados latino-americanos quanto a princípios de direito penal e de direito privado, o próprio princípio do Estado de Direito, postulados comuns sobre democracia, textos nacionais e interamericanos sobre direitos humanos para aportar no conceito-chave de metodologia comum americana e desenvolver a chamada esfera pública americana. Por fim, trata da Economia, como última condição vigente de um direito constitucional comum americano.

Na sequência, identifica os pontos pelos quais as constituições latino-americanas se diferenciariam de um “direito constitucional comum europeu”, a saber: a multiétnica e multiculturalidade, superação do analfabetismo como tarefa estatal urgente, a proibição expressa da escravidão, a existência de cláusulas de patrimônio cultural, questões do sistema educacional, cultura jurídica altamente diferenciada do habeas corpus.

---

Congresso nacional do conselho nacional de pesquisa e pós-graduação em direito. 2007. Belo Horizonte-MG. **Anais do XVI CONPEDI**. Florianópolis-SC: Fundação Boiteux, 2007. p. 7019.

<sup>169</sup> VALADÉS, Diego (Org). *Conversas acadêmicas com Peter Häberle*. Trad. Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva/IDP, 2009, p. 118.

<sup>170</sup>HÄBERLE, Peter. Mexico y los contornos de un derecho constitucional común americano: un ius commune americanum. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. **De la soberanía al derecho constitucional común**: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano. Trad. Héctor FixFierro. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 83.

De sua reflexão, conclui que se vive atualmente num mundo único, de produção universal e regional em matéria constitucional. As estruturas constitucionais podem ser identificadas nos planos nacional, regional e mundial, inclusive na América Latina e

uma cosa es segura: el desarrollo de un derecho constitucional común americano depende de la labor que desarrollen en toda América las comunidades científicas nacionales. La comunidade abierta de los intérpretes de la Constitución y de la comunidade necesita a los científicos nacionales de todos los países de su continente<sup>171</sup>.

Quanto ao aspecto ideal-moral, “a proteção aos direitos humanos como a fórmula mais concreta de que dispõe o sistema constitucional exige dos atores da vida sócio-política do Estado uma contribuição positiva para a máxima eficácia das normas constitucionais”, especialmente das normas “que protegem a cooperação internacional amistosa como princípio vetor das relações entre os Estados Nacionais e a proteção dos direitos humanos como corolário da própria garantia da dignidade da pessoa humana”<sup>172</sup>.

Essa máxima eficácia das normas constitucionais certamente não se divorcia da implementação das decisões internacionais, razão pela qual um Estado Constitucional Cooperativo não pode se furtar à cooperação, intra e extrapoderes, também no cumprimento daquelas sentenças.

No âmbito da fonte de validade das normas surge o Metaconstitucionalismo cosmopolita. Neil Walker<sup>173</sup>, que, por ocasião do “não francês” e do “não holandês” ao projeto de Constituição Europeia cunhou a expressão *Big C* e *Small c*<sup>174</sup>, apresenta uma versão de matizes pluralistas do constitucionalismo, que buscaria sua fonte de validade não no Estado e sim, numa

---

<sup>171</sup> HÄBERLE, Peter. Mexico y los contornos de un derecho constitucional común americano: un ius commune americanum. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. **De la soberanía al derecho constitucional común**: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano. Trad. Héctor FixFierro. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003. p. 82.

<sup>172</sup>HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 75-77.

<sup>173</sup> WALKER, Neil. Constitutionalism and pluralism in global context. In: Avbelj, Matej; Komárek, Jan (Eds.) **Constitutional pluralism in the European Union and beyond**. Oxford: Hart Publishing Ltd., 2012, p. 73.

<sup>174</sup> Referindo-se à Constituição interna dos Estados e à Constituição Europeia. Vide: WALKER, Neil. Big ‘C’ or Small ‘c’? **European Law Journal**. v. 12, n. 1, Jan., 2006, p. 12–14.

autoridade normativa maior e mais profunda, em novos assentamentos constitucionais pós-Estado<sup>175</sup>.

O Estado já não seria mais a unidade incomparável de autoridade política e nem o direito constitucional e o direito internacional tradicionais deteriam os suportes jurídicos do sistema de Westfália. Neste passo, não sendo o Estado a forma dominante de direito público, abriria espaço para outras formas de lei, leis metaestado, em função de acordos entre Estados, em um novo padrão de flexibilidade e multidimensionalidade do direito público. Esses diferentes arranjos de legitimidade do direito público, com novas configurações de autoridade, poderiam ser chamados de metaconstitucionalismo cosmopolita<sup>176</sup>.

O metaconstitucionalismo seria um tipo de discurso legal, com o mesmo objetivo e referências do direito constitucional, mas, que, ao contrário do direito constitucional, não está inserido no Estado e não busca no Estado sua fonte fundamental de validade. O direito metaconstitucional, a despeito dos costumeiros reclamos feitos em favor do Estado, mediante seu discurso constitucional de afirmações de soberania, “sempre clama por uma autoridade normativa maior e mais profunda, procurando distintamente autorizar, instruir, influenciar, suplementar ou suplantar o direito Estatal”. As regras metaconstitucionais são regras sobre as regras constitucionais. No final, “o objeto delas é o mesmo, mas elas se pautam em seus próprios termos autorizativos, com uma prevalência constitucional maior e mais profunda que as normas constitucionais”<sup>177</sup>.

Assim, o pluralismo constitucional no mundo pós-westefaliano seria um produto da própria estrutura da modernidade política, centrada no Estado, mas tentando olhar e pensar além. Traz a ideia de uma conexão entre os lugares constitucionais nacional e pós-nacionais, que se autoautorizam.

---

<sup>175</sup> WALKER, Neil. Constitutionalism and pluralism in global context. In: Avbelj, Matej; Komárek, Jan (Eds.) **Constitutional pluralism in the European Union and beyond**. Oxford: Hart Publishing Ltd., 2012. p. 17.

<sup>176</sup> WALKER, Neil. Constitutionalism and pluralism in global context. In: Avbelj, Matej; Komárek, Jan (Eds.) **Constitutional pluralism in the European Union and beyond**. Oxford: Hart Publishing Ltd., 2012, p. 73.

<sup>177</sup> WALKER, Neil. Constitutionalism and pluralism in global context. In: AVBELJ, Matej; KOMÁREK, Jan (Eds.) **Constitutional pluralism in the European Union and beyond**. Oxford: Hart Publishing Ltd., 2012, p. 73.

No tocante ao processo de legitimação, o discurso do constitucionalismo transnacional parece capturar o leque de possibilidades para se construir um novo imaginário político, mas ainda se funda em origens estatais. Acentua, é verdade, cada vez mais essas raízes, mas precisa oferecer uma rota para um novo quadro descentralizado do Estado<sup>178</sup>.

Esse novo quadro de descentralização, uma vez mais, pode ser obtido com base nas experiências de implementação de direitos fundamentais e humanos a partir de órgãos que contem com a participação da comunidade, da sociedade, da academia, da ciência, dentre outros.

Prosseguindo-se no inventário teórico da constitucionalização do direito internacional, uma visão ainda mais profunda – e crítica – acerca do constitucionalismo é fornecida pelo professor de direito internacional da Universidade de Helsinki, Martti Koskenniemi<sup>179</sup>, com a tese do constitucionalismo como mentalidade. Para ele, mesmo que seja possível compreender o mundo sob uma visão constitucionalista, ela não consegue fornecer todas as respostas para os problemas de direito internacional. Por isso, propõe que o constitucionalismo seja visto como uma mentalidade (“*constitutionalism as a mindset*”) – no sentido de sensibilidade sobre o modo de agir no mundo político – em vez de uma arquitetura institucional de normas legais.

A ideia busca fazer frente ao Direito Internacional fragmentado, composto por vários planos jurídicos na esfera internacional que, seja por matéria, seja por jurisdição, se diferenciam como esferas jurídicas autônomas e diversas das demais. O Direito Internacional não seria apenas um, mas vários direitos que teriam conteúdo definido, fronteiras traçadas e jurisdições delimitadas a partir das influências que os regimes jurídicos, políticos e econômicos internos exercem na esfera global.

A formação do Direito internacional desvinculada da concretude e normatividade das normas jurídicas internas, induziria a ideia de uma única Lei Internacional, sendo esta unidade um projeto hegemônico, de domínio da

---

<sup>178</sup> WALKER, Neil. Constitutionalism and pluralism in global context. In: AVBELJ, Matej; KOMÁREK, Jan (Eds.) **Constitutional pluralism in the European Union and beyond**. Oxford: Hart Publishing Ltd., 2012, p. 73.

<sup>179</sup> KOSKENNIEMI, Martti. The fate of public international law: between technique and politics. **The modern law review**. v. 70, n. 1, jan., 2007, p. 1-30.



perspectiva de uns sobre outros. O constitucionalismo como uma mentalidade, como modo de agir no mundo político e não apenas como uma arquitetura pura e simples de normas institucionais, poderia confrontar essas questões.

E, mais uma vez, a presença de uma estrutura de implementação de sentenças da CIDH engessada pela separação dos Poderes, sobretudo quando envolverem políticas públicas, não se coaduna com as teorias que reconhecem a abertura do direito constitucional ao internacional. O constitucionalismo como mentalidade propõe, como já mencionado, uma sensibilidade sobre o modo de agir no mundo político. Entende-se que essa sensibilidade no político, ainda que em sede de implementação das sentenças da CIDH (que muitas vezes fundem e confundem o jurídico e o político) pode ser obtida a partir de um órgão plural.

Noutro aspecto, a teoria do constitucionalismo cosmopolita tem em Matthias Kumm<sup>180</sup> seu destacado representante. Trata-se de uma corrente que defende a universalização de valores a serem homogeneamente compartilhados, inclusive em termos linguísticos para encontrar a melhor solução ao integracionismo.

Para o autor, se o cerne do constitucionalismo é limitar juridicamente os caminhos onde um governo legítimo pode atuar, deve, o constitucionalismo, tomar, necessariamente, um rumo cosmopolita. A tese é que a legitimidade constitucional nacional depende, em parte, de como a constituição nacional está integrada e se relaciona com o mundo jurídico e político mais amplo. Não importa o quão legitimamente a autoridade interna do Estado esteja constituída, só estará completa se for sensível às externalidades. Este é o ponto e a finalidade do direito internacional: “ajudar a criar as condições e definir o domínio sobre o qual os Estados podem legitimamente reivindicar soberania. Estados têm o dever de ajudar a criar e manter um sistema jurídico internacional, apto a cumprir essa função”. Apenas um Estado cosmopolita, um Estado que incorpora e reflete em sua estrutura constitucional e política externa as condições de legitimidade globais para a pretensões de soberania, seria um estado legítimo<sup>181</sup>.

Para o autor, a suposta natureza autônoma da autoridade constitucional feita a partir de um arranjo constitucional interno, o *We, the People*, precisa acordar

---

<sup>180</sup> KUMM, Matthias. Constitutionalism and the cosmopolitan state. **Indiana Journal of Global Legal Studies**. v. 20, n. 2, oct., 2013, p. 13.

<sup>181</sup> KUMM, Matthias. Constitutionalism and the cosmopolitan state. **Indiana Journal of Global Legal Studies**. v. 20, n. 2, oct., 2013, p. 13.

do “sono dogmático auto-congratulatório” no que diz respeito às realizações do constitucionalismo nacional, assim como deixar de promover o ceticismo sobre o direito internacional. Há que se levar a sério que o direito internacional já é uma parte integrante do nosso universo constitucional altamente imperfeito<sup>182</sup>.

A legitimidade das constituições nacionais, portanto, não é apenas uma questão entre “nós, o povo” e a constituição nacional. Ela depende, em parte, de como a constituição nacional está integrada e se relaciona com o mundo jurídico e político mais amplo e, daí também, retira-se parte de sua legitimidade. Estados têm o dever permanente de ajudar a criar e manter as condições propícias para um sistema jurídico internacional legítimo<sup>183</sup>.

Cumprido, ademais, conhecer o Constitucionalismo de múltiplos níveis e cosmopolitismo jurídico policêntrico. A expressão constitucionalismo em múltiplos níveis tem origem com o teorizador alemão Ingolf Pernice<sup>184</sup>, que começa a análise, em 1995, da difícil tentativa de formação da União Europeia, buscando compreender a formação de um sistema composto (e complexo) de autoridades constitucionais, legitimadas em uma única fonte - os cidadãos europeus - como anúncio de uma Constituição Mundial sem Estado, ou de um Constitucionalismo pós-estatal.

Embora inicialmente tomada no contexto da União Europeia, a expressão constitucionalismo de múltiplos níveis, pode ser analisada a partir de teóricos posteriores, sob o prisma de um constitucionalismo pretensamente global, e por essa razão é aqui estudada. Ainda que intimamente relacionada à constitucionalização do direito internacional, também possui reflexos na internacionalização do direito internacional e permite sua análise.

Assim, a ideia básica, atual, da proposta do constitucionalismo multinível é a cooperação entre as várias ordens jurídicas, seja no plano nacional ou internacional, com interação e complementação recíprocas entre ordem doméstica e

---

<sup>182</sup> KUMM, Matthias. Constitutionalism and the cosmopolitan state. **Indiana Journal of Global Legal Studies**. v. 20, n. 2, oct., 2013, p. 13.

<sup>183</sup> KUMM, Matthias. Constitutionalism and the cosmopolitan state. **Indiana Journal of Global Legal Studies**. v. 20, n. 2, oct., 2013, p. 13.

<sup>184</sup> PERNICE, Ingolf. *The global dimension of multilevel constitutionalism: a legal response to the challenges of globalisation*. In: DUPUY, Pierre Marie. (ed). **Völkerrecht als Wertordnung: festschrift für christian tomuschat**. Kehl: Engel, 2006. p. 973.

ordem internacional. Busca a aproximação e padronização dessas normas, nacionais e internacionais, que protegem os bens públicos globais<sup>185</sup>.

Ferrajoli<sup>186</sup>, sobre o tema, propõe um cosmopolitismo jurídico policêntrico e pluralístico, baseado principalmente nas distinções entre as funções de governo e a legitimidade de representação política, asseguradas sobretudo por meio das instituições estatais, infraestatais e supraestatais.

Propõe a reconstrução da esfera pública global, em face da substituição da esfera pública tradicional por um desenho fragmentado, desorganizado e heterogêneo de organizações públicas e parapúblicas, supra, inter ou transnacionais, caracterizadas de forma puntiforme e reticular e, obviamente, incapazes de darem conta de um sistema econômico e social desterritorializado, composto, ainda, por muitas empresas multinacionais<sup>187</sup>.

Dentre os obstáculos ao constitucionalismo multinível, Ferrajoli<sup>188</sup> cita a indisponibilidade das grandes potências e dos grandes impérios multinacionais em submeterem-se a limitações de qualquer tipo. Por outro lado, no âmbito teórico, refere que o principal problema é o da correspondência entre a natureza dos dilemas e os níveis de competência para solucioná-los em seus diversos planos de atuação.

A questão central estaria numa refundação que comportasse um aumento da esfera pública, por meio de múltiplas combinações e de diversos níveis de instituições, buscando o alargamento do direito internacional ao paradigma da democracia constitucional, reconhecendo o pluralismo de ordenamentos. Esta refundação. Inclusive, poderia fornecer meios para superar a universalidade parcial dos direitos humanos, corrompida pelo hábito de reconhecer o Estado como única

---

<sup>185</sup> VIVIANI, Maury Roberto. **O constitucionalismo global no cenário de uma nova ordem mundial**: uma crítica a partir de uma teoria forte em face da realidade das relações internacionais. Tese. (Doutorado em Ciência Jurídica) – Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2014, p. 40.

<sup>186</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del estado de derecho*. In: CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos. El neoconstitucionalismo en su labirinto**. Madrid: Trotta, 2007. p. 553.

<sup>187</sup> NASCIMENTO, Valéria Ribas. **O tempo de reconfigurações do constitucionalismo**: os desafios para uma cultura cosmopolita. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2010, p. 26.

<sup>188</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del estado de derecho*. In: CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos. El neoconstitucionalismo en su labirinto**. Madrid: Trotta, 2007. p. 556-557.

fonte de direito e, portanto, pelos mecanismos de exclusão por este desencadeados para os não cidadãos.

Anne Peters<sup>189</sup> explica a ideia do constitucionalismo em múltiplos níveis como uma rede transconstitucional de ordens jurídicas em vários níveis, internacional, nacional, público, privado, que se complementarían e se sustentarian mutuamente, podendo contribuir para a construção de uma rede transnacional de ordens legais universalmente aceitas.

Paola Andrea Acosta Alvarado<sup>190</sup> analisa o constitucionalismo multinível na perspectiva da América Latina.

Gracias a la metamorfosis de los ordenamientos constitucionales de la región, a la consolidación del sistema regional de protección, a la reformulación de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno –entre otros factores–, hoy en día puede hablarse de una relación articulada entre los mecanismos de salvaguarda ofrecidos por los diversos niveles<sup>191</sup>.

Alvarado<sup>192</sup>, ademais, problematiza a questão dos limites deste constitucionalismo multinível no Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos, avançando para uma perspectiva de pluralismo constitucional, para afastar os riscos de deslocamentos da proteção dos direitos humanos do local para o internacional, apostando no protagonismo do juiz local e na subsidiariedade do juiz regional. Adverte, contudo, que ainda assim seria imprescindível aperfeiçoar a articulação entre os diversos níveis de proteção para, de um lado, harmonizar os

---

<sup>189</sup> PETERS, Anne. Global constitutionalism revisited. **International Legal Theory**. v. 11, n. 39, p. 63. 2005, p. 63.

<sup>190</sup> ALVARADO, Paola Andrea Acosta. *El pluralismo constitucional como respuesta a los desafíos de la protección multinivel en Latinoamérica: comentarios a la propuesta de René Uruña*. **Revista Derecho del Estado**. n. 31, jul./dic., 2013, p. 347.

<sup>191</sup> ALVARADO, Paola Andrea Acosta. *El pluralismo constitucional como respuesta a los desafíos de la protección multinivel en Latinoamérica: comentarios a la propuesta de René Uruña*. **Revista Derecho del Estado**. n. 31, jul./dic., 2013, p. 349.

<sup>192</sup> ALVARADO, Paola Andrea Acosta. *El pluralismo constitucional como respuesta a los desafíos de la protección multinivel en Latinoamérica: comentarios a la propuesta de René Uruña*. **Revista Derecho del Estado**. n. 31, jul./dic., 2013, p. 347-368.

ordenamentos jurídicos sem, todavia, de outro, desfigurar os demais mecanismos internos de tutela<sup>193</sup>.

Antes de concluir o já mencionado inventário teórico, impende discutir a internacionalização do poder constituinte, como processo de convergência horizontal de valores expressos na harmonização dos princípios constitucionais de Estados, em torno de princípios comuns, que indicam a influência direta do direito internacional na elaboração, quando originária, e na alteração, quando derivada, das constituições nacionais<sup>194</sup>.

Tal internacionalização do poder constituinte “é produto geral da evolução da sociedade internacional e, em particular, da relação entre o Estado e a ideia de soberania”, uma espécie de “enquadramento do Poder Constituinte, resultante de uma situação de fato”, o que seria, uma exceção aos princípios da não ingerência e da autonomia constitucional.<sup>195</sup> Trata-se, ainda, de resultado lógico da evolução do direito e da sociedade internacional e, talvez, mais intensamente, da relativização do conceito de soberania que, mesmo ao ser deslocada, engendra uma Constituição “heterônoma”, em correlação ao conceito de Constituição “autônoma”<sup>196</sup>.

A internacionalização do Poder Constituinte “representa um dos desdobramentos da intensificação das relações estatais e do adensamento de juridicidade nas relações internacionais e pode ser entendida como a influência direta do Direito Internacional na produção de normas internas”. Verifica-se, no processo, perda de autonomia do sistema jurídico interno e “transferência de parcelas da soberania realizada por meio de uma alocação horizontal e vertical de

---

<sup>193</sup> Para uma visão abrangente do tema vide: URUEÑA, René. *Constitucionalismo sin constitucion, pluralismo sin pluralidad: una replica a Paola Andrea Acosta Alvarado*. **Revista Derecho del Estado**. n. 31, p. 369, jul./dic. 2013.

<sup>194</sup> VIEIRA, Gustavo Oliveira; MORAIS, José Luis Bolzan de. A internacionalização do direito a partir dos direitos humanos: reflexões iniciais para o futuro do constitucionalismo. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. v. 4, n. 2, jul./dez., 2012, p. 179.

<sup>195</sup> MAZIAU, Nicolas. *L'Internationalisation du pouvoir constituant: essai de typologie, le point de vue heterodoxe du constitutionnaliste*. **Revue Générale de Droit International Public**. n. 106, 2002, p. 549.

<sup>196</sup> REIS, Taciana Mara Corrêa Maia. Três desafios do direito constitucional contemporâneo. **Revista Videre**. v. 06, n. 11, jan./jul., 2014, p. 55.

competências, pela fragmentação do Direito Internacional, em razão da pluralização da sociedade, afeta o cânone do Direito Constitucional”<sup>197</sup>.

Tal situação impõe a revisão do princípio da supremacia da Constituição. E mais, a revisão da “ideia de conformação vertical da norma e de noção de escalonamento normativo-hierárquico, por meio de uma hermenêutica integrativa da ordem internacional onde o Estado é cocriador, capaz de assegurar a função constitucional precípua, que é a garantia da proteção da liberdade”. Nesse movimento, seria “possível o reconhecimento de um núcleo semântico intangível, da existência e uma ordem de valores e da concretização do princípio da primazia humana, no sentido da construção de uma Sociedade Internacional”<sup>198</sup>.

Finalmente, o constitucionalismo compensatório é uma teoria que defende uma compensação, por meio da constitucionalização global, dos déficits causados pela globalização. Decorre do “reconhecimento da existência de um constitucionalismo em rede”, ante o esvaziamento e a disfunção no campo das constituições estatais, no qual o constitucionalismo compensatório no plano internacional teria por escopo a preservação dos princípios do constitucionalismo<sup>199</sup>.

Considerando que as constituições estatais não mais dão conta de regular suficientemente a governança, o que afeta desde o princípio democrático até o próprio direito e a segurança das pessoas, em face de uma “desconstitucionalização”, Peters<sup>200</sup> propõe “buscar uma constitucionalização compensatória no plano internacional” para que, de forma abrangente em diversos níveis de governança, possa ocorrer uma efetivação constitucional completa.

Ainda que também a vertente do constitucionalismo compensatório seja voltada à constitucionalização do direito internacional, a ideia da compensação das perdas constitucionais no plano internacional pode abrir uma possibilidade instigante. Contudo, é preciso reconhecer que as perdas no campo dos direitos

---

<sup>197</sup> CONI, Luis Claudio. **A Internacionalização do poder constituinte**. Porto Alegre: SAFE, 2006, p. 33.

<sup>198</sup> CONI, Luis Claudio. **A Internacionalização do poder constituinte**. Porto Alegre: SAFE, 2006, p. 33.

<sup>199</sup> PETERS, Anne. *The merits of global constitutionalism*. **Indiana Journal of Global Legal Studies**. v. 16, n. 2, 2009, p. 405.

<sup>200</sup> PETERS, Anne. *Compensatory constitutionalism: the function and potential of fundamental norms and structures*. **Leiden Journal of International Law**. v. 19, n. 3, 2006, p. 508.

alinhados à dignidade, ante os desafios da sociedade contemporânea, se dão mais no âmbito da aplicação e implementação de direitos do que propriamente na positivação.

As constituições estatais não carecem, no mais das vezes, de previsões expressas de garantias de direitos fundamentais e humanos, mas é no âmbito da atuação dos Poderes que as perdas podem se apresentar, com interpretações restritivas e retrocessos de direitos conquistados com lutas.

Nesse quadrante, a discussão pode ser mais produtiva se relacionada à aplicação do direito previsto e assegurado, especialmente do Direito Internacional dos Direitos Humanos, sendo fundamental analisar como os Estados se comportam, por meio de seus poderes constituídos, perante os tratados.

Isso posto, pode-se perceber das teorias carreadas quanto à internacionalização do direito constitucional que a abertura dos corpos constitucionais aos direitos humanos é uma realidade pungente. O tratamento conferido pelos Estados às normas garantidoras de direitos humanos mostra o quanto esses estão alinhados a uma concepção de primazia da defesa da pessoa humana. O modo como os países signatários de documentos protetivos de direitos humanos os implementam internamente pode definir se a defesa da dignidade em seus territórios é parte de um discurso meramente retórico ou se suas instituições estão preparadas para absorver as transformações e complexidades contemporâneas.

Por essa razão, a questão do controle de convencionalidade das leis precisa ser enfrentada, já que o respeito aos tratados internacionais de direitos humanos é a pedra de toque dessa problemática.

## 2.2 A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL E A QUESTÃO DO BLOCO DE CONVENCIONALIDADE

A internacionalização das relações humanas trouxe como consequência o contato entre diferentes sistemas jurídicos e a permeabilidade ao exterior. “O direito interno sofre o influxo do direito internacional” e como essa é uma via de mão dupla, o “internacional também recebe a influência do nacional”, num movimento que

desenha relações complexas e circulares. O campo do direito constitucional vê emergir um duplo processo: “o da constitucionalização do direito internacional e o da internacionalização do direito constitucional ou o da desnacionalização”<sup>201</sup>.

A internacionalização do direito constitucional é o reconhecimento de que certas funções materialmente constitucionais colocam-se em movimentos circulares de abertura recíproca ao fragmentado direito internacional, modificando os limites impostos pelas fronteiras nacionais. Acentuam-se, portanto, a importância do papel das Constituições para garantir direitos fundamentais, “enfrentando o difícil desafio de compor as exigências internas, que derivam da tradição e da cultura, com as que decorrem do direito internacional e das decisões dos sistemas de justiça internacionais”. Este “desvio da paisagem congelada na precisão e na certeza, para outra, a da imprecisão, é decorrência inexorável da grande desordem do mundo neste Século XXI”<sup>202</sup>.

A internacionalização do direito constitucional reflete, assim, “uma nova realidade jurídica, de sistemas complexos, fluidos, descontínuos e interativos, os quais levam à mutação da própria concepção tradicional de ordem jurídica, que não é mais fechada dentro de si mesma”. A já mencionada tradicional pirâmide kelseniana é “desconstruída gradativamente, dando lugar a novas geometrias cuja hierarquia não é tão rígida, mas nem por isso deixa de ser complexa”. No topo estão as constituições, juntamente com elementos do Direito Internacional (*jus cogens*, tratados relativos ao direito internacional dos direitos humanos). No corpo do que seria a antiga pirâmide kelseniana, percebe-se “o crescimento e a consolidação de um direito jurisprudencial, através de um jogo de referências recíprocas, em que um sistema observa o outro, mas não há um centro, ao lado das normas produzidas no legislativo”. Aqui, ainda, a intensa produção dos tribunais nos chamados casos difíceis traz também conteúdos presentes nos novos direitos. A base da pirâmide,

---

<sup>201</sup> SALDANHA, Jânia Maria Lopes, BRUM, Márcio Morais. A margem nacional de apreciação e sua (in) aplicação pela corte interamericana de direitos humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado? *Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas. Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. México, v. XV, 2015, p. 202.

<sup>202</sup> SALDANHA, Jânia Maria Lopes, BRUM, Márcio Morais. A margem nacional de apreciação e sua (in) aplicação pela corte interamericana de direitos humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado? *Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas. Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. México, v. XV, 2015, p. 203.



por fim, “passa a ser composta por decretos e regulamentos que resultam de administrações policêntricas, corroborando para a crença de que o processo de internacionalização vem acompanhado de descentralização e privatização de fontes do Direito”<sup>203</sup>.

A partir dessas novas geometrias, é possível perceber que, por meio dos tratados internacionais de direitos humanos, há uma aproximação de conteúdo dos direitos reconhecidos institucionalmente por vários Estados, e um certo alinhamento do sentido de dignidade da pessoa humana para as culturas jurídicas. Não significa, contudo, homogeneidade quanto aos valores jurídicos dos direitos humanos, conforme já verificado no capítulo atinente ao lugar da fala dos direitos humanos.

Nesse sentido, “as divergências em torno da universalidade e da indivisibilidade dos direitos humanos se tornam claras pela observância do número de reservas opostas aos tratados internacionais de direitos humanos e pelas práticas institucionais contraditórias”. Ou seja, o reconhecimento formal não é o bastante para mudar toda uma cultura institucional solidificada, tampouco para conter o apoio às violações de direitos humanos, demonstrado até mesmo pelo “silêncio eloquente por parte da opinião pública”. A internacionalização do direito “reintroduz no direito os axiomas a partir dos ideários dos direitos humanos, que se tornam o guião emancipatório dos cidadãos do planeta após a dramática experiência encerrada em 1945”<sup>204</sup>.

Foi a partir desse momento que a história do constitucionalismo passa também pela abertura das constituições ocidentais às cartas internacionais de direitos (humanos e fundamentais), embora os Estados já estivessem, de certo modo, abertos à recepção de novos conceitos nascidos fora de suas fronteiras, “assim como são grande parte dos principais componentes da organização política brasileira – soberania popular, federalização – ainda que sempre ‘à brasileira’”. De todo modo, a internacionalização do direito “com fulcro nos direitos humanos se

---

<sup>203</sup> SALDANHA, Jânia Maria Lopes; SILVA, Maria Beatriz Oliveira da; MELLO, Rafaela da Cruz. Novas geometrias jurídicas e a construção de um direito comum pluralista: uma análise da aplicação da margem nacional de apreciação pelo tribunal europeu dos direitos do homem. **Revista Culturas Jurídicas**. v. 2, n. 3, 2015, p. 3.

<sup>204</sup> MORAIS, José Luís Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 1-58.

projeta com um referencial ético importante, fenômeno que tem conduzido a uma crise de soberania, como a crise conceitual do Estado (moderno)”<sup>205</sup>.

Esse movimento de redefinição da soberania estatal altera também as estruturas de legitimidade da produção normativa, pois o poder interno, o Estado, democraticamente legitimado para ser o centro da produção legislativa, se vê na condição de órgão ratificador de tratados internacionais, chancelando o texto produzido nas relações internacionais, internalizando-o. Os destinatários dessas normas jurídicas se tornam obrigados a determinados conteúdos cuja produção é extraterritorial/extranacional.

É justamente na seara dos tratados internacionais de direitos humanos que essa preocupação quanto à legitimidade deve ser minimizada. A abertura do sistema normativo “à recepção integrativa de textos legais que visam assegurar direitos humanos pode representar um incremento qualitativo dos direitos tutelados e promovidos pelo Estado, em favor das pessoas”<sup>206</sup>. Não há perdas, portanto, em razão “da infiltração de conteúdos com ‘legitimidade questionável’, mas ganhos em termos de cidadania pela inclusão de novas garantias e direitos que passam a integrar o elenco de direitos fundamentais”<sup>207</sup>.

---

<sup>205</sup> MORAIS, José Luís Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 1-58.

<sup>206</sup> Sobre os riscos de eventual “ocidentalização do mundo” com a tendência de condensação de culturas cuja preponderância tende a fazer com que a robustez econômica, Bolzan de Moraes analisa que: “Aliás, talvez ocidentalização não seja o termo mais preciso, pois regiões como a América Latina e a África mais absorvem e mimetizam processos de americanização e europeização do que efetivamente contribuem de forma dialógica para a construção de um direito mundial. Trata-se de uma ‘internacionalização’, portanto, que em grande parte das vezes tem endereço de saída e de chegada. A europeização das instituições públicas no âmbito do direito dos povos pode ocorrer tanto por uma imposição colonizadora quanto pelas sofisticadas técnicas jurídico-políticas desenvolvidas no velho continente e implementadas voluntariamente como as referências principais a serem seguidas. De toda forma, foi a tradição, legado de certo modo da colonização, que se instituiu, com todos os seus anacronismos ínsitos, e sua ‘importação’ ou transposição de conteúdos gera dificuldades e distorções na implementação pela não ‘naturalização’ cultural. Trata-se de uma transformação contedística do Estado contemporâneo, por onde as crises do Estado afetam o ‘lugar’ do constitucionalismo, que passa do âmbito nacional para o regional e, eventualmente, projeta um âmbito mundial/cosmopolita. Constitucionalismo esse que toma a forma do mesmo de documentos legislados nacionalmente para pactos construídos negocialmente em escala internacional sob o formato de tratados, como é o caso dos tratados internacionais de direitos humanos”. MORAIS, José Luís Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 1-58.

<sup>207</sup> VIEIRA, Gustavo Oliveira; MORAIS, José Luis Bolzan de. A internacionalização do direito a partir dos direitos humanos: reflexões iniciais para o futuro do constitucionalismo. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. v. 4, n. 2, jul./dez., 2012, p. 183.

Assim, a “transição paradigmática da teoria jurídica ante a interdependência da mundialização aponta para o fim do monopólio estatal na produção jurídica, inventando, impondo e/ou construindo novos espaços normativos”. Nesses espaços, é possível esperar por uma proteção cada vez mais atenta ao “aspecto cosmopolita das tradições jurídicas rumo a uma diversidade jurídica sustentável”, convergindo em direção de uma identidade constitucional “comum-cosmopolita” centrada na concretização e na garantia dos direitos humanos<sup>208</sup>.

Essa promessa de maior proteção a partir dos instrumentos que congregam direitos humanos, os tratados, exige, para sua concretização e efetividade, que os órgãos internos do Estado estejam atentos a essa concepção de respeito e observância. A estrita aplicação dos tratados na ordem interna, desde sua ratificação interna por meio do Legislativo, no caso do Brasil, passando pelo Executivo e culminando com o Poder Judiciário, envolve uma postura de respeito às obrigações convencionais internacionais. Entra em jogo, portanto, a chamada questão do bloco de convencionalidade<sup>209</sup>.

---

<sup>208</sup> MORAIS, Jose Luís Bolzan de; HOFFMAM, Fernando. Por uma identidade constitucional comum. **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**. v. 20, n. 3, set./dez., 2015, p. 861.

<sup>209</sup> O bloco de convencionalidade não se confunde com teoria da margem nacional de apreciação (MNA), que nesta tese não será enfrentada. Sobre o tema conferir: “A compatibilização entre as diversas ordens jurídicas sem que se caia no erro da tentativa forçada de unificação implica o reconhecimento de uma margem nacional de apreciação, mecanismo adequado ao processo de harmonização do direito. [...] A doutrina europeia muita atenção tem dedicado a essa matéria. Com leves diferenças, boa parte dos autores entendem ser a margem nacional de apreciação uma deferência dos tribunais internacionais aos órgãos nacionais — Executivo, Judiciário e Legislativo— para que cumpram os instrumentos internacionais de direitos humanos. Essa ‘deferência judicial’, que combina aspectos processuais e critérios hermenêuticos inspirou-se nas práticas nacionais relacionadas à reserva deixada ao administrador, atuação dos juízes nacionais de verdadeiro *self restraint* ou autocontrole na medida em que deixam ao administrador decidir acerca da conveniência e oportunidade dos atos administrativos, bem como deixam ao legislador fazer as leis e aos juízes nacionais decidir acerca de inúmeras matérias. A MNA não está expressamente prevista nos marcos normativos europeus de proteção dos direitos humanos. Sobre ela a Convenção Europeia de Direitos Humanos é silente, bem como as normativas comunitárias. No entanto, diante das exigências de uma sociedade democrática, a jurisprudência tem reconhecido que, em muitas matérias, os Estados estão melhor aparelhados para decidir sobre determinadas questões que, amiúde, eles conhecem melhor”. SALDANHA, Jânia Maria Lopes, BRUM, Márcio Morais. A margem nacional de apreciação e sua (in) aplicação pela corte interamericana de direitos humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado? *Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas. Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. México, v. XV, 2015, p. 198. Conferir, ainda: SALDANHA, Jânia Maria Lopes; SILVA, Maria Beatriz Oliveira da; MELLO, Rafaela da Cruz. Novas geometrias jurídicas e a construção de um direito comum pluralista: uma análise da aplicação da margem nacional de apreciação pelo tribunal europeu dos direitos do homem. **Revista Culturas Jurídicas**. v. 2, n. 3, 2015.

O bloco de convencionalidade é o conjunto de parâmetros que guia a atividade judicial de verificar a compatibilidade de uma lei interna em relação a um Tratado Internacional de Direitos Humanos. Assim

Um dos novos pensamentos em proteção aos direitos humanos, tanto na esfera internacional como nacional, é a adoção do sistema de controle jurisdicional de convencionalidade das normas, ou seja, a atividade judicial de verificar a compatibilidade de uma lei interna em relação a um Tratado Internacional de Direitos Humanos. Tal sistema foi adotado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em diversas decisões proferidas, atualmente, sendo um dos principais fundamentos para o respeito e aplicabilidade das mesmas decisões enunciadas por aquela Corte, tendo a cada sentença uma inovação ao sistema interamericano de proteção aos direitos humanos. Entre tais decisões, citam-se três, a saber: *Trabalhadores demitidos do Congresso vs. Peru*, *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia*, *Cabrera Garcia e Montiel Flores vs. México*, a qual, na fundamentação dos votos elaborados para a decisão, surgiu a figura do bloco de convencionalidade para a resolução da questão de responsabilidade internacional proposta para apreciação da Corte. Por bloco de convencionalidade, rapidamente, deve-se entender como a utilização de um *corpus iuris* de Direito Internacional dos Direitos Humanos como parâmetro para o exercício de um controle jurisdicional de convencionalidade<sup>210</sup>.

No âmbito interno, por sua vez, se faz presente o bloco de constitucionalidade, conceito desenvolvido no constitucionalismo francês por Louis Favoreu, na década de 1970, conformado por tudo o que compõe o ordenamento jurídico com status constitucional. O bloco de constitucionalidade inclui a ideia de unidade e solidez e “se refere ao conjunto de princípios e regras não inscritos na Constituição, situados no mesmo nível da Constituição, portanto, de valor constitucional, cujo respeito se impõe à lei, e que não podem ser divididos”<sup>211</sup>.

No magistério de Canotilho, “[...] programa normativo–constitucional não se pode reduzir, de forma positivística ao texto da constituição. Implica densificar, em profundidade, as normas e princípios da constituição, alargando o ‘bloco de constitucionalidade’ a princípios não escritos desde que reconduzíveis ao programa

---

<sup>210</sup> GONÇALVES, Vinicius de Almeida de Almeida. A figura do bloco de convencionalidade nas decisões proferidas pela corte interamericana de direitos humanos. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. v. 8, n. 2, 2013, p. 399.

<sup>211</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 12. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 261.

normativo–constitucional como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas”<sup>212</sup>.

Já em Mazzuoli, a denominação “controle de convencionalidade” deve designar aquele controle que se faz da conformidade das leis aos tratados de direitos humanos, admitindo seu uso, ainda, para designar, numa visão genérica, o controle de validade das leis em face dos tratados internacionais que versem sobre matérias comuns (ao qual prefere dar o nome de “controle de supralegalidade”). Tais tratados, matéria comum, seriam também dotados de um caráter superior à lei (são, pois, supralegais), mas, ao contrário dos que versam sobre direitos humanos, não teriam força constitucional<sup>213</sup>.

Dessarte, bloco de convencionalidade e bloco de constitucionalidade, em sede de internacionalização do direito constitucional, trafegam numa via de mão dupla, e importa conhecer, no caso brasileiro especificamente, o tratamento constitucional e judicial conferido aos tratados.

No Brasil, a plena validade interna de um tratado internacional depende de atos dos Poderes Executivo e Legislativo. Ao Poder Executivo, por intermédio do Presidente da República, cabe discutir, negociar, avaliar politicamente e, por fim, celebrar o tratado internacional. Ao Poder Legislativo incumbe, posteriormente, resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Em outras palavras, ao povo soberano, por meio do Congresso Nacional, compete referendar os tratados.

São momentos distintos, portanto, para a plena validade de um tratado no Brasil: a assinatura pelo chefe do Executivo federal e a posterior análise pelo Poder Legislativo. Aprovada pelo Legislativo, volta ao Presidente da República para a devida ratificação por meio de decreto, momento a partir do qual o tratado passa a ter plena vigência e eficácia na ordem interna brasileira.

Mas os tratados que versam sobre direitos humanos possuem um tratamento específico, já que os direitos humanos reconhecidos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte, consoante o § 2º do art. 5º da Constituição

---

<sup>212</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. p. 921.

<sup>213</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 187.

de 1988, caracterizado como cláusula constitucional aberta, integram o bloco de constitucionalidade. E isso, mesmo ante o disposto no § 3º, acrescentado ao art. 5º pela EC n.º 45/2004, que prevê que apenas os tratados e as convenções sobre direitos humanos que sejam aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais<sup>214</sup>.

E isso porque a emenda apenas acrescentou o lastro formal aos tratados de direitos humanos, não retirando a sua característica material, ou seja, pelo § 2º do art. 5º, aqueles tratados são materialmente constitucionais, integrando, portanto, o bloco de constitucionalidade<sup>215</sup>.

Por fim, registre-se ainda que, além de o novo § 3º do art. 5º não prejudicar o status constitucional que os tratados de direitos humanos (em vigor no Brasil) já têm de acordo com o § 2º desse mesmo artigo, ele também não prejudica a aplicação imediata dos tratados de direitos humanos já ratificados ou que vierem a ser ratificados pelo país no futuro. Isso porque a regra constitucional que garante aplicação imediata às normas definidoras dos direitos e das garantias fundamentais, insculpida no § 1.º do art. 5.º da Constituição, “sequer remotamente induz a pensar que os tratados de direitos humanos só terão tal aplicabilidade imediata (pois eles também são normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais) depois de aprovados pelo Congresso Nacional pelo quorum estabelecido no § 3.º do art. 5.º”. A Constituição é, na verdade, expressa em dizer que as normas definidoras dos direitos e das garantias fundamentais têm aplicação imediata, não dizendo quais são ou quais devem ser essas normas. “A Constituição não especifica se elas devem provir do direito interno ou do direito internacional (v.g., dos tratados internacionais de direitos humanos), dizendo apenas que todas elas têm aplicação imediata, independentemente de serem ou não aprovadas por maioria qualificada”.<sup>216</sup>

---

<sup>214</sup> Sobre as posições divergentes acerca do status dos tratados, vide: CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. A incorporação e a hierarquia dos direitos fundamentais sediados em tratados internacionais. *Revista científica Internacional - Inter Science Place*. v. 1, n. 28, Jan./mar., 2014, p. p. 215.

<sup>215</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 12. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 261.

<sup>216</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 80.

Assim, por força do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quórum de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O quórum qualificado de três quintos dos votos dos membros em cada Casa do Congresso Nacional (nos termos do art. 5º, § 3º, da CF/1988) “está tão somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados ao propiciar a constitucionalização formal dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno”<sup>217</sup>.

Isso se justifica, pois, “na hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade da pessoa humana”. A preponderância material de um direito fundamental deve condicionar a forma no plano jurídico–normativo e não ser condicionado por ela, e por isso o art. 5º, § 3º, acrescentado pela EC n.º 45/2004, vem a reconhecer de modo explícito a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, reforçando “a existência de um regime jurídico misto, que distingue os tratados de direitos humanos dos tratados tradicionais de cunho comercial”, ou seja, ainda que fossem aprovados pelo elevado quórum de emenda constitucional, “os tratados comerciais não passariam a ter status formal de norma constitucional tão somente pelo procedimento de sua aprovação”<sup>218</sup>.

Assim, se os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente à emenda n.º 45/2004, por força dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição, são normas material e formalmente constitucionais, agora, com relação aos novos tratados de direitos humanos a serem ratificados, por força do § 2º do mesmo art. 5º, independentemente de seu quórum de aprovação, serão normas materialmente constitucionais. Contudo, para converterem-se em normas também formalmente constitucionais deverão percorrer o procedimento demandado pelo § 3º, do artigo 5º, que fez surgir duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. “Para além de serem materialmente constitucionais,

---

<sup>217</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 81.

<sup>218</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 81.

poderão, a partir do § 3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal”<sup>219</sup>.

O status constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, portanto, revela-se a partir do texto constitucional que, conforme disposto no § 2º do seu art. 5º, de modo inédito passou a reconhecer uma dupla fonte normativa: a do direito interno (direitos expressos e implícitos na Constituição, estes últimos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados) e a outra proveniente do direito internacional (decorrente dos tratados internacionais de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte).

“A Constituição de 1988 atribuiu aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos devidamente ratificados pelo Estado brasileiro a condição de fonte do sistema constitucional de proteção de direitos”, passando os tratados a constituir fonte do sistema constitucional de proteção de direitos no “mesmo plano de eficácia e igualdade daqueles direitos, expressa ou implicitamente, consagrados pelo texto constitucional, o que justifica o status de norma constitucional que detém tais instrumentos internacionais no ordenamento jurídico brasileiro”. O disposto no art. 5º, § 2º da Constituição de 1988 constitui-se de cláusula aberta que sempre admitiu o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no mesmo grau hierárquico das normas constitucionais, e não em outro âmbito de hierarquia normativa, razão pela qual, “o fato de os direitos humanos se encontrarem em tratados internacionais jamais impediu a sua caracterização como direitos de status constitucional”<sup>220</sup>.

Importante, ademais, a lição de Proner e Avelar, para quem:

Antes de se olhar cegamente para o cenário legislativo nacional, deve o aplicador do direito dar especial atenção aos diplomas internacionais relativos aos direitos humanos, os quais, por força ao art. 5º, §2º da Constituição Federal, fazem parte do chamado “bloco de constitucionalidade” e geram uma dupla fonte normativa de mesmo plano de eficácia e igualdade. Porém, infelizmente, a falta de conhecimento do direito internacional e o próprio desprestígio nos bancos acadêmicos das matérias atreladas ao seu estudo fazem com que as normas internas acabem sendo

---

<sup>219</sup> PIOVESAN, Flávia. *Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF*. **Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico**, 2011, p. 10.

<sup>220</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 80-81.



aplicadas em detrimento das normas internacionais atreladas aos direitos humanos<sup>221</sup>.

Nesse passo, a própria Constituição brasileira amplia seu bloco de constitucionalidade atribuindo aos tratados hierarquia de norma constitucional e, exclui-se, desde logo, “o entendimento de que os tratados de direitos humanos não aprovados pela maioria qualificada do § 3º do art. 5º equivaleriam hierarquicamente à lei ordinária federal”, já que o § 3º do art. 5º em nenhum momento atribui status de lei ordinária aos tratados não aprovados pela maioria qualificada por ele estabelecida. Atribuir aos tratados de direitos humanos aprovados pelo quórum qualificados equivalência às emendas constitucionais não significa, necessariamente, dizer que os demais tratados terão valor de lei ordinária ou de lei complementar. O quórum que o § 3º do art. 5º estabelece “serve tão somente para atribuir eficácia formal a esses tratados no nosso ordenamento jurídico interno, e não para atribuir-lhes a índole e o nível materialmente constitucionais que eles já têm em virtude do § 2º do art. 5º da Constituição”. Em resumo: o texto constitucional reformado diz que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que já têm status de norma constitucional, nos termos do § 2º do art. 5º, “poderão ainda ser formalmente constitucionais, ou seja, ser equivalentes às emendas constitucionais, desde que a qualquer momento, depois de sua entrada em vigor, sejam aprovados pelo quórum do § 3º do mesmo art. 5º da Constituição”<sup>222</sup>.

Cançado Trindade traz importante lição acerca do artigo 5º, § 2º da Constituição Federal, sendo oportuno transcrever na íntegra:

[...] representa, a meu ver, um grande avanço para a proteção dos direitos humanos em nosso país. Por meio deste dispositivo, os direitos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja parte incorporam-se *ipso iure* ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Ademais, por força do artigo 5º, § 1º da Constituição, têm aplicação imediata. A intangibilidade dos direitos e garantias individuais é determinada pela própria Constituição Federal, que inclusive proíbe expressamente até mesmo qualquer emenda tendente a aboli-los (artigo 60, § 4º, IV). A especificidade e o caráter especial dos tratados de direitos humanos encontram-se, assim, devidamente reconhecidos pela Constituição brasileira vigente. Se, para os tratados internacionais em geral, tem-se exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de

---

<sup>221</sup> PRONER, Caroline; AVELAR, Daniel. A natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos sua harmonização e aplicabilidade no ordenamento brasileiro. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 38-87, jul./dez. 2011. p. 68-69.

<sup>222</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 80-81.

lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente, no tocante aos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os parágrafos 1º e 2º do artigo 5º da Constituição brasileira de 1988, pela primeira vez entre nós a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano de nosso ordenamento jurídico interno. Por conseguinte, mostra-se inteiramente infundada, no tocante em particular aos tratados de direitos humanos, a tese clássica – ainda seguida em nossa prática constitucional – da paridade entre os tratados internacionais e a legislação infraconstitucional. Foi esta a motivação que me levou a propor à Assembleia Nacional Constituinte, na condição de então Consultor Jurídico do Itamaraty, na audiência pública de 29 de abril de 1987 da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, a inserção em nossa Constituição Federal – como veio a ocorrer no ano seguinte – da cláusula que hoje é o artigo 5º, § 2º. Minha esperança, na época, era no sentido de que esta disposição constitucional fosse consagrada concomitantemente com a pronta adesão do Brasil aos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o que só se concretizou em 1992. É esta a interpretação correta do artigo 5º, § 2º da Constituição brasileira vigente, que abre um campo amplo e fértil para avanços nesta área, ainda lamentavelmente e em grande parte desperdiçado. Com efeito, não é razoável dar aos tratados de proteção de direitos do ser humano (a começar pelo direito fundamental à vida) o mesmo tratamento dispensado, por exemplo, a um acordo comercial de exportação de laranjas ou sapatos, ou a um acordo de isenção de vistos para turistas estrangeiros. À hierarquia de valores, deve corresponder uma hierarquia de normas, no plano tanto nacional quanto internacional, a ser interpretadas e aplicadas mediante critérios apropriados. Os tratados de direitos humanos têm um caráter especial, e devem ser tidos como tais. Se maiores avanços não se têm logrado até o presente neste domínio de proteção, não tem sido em razão de obstáculos jurídicos – que na verdade não existem –, mas antes da falta de compreensão da matéria e da vontade de dar real efetividade àqueles tratados no plano do direito interno<sup>223</sup>.

Diante do exposto, tem-se presente a necessidade da expansão e efetiva concretização do controle de convencionalidade das normas internas brasileiras, que devem ser interpretadas de acordo com as Convenções internacionais de Direitos humanos. Desse modo, além do controle de constitucionalidade, com a análise da compatibilidade vertical entre as normas internas e a Constituição, é fundamental a análise da compatibilidade das normas internas às normas de tratados internacionais, não meramente limitada à citação de textos internacionais.

É preciso um “controle de convencionalidade aplicado”, ou seja, “que utilize a interpretação realizada pelos intérpretes Direitos humanos instituídos por estes citados tratados”, sendo possível, inclusive, o controle de convencionalidade

---

<sup>223</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Arquivos de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 46–47.

em abstrato. “Devemos tomar à sério o controle de convencionalidade, bem como fazer valer os blocos de constitucionalidade e supralegalidade reconhecidos pelo STF após o Re 466.343<sup>224</sup>, para superar a tradicional fase da “ambiguidade”, na qual o Brasil ratificava os tratados de Direitos humanos, mas não conseguia cumprir seus comandos normativos interpretados pelos órgãos internacionais. “Estamos em plena época de mutações e de um direito internacional pós-moderno envolvente e com foco no indivíduo”, cuja percepção enseja visões simultaneamente mais abrangentes a respeito do direito internacional e do papel deste como regulador do contexto internacional. “Mudou o mundo; resta adaptar de modo consequente seus instrumentos reguladores”<sup>225</sup>.

Essa visão, de absoluto respeito às normas de direitos humanos previstas nos tratados, é o fechamento do sistema de internacionalização do direito constitucional e congrega o ideal de abertura do corpo constitucional às normas internacionais e, conseqüentemente, às decisões provenientes de órgão judiciais internacionais, como aquelas provenientes da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Isso posto, pode-se considerar que, até o presente estágio, a pesquisa demonstrou que o Direito Internacional dos Direitos Humanos oferta a expressiva proteção à dignidade humana, conquistada por meio de lutas intensas e que o compromisso com a alteridade deve ser o norte na sua atuação. Essa concretização é possível em face do infiltrar das normas internacionais protetivas de direitos humanos no seio dos ordenamentos jurídicos interno, inclusive o brasileiro. Tal fissura no corpo constitucional, forjada sobretudo a partir da globalização e da relativização da soberania estatal, é possível pela abertura do espaço constitucional, conforme as teorias até aqui elencadas comprovaram.

Resta evidenciada, pois, a primeira parte do binômio possibilidade/necessidade de implementação das sentenças da CIDH no Brasil.

---

<sup>224</sup> O Recurso Extraordinário n.º 466.343/SP foi uma decisão histórica do Supremo Tribunal Federal, pela qual posicionou-se pela inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, atribuindo aos tratados status de "norma supralegal", que revoluciona o entendimento acerca da hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no Estado Brasileiro. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **RESP Nº 466.343/SP**. Brasília, 2009.

<sup>225</sup> RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, jan./dez., 2009, p. 251.

Importa adentrar, agora, no campo da necessidade de criação do órgão de implementação e, para tanto, é chegado o momento de tratar especificamente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com especial atenção para sua atuação no Brasil.

### 3 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: O ESTADO DA ARTE DA ATUAÇÃO DA INSTITUIÇÃO EM RELAÇÃO AO BRASIL E A NECESSIDADE PRÁTICA DE IMPLEMENTAÇÃO DE SUAS DECISÕES

A ordem mundial pós-Guerras e a globalização modificaram o conceito tradicional de soberania que, de sua base clássica de poder absoluto e ilimitado do Estado, passou a sofrer transformações diante das mudanças históricas e sociais dos últimos tempos. A sociedade se modificou e passou a ser complexa, globalizada, com intensa circulação de pessoas, mercadorias e serviços entre os Estados<sup>226</sup>, e a chamada relativização da soberania decorre, em especial, da assunção de que a dignidade humana deve prevalecer, independentemente das fronteiras estatais. Da força do reconhecimento da dignidade humana defluiu, ademais, o aprimoramento dos aparatos de defesa dos direitos humanos, em especial os supranacionais.

De todo esse movimento, a atuação das Cortes judiciais supranacionais, perante as quais o Estado responde pelos ilícitos internacionais que pratica, é reveladora do progresso na defesa dos direitos humanos, sobretudo, quando se analisa a implementação de suas decisões. Nesse passo, “a implementação interna da decisão internacional, superando todo óbice de direito interno, é o fecho final do ciclo da responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos”<sup>227</sup>, restando vinculada ao êxito da exigibilidade dessas decisões, a eficácia do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, de modo a sancionar os Estados pelas suas respectivas falhas. “A falta de cumprimento das decisões da Corte Interamericana é um de seus principais desafios”<sup>228</sup>.

---

<sup>226</sup> KOLLER, Peter. Soberania nacional e justiça internacional. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. (Org.) **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003, p. 322.

<sup>227</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 346.

<sup>228</sup> MARTINS, Tahinah Albuquerque. **A influência da corte interamericana de direitos humanos e a declaração de nulidade da lei de anistia**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Universidade de Brasília, Brasília-DF, 2011. p. 101.

A questão do cumprimento no Brasil é tema recorrente, desde Marcos Vinícius Pinta Gama<sup>229</sup> com a necessidade de “arranjos institucionais internos” para o cumprimento das sentenças da CIDH no Brasil, até Camila Giunchetti<sup>230</sup> para quem é necessária uma “lei-ponte”, que atrele os mecanismos coercitivos nacionais às decisões da CIDH, para eliminar a lacuna existente no ordenamento jurídico brasileiro e funcione como catalisadora do fortalecimento dos Direitos Humanos.

Dado esse panorama, a discussão sobre a necessidade de um sistema de implementação das sentenças da CIDH, no Brasil, exige conhecer os principais desafios impostos à consolidação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, como mediações necessárias para uma discussão acerca de um órgão de implementação. Desde logo, a proteção internacional da pessoa humana é assunto que não pode escapar à presente agenda. Nesse sentido, este capítulo tem por objetivo, inicialmente, discutir as nuances da responsabilidade internacional do Estado, transitando pelos Sistemas de Proteção de Direitos Humanos, para, em sequência, apresentar a CIDH como uma realidade jurídica obrigatória no Brasil, da qual derivam decisões que produzem expressivos efeitos no âmbito político do país.

Nesse sentido, o conceito clássico de Estado exige a noção de poder absoluto e ilimitado. Esta é, inclusive, a base do Direito Internacional, que se estrutura a partir da pressuposição de Estados soberanos e autodeterminados que, juntos, passaram a tomar decisões. A noção clássica de soberania, contudo, sofreu duas alterações substanciais. Transformações históricas e sociais forjadas pelas Guerras passaram a exigir o reconhecimento do gênero humano como valor maior da sociedade internacional. Passaram a demandar que o Estado se comprometesse com a dignidade humana e mais, a partir do descumprimento dessas exigências, o Estado, outrora absoluto, passou a responder internacionalmente por eventuais violações.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, forjado no pós-Guerra, desenvolveu-se a partir da crença que as terríveis violações à dignidade humana

---

<sup>229</sup> GAMA, Marcos Vinícius Pinta. A inserção do Brasil no sistema interamericano de direitos humanos. Instituto Rio Branco. **Curso de Altos Estudos**, Brasília, 2001, p. 15.

<sup>230</sup> GIUNCHETTI, Camila Serrano. **Globalização e direitos humanos – estudo acerca da influência da corte interamericana de direitos humanos sobre as instituições domésticas: o caso do presídio Urso Branco**. Tese (Doutorado em Relações Internacionais) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Relações Internacionais, Universidade de Brasília, Brasília-DF, 2011, p. 16.

poderiam ter sido minimizadas se existisse um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos, com valores que transcendessem os interesses puramente estatais<sup>231</sup>.

Celso Lafer<sup>232</sup>, analisando Hannah Arendt, assevera que “o valor da pessoa humana como ‘valor-fonte’ da ordem de vida em sociedade encontra sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem” e guarda relação direta com a cidadania como princípio substantivo, ou seja, a possibilidade de que o ser humano, ainda que privado de seu estatuto político, “seja tratado pelos outros como um semelhante”.

Assim, como herança desse marco histórico, o direito constitucional e o direito internacional receberam a centralidade da pessoa humana nos sistemas jurídicos. E isso se justifica tendo em vista que “Direito Internacional e Direito Constitucional, em sintonia, atuam como instrumentos para a exteriorização do elenco de direitos, garantias e deveres que devem ser respeitados para se realizar a concreta efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana”<sup>233</sup>.

Ademais, dentre os fatores relevantes que contribuíram para que se fortalecesse o processo de internacionalização dos direitos humanos, o mais importante “foi a maciça expansão de organizações internacionais com propósitos de cooperação internacional”. Assim, surge uma nova ordem internacional, preocupada com a manutenção da paz mundial, a segurança internacional e a conseqüente proteção dos direitos humanos mundialmente. Tal movimento de internacionalização dos direitos humanos é consolidado com a Carta das Nações Unidas de 1945, mediante a qual, definitivamente, “a relação de um Estado com seus nacionais passa a ser uma problemática internacional, objeto de instituições internacionais e do Direito Internacional”<sup>234</sup>.

Ainda, a adoção da Declaração Universal de Direitos Humanos em 1948 estabeleceu, dada sua ampla aprovação, uma plataforma comum de ação,

---

<sup>231</sup> BUERGENTHAL, Thomas. **Internacional human rights**. Minnesota: West publishing. 1988. p. 17.

<sup>232</sup> LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das letras, 1988. p. 20-22.

<sup>233</sup> FRIEDRICH, Tatyana Scheila. Proteção dos direitos humanos: constitucionalização do direito internacional ou internacionalização do direito constitucional? **Revista Brasileira de Direito Internacional da UFPR**. Curitiba. v. 8, n. 8, jul./dez., 2008, p. 21.

<sup>234</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 130.

consolidando uma ética universal e consagrando “um consenso sobre valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados”, delineando uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana e conjugando liberdade e igualdade. É o que se qualifica como o estabelecimento de um “paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável, em face da negação total do valor da pessoa humana como fonte de Direito no Estado Totalitário”, traduzida na expressão “concepção contemporânea de direitos humanos”<sup>235</sup>, dantes debatida nesta pesquisa.

Vive-se, pois, “a decadência do conceito tradicional de soberania”. As fronteiras rígidas cederam à formação de grandes blocos políticos e econômicos, à circulação de pessoas e mercadorias e a globalização é a manchete que anunciava “a chegada do novo século”<sup>236</sup>. As mudanças no conceito de soberania implicaram a cessão, cada vez maior, de espaço ao Direito Internacional, especialmente ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, visando a objetivos mais elevados, como a integração das nações para o progresso econômico, social ou humanitário<sup>237</sup>.

Enquanto o Direito antigo somente se concebia na escala familiar e local, à medida que a humanidade progrediu, o Direito teve que se adaptar a uma escala nacional e, por fim, a época atual faz com que ele seja pensado em escala global. O âmbito regional também amplia seu espaço no mundo do Direito<sup>238</sup>.

Igualmente chamada de desnacionalização do Direito, a introdução de um nível jurídico superior à lei nacional provocou uma verdadeira revolução jurídica, pois “o soberano que até ontem era o último recurso, viu-se subordinado a uma instância superior, diante da qual todos os seus atos são passíveis de serem revistos”. A Justiça, que era um órgão do Estado, passa subitamente a ele ser superior<sup>239</sup>.

---

<sup>235</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 38.

<sup>236</sup> BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba. v. 1, n. 1, 2001, p. 18-19.

<sup>237</sup> LASCALA, Maria Carolina Florentino. A relativização da soberania em prol dos direitos humanos. **Revista de Direito Público. Londrina-PR**. v. 6. n. 2, 2001, p. 90.

<sup>238</sup> CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo Judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 60.

<sup>239</sup> GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião de promessas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 42-43.



O fato é que, todos esses movimentos apontam, em maior ou menor grau, para uma direção comum: a superação do isolamento (leia-se soberania absoluta) dos Estados. Tal fenômeno atingiu várias instituições da ordem interna e, diante da já mencionada necessidade de proteção da dignidade humana, terminou por alcançar também a Justiça, com a criação de cortes judiciais supranacionais, estabelecidas diante da nova conformação da sociedade. E, nesse passo, o princípio fundamental que norteia as relações entre os Estados é o de que toda violação do direito internacional – ato ilícito internacional – gera a responsabilidade internacional do Estado que a cometeu. A responsabilidade internacional, ademais, desde o projeto da Comissão de Direito Internacional de 1996 já fora alçada ao status de costume internacional, sendo necessária a sua análise.

### 3.1 A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO

A delimitação dos elementos da responsabilidade internacional do Estado pode apresentar variações e Celso Albuquerque Mello<sup>240</sup> conduz uma ampla discussão sobre o tema. Assim, segundo o autor, o primeiro elemento é o ato ilícito, a violação de uma norma jurídica internacional, independentemente do que estabelece o direito interno, considerado pela jurisprudência internacional um simples fato, sem qualquer aspecto normativo. Desse modo, o direito interno não é considerado um fundamento válido para a violação de uma norma jurídica internacional.

O segundo elemento se perfaz na imputabilidade, isto é, o nexo de causalidade entre o ilícito e quem é responsável por ele. “É preciso salientar que a responsabilidade não se confunde com a autoria. Para existir a imputabilidade tem-se considerado necessário existir um sujeito de Direito Internacional que tenha capacidade nesse sentido”<sup>241</sup>.

---

<sup>240</sup> MELLO, Celso Albuquerque. **Responsabilidade internacional do estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 32-34.

<sup>241</sup> MELLO, Celso Albuquerque. **Responsabilidade internacional do estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 32-34.

O terceiro elemento, que tem acarretado maior discussão na matéria, é o prejuízo ou dano enquanto elemento constitutivo. Enquanto na ordem interna o prejuízo é requisito essencial para a responsabilidade civil, em sede de direito internacional, os Relatórios da Comissão do Direito Internacional não o têm considerado como elemento da responsabilidade internacional.

A doutrina tem se mostrado muito dividida, bem como a jurisprudência internacional. Assim para Scelle a responsabilidade é uma situação jurídica que surge em virtude de um fato ou ato que cause dano. Cavare defende igualmente que para haver responsabilidade internacional é necessário que haja um prejuízo e ele considera como a primeira condição deste instituto. Mais recentemente Combacau alega que a responsabilidade internacional consiste na obrigação de reparar o dano, esta obrigação pode ser considerada como subsidiária. Sem prejuízo ou dano não há responsabilidade. De fato, o Estado ao conviver com outros sujeitos e atores internacionais, inevitavelmente acaba por violar direitos de terceiros e, portanto, o conseqüente dever de reparar o dano<sup>242</sup>.

Assim, a responsabilidade internacional é a obrigação de um Estado em reparar e satisfazer outro sujeito internacional em razão da produção de um dano. A convivência pacífica e a observância das normas internacionais devem ser cumpridas por todos aqueles que fazem parte da sociedade internacional, de modo que um sistema que contemple a responsabilidade de quem venha a produzir um dano a outrem é fundamental para manutenção de todo o sistema internacional.

Desse modo, toda vez que o Estado descumpra seus deveres, causando um prejuízo a outro Estado ou, em determinadas condições, causando um dano a seu nacional, torna-se responsável perante a sociedade internacional. O descumprimento de obrigações convencionais ou consuetudinárias impostas pelo Direito Internacional implica a responsabilidade do Estado por seus atos ou omissões e, conseqüente sujeição às sanções cabíveis, devendo corrigir o dano material (reparação) ou ético (satisfação) ocasionado.

A responsabilidade internacional, portanto, é o instituto jurídico em virtude do qual o Estado a que é imputado um ato ilícito segundo o Direito Internacional, deve uma reparação contra o qual este ato foi cometido<sup>243</sup>. “Toda a ordem jurídica pressupõe que os sujeitos de direito assumam a sua responsabilidade logo que seus

---

<sup>242</sup> MELLO, Celso Albuquerque. **Responsabilidade internacional do estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 32-34.

<sup>243</sup> GUERRA, Sidney. A responsabilidade internacional do estado e a corte interamericana de direitos humanos. **Revista de Direito Brasileira**. v.1 n. 1, 2011, p. 336.

comportamentos produzam dano aos direitos e interesses dos outros sujeitos de direito”.<sup>244</sup> Em sentido próprio, a responsabilidade, no Direito Internacional, é considerada “como um sistema que tem por finalidade conferir uma sanção à norma internacional, uma vez que implicaria a constituição de obrigações derivadas da prática de um ilícito”<sup>245</sup>.

Para Silva e Accioly<sup>246</sup>, a noção de reponsabilidade repousa sobre o princípio fundamental da justiça que se traduz concretamente na obrigação de manter os compromissos assumidos e na obrigação de reparar o mal injustamente causado a outrem, podendo ser considerada como “incontestável a regra segundo a qual o Estado é internacionalmente responsável por todo ato ou omissão que lhe seja imputável e do qual resulte a violação de uma norma jurídica internacional ou de suas obrigações internacionais”.

Ante a esse panorama, se o Estado responsável pela prática de um ato ilícito segundo as normas internacionais deve, ao Estado a que tal ato tenha causado dano, uma reparação adequada, a responsabilidade internacional do Estado decorre, portanto, da transgressão à norma jurídica internacional e da consequente atribuição de uma conduta de natureza dolosa ou culposa ao autor. Essa afirmação abre espaço para o debate sobre a responsabilidade subjetiva e a objetiva do Estado em sede de responsabilidade internacional.

Segundo Guerra<sup>247</sup>, pela teoria subjetiva, “além do descumprimento de uma norma ou obrigação jurídica internacional por parte de um Estado, deve este também ter agido com dolo ou culpa para que seja considerado responsável no plano internacional”. Outros autores já tiveram a oportunidade de defender a teoria subjetiva, “destacando-se Hugo Grotius, Von Liszt, Hildebrando Accioly etc”. Todavia, outros segmentos tecem severas críticas à teoria subjetiva por “estar impregnada de elementos psicológicos de difícil comprovação; e proveniente do

---

<sup>244</sup> DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. 2. ed. Lisboa: Fundacao Calouste Gulbenkian, 2003, p. 776.

<sup>245</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 184.

<sup>246</sup> ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Nascimento. **Manual de direito internacional público**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 13.

<sup>247</sup> GUERRA, Sidney. A responsabilidade internacional do estado e a corte interamericana de direitos humanos. **Revista de Direito Brasileira**. v.1 n. 1, 2011, p. 336.

direito privado e não pode ser aplicada sem modificações ao meio interestatal”. Além disso, a teoria introduziria “uma complicação inútil nas relações internacionais enquanto parte de uma relação metafísica errônea do Estado”<sup>248</sup>.

No que concerne à responsabilidade objetiva do Estado, esta é constituída pelo descumprimento de uma obrigação jurídica internacional independentemente da existência de dolo ou culpa garantido, “trazendo, portanto, maior segurança jurídica no campo das relações internacionais”. Do mesmo modo que a anterior, muitos doutrinadores a adotam “destacando-se Anzilotti, Rousseau e Arechaga”<sup>249</sup>.

Com efeito, as teorias que procuram justificar a responsabilidade internacional do Estado apresentam-se a teoria da culpa, onde a responsabilidade do Estado está comprometida pelo fato de este ter culposamente por ação ou omissão transgredido uma norma de direito internacional, e a teoria do risco, onde o Estado ao praticar um ato se obriga a indenizar terceiros por eventuais danos causados. Sua essência está na conexão existente entre a diligência do Estado e o fato desfavorável as normas internacionais, mesmo na carência de culpa. A teoria do risco se aplica de maneira mais satisfatória no âmbito das relações internacionais em virtude de sua maior segurança jurídica, entretanto a jurisprudência internacional consagra predominantemente a teoria da culpa que defere maior proteção ao Estado<sup>250</sup>.

Em que pese as divergências doutrinárias, para que se verifique a responsabilidade do Estado no plano internacional, têm se apresentado as seguintes condições: violação de uma regra jurídica de caráter internacional; que a transgressão da regra ocasione um dano; que a ofensa seja imputável ao Estado<sup>251</sup>.

Guido Soares explica tais condições, aduzindo que o dever de reparação do dano no Direito Internacional exige um comportamento em violação de um dever internacional, sempre imputável a um ou mais Estados, denominado ilícito internacional, equivalente a uma ação ou omissão; a existência de um dano físico ou moral, causado a outros Estados, sua integridade territorial ou a bens a estes pertencentes ou, ainda, a pessoas ou propriedades dos nacionais destes; um nexo

---

<sup>248</sup> ROUSSEAU, Charles. **Derecho internacional público**. Barcelona: Ariel, 1966. p. 356.

<sup>249</sup> GUERRA, Sidney. A responsabilidade internacional do estado e a corte interamericana de direitos humanos. **Revista de Direito Brasileira**. v.1 n. 1, 2011, p. 336.

<sup>250</sup> GUERRA, Sidney. A responsabilidade internacional do estado e a corte interamericana de direitos humanos. **Revista de Direito Brasileira**. v.1 n. 1, 2011, p. 336.

<sup>251</sup> GUERRA, Sidney. A responsabilidade internacional do estado e a corte interamericana de direitos humanos. **Revista de Direito Brasileira**. v.1 n. 1, 2011, p. 336.

de causalidade normativa entre dano e o ilícito, o qual institui um dever de reparar o seu autor e cria ao ofendido um direito subjetivo de exigir uma reparação<sup>252</sup>.

Assim, “as falhas do Estado em cumprir com as suas obrigações internacionais são consideradas violações aos tratados internacionais por ele ratificados”; desse modo, o Estado pode ser responsabilizado por ação ou omissão: “seja através de uma ação de seus agentes (sejam eles dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário, atuando dentro ou fora de suas atribuições de rotina), ou tolerância aos atos praticados por particulares”<sup>253</sup>.

Importante, ainda, a lição de Sidney Guerra, para quem determinado Estado poderá realizar ato que produza prejuízos para outro e deverá ser responsabilizado por isso. “Todavia, o Estado como ente abstrato não pratica atos ou omissões, mas sim seus agentes que no desempenho de suas atribuições poderão praticá-los”<sup>254</sup>. Assim, o Estado “deve prestar contas à comunidade internacional pelas violações de direitos humanos ocorridas em seu território, quando solicitado por um órgão internacional de supervisão” e posteriormente ao exame da defesa do Estado, “cabe aos órgãos internacionais a decisão sobre a existência ou não da responsabilidade do Estado pelas violações de direitos humanos, resultando de ação direta de seus agentes ou de omissão do seu dever de garantia de proteção”<sup>255</sup>.

A origem da construção teórica da responsabilidade internacional foi tomada a partir das relações entre Estados, e dos possíveis danos causados entre esses entes estatais. Contudo, “foi com base no princípio da responsabilidade internacional do Estado em cumprir as obrigações assumidas em matéria de direitos humanos que o direito internacional passou a conferir capacidade processual para

---

<sup>252</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 186.

<sup>253</sup> GALLI, Maria Beatriz; DULITZKY, Ariel. A comissão interamericana de direitos humanos e o seu papel central no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. In: GOMES, Luiz Flavio; PIOVESAN, Flavia. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos**. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 58.

<sup>254</sup> GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 142-145.

<sup>255</sup> GALLI, Maria Beatriz; DULITZKY, Ariel. A comissão interamericana de direitos humanos e o seu papel central no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. In: GOMES, Luiz Flavio; PIOVESAN, Flavia. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 56.

os indivíduos”, que puderem, então, apresentar denúncias de casos individuais perante órgãos internacionais de supervisão e monitoramento<sup>256</sup>.

No que tange à Corte Interamericana de Direitos Humanos, um importante precedente acerca da responsabilidade internacional do Estado em matéria de direitos humanos foi criado no paradigmático caso *Velasquez Rodriguez x Honduras*<sup>257</sup>, em sentença proferida no dia 29.07.1998, referente ao desaparecimento forçado de *Manfredo Velasquez*, em setembro de 1998, no Estado de Honduras, que estabeleceu por unanimidade que “*Honduras esta obligada a pagar una justa indemnizacion compensatoria a los familiares de la victima*”.

Assim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisão pioneira, ao interpretar a Convenção Americana impondo aos Estados-partes o dever de investigar certas violações de direitos humanos e punir seus perpetradores. Ao fundamentar a decisão, a Corte afirmou:

O desaparecimento forçado de seres humanos é uma violação múltipla e contínua de muitos direitos constantes da Convenção, que os Estados-partes são obrigados a respeitar e garantir. (...) Como consequência desta obrigação, os Estados devem prevenir, investigar e punir qualquer violação de direitos enunciados na Convenção e, além disso, se possível, devem buscar a restauração de direito violado, prevendo uma compensação em virtude dos danos resultantes da violação. (...) a falha de ação do aparato estatal, que está claramente provada, reflete a falha de Honduras em satisfazer as obrigações assumidas em face do art.1º.1 da Convenção, que obriga a garantir a Manfredo Velasquez o livre e pleno exercício de seus direitos humanos<sup>258</sup>.

O caso trouxe, como visto, a responsabilização do Estado, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, pela reparação devida por violação de norma da Convenção Americana, não por uma simples ação de danos e prejuízos de direito civil interno e sim, em face de um procedimento internacional de reparação de graves violações de direitos humanos. “Deixa claro ainda que não se trata de revisão da decisão interna e sim a condenação do Estado violador e a obrigação de reparar o

---

<sup>256</sup> GALLI, Maria Beatriz; DULITZKY, Ariel. A comissão interamericana de direitos humanos e o seu papel central no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. In: GOMES, Luiz Flavio; PIOVESAN, Flavia. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 56.

<sup>257</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Fondo. Sentencia de 29 de Julio de 1988. Serie C No. 4.

<sup>258</sup> PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. **Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico**, 2011, p. 10.

dano”. Assim, evidencia “a necessidade de combinar a sistemática nacional e internacional de proteção, à luz do princípio da dignidade humana, pois, assim, conjugam-se os sistemas internacionais e nacionais para o fortalecimento dos mecanismos de responsabilização do Estado”<sup>259</sup>.

Importantes observações se destacam a partir de então. O Estado tem a responsabilidade primária e o sistema internacional, uma ação suplementar e subsidiária em relação aos direitos violados.

O Estado deve ser ele próprio um instrumento de proteção, pois os direitos humanos não se realizam automaticamente pela abstenção estatal ou pela mera não intrusão no espaço privado. Os direitos humanos exigem do Estado obrigações positivas, obrigações de fazer. Desta perspectiva, a potencialidade da conversão do Estado em aliado na luta pelos direitos humanos se encontra inscrita na democracia e a realização efetiva desta aliança é impulsionada, entre outros fatores, pela cooperação com os mecanismos internacionais de proteção<sup>260</sup>.

Para Cançado Trindade, as obrigações assumidas vinculam o Estado e não apenas os governos. Expande-se, assim, a ideia da responsabilidade internacional do Estado para contemplar os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Ao Poder Executivo incumbe tomar todas as medidas – administrativas e outras – a seu alcance para dar fiel cumprimento aquelas obrigações. A responsabilidade internacional pelas violações aos direitos humanos sobrevive aos Governos, e se transfere a Governos sucessivos, precisamente por se tratar de responsabilidade do estado. Ao Poder Legislativo incumbe tomar todas as medidas dentro de seu âmbito de competência, seja para regulamentar os tratados de direitos humanos de modo a dar-lhes eficácia no plano do direito interno, seja para harmonizar este último com o disposto naqueles tratados. E ao Poder Judiciário incumbe aplicar efetivamente as normas de tais tratados no plano do direito interno, e assegurar que sejam respeitadas. Isso significa que o Judiciário nacional tem o dever de prover recursos internos eficazes contra violações tanto dos direitos consignados na Constituição como dos direitos consagrados nos tratados de direitos humanos que vinculam o país em questão, ainda mais quando a própria Constituição nacional assim expressamente o determina. O descumprimento das normas convencionais engaja de imediato a responsabilidade internacional do estado, por ato ou omissão, seja do Poder Executivo, seja do Legislativo, seja do Judiciário<sup>261</sup>”.

---

<sup>259</sup> CORREIA, Theresa Rachel Couto. **Corte interamericana de direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 238.

<sup>260</sup> BRANDÃO, Marco Antônio Diniz; BELLI, Benoni. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e seu aperfeiçoamento no limiar do século XXI. In: GUIMARÃES, Samuel Pinheiro; PINHEIRO, Paulo Sergio. **Direitos humanos no século XXI**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 300.

<sup>261</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997, p. 442.

Destarte, a responsabilidade internacional em matéria de direitos humanos “reforça o valor jurídico das normas protetivas dos direitos da pessoa humana, tendo em vista que defere maior efetividade dos direitos, bem como a devida sanção aos Estados que violam essas normas”<sup>262</sup>. As obrigações internacionais nascidas com a adesão dos Estados aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos só possuem conteúdo real quando o mecanismo de responsabilização por violações é eficaz. “Tal mecanismo deve ser o mais amplo possível para que se evite justamente o caráter meramente programático das normas internacionais sobre direitos humanos”. Percebe-se, portanto, que desvincular o Direito Internacional dos Direitos Humanos do Direito da Responsabilidade Internacional do Estado “nos levaria a negar a juridicidade daquele setor de normas dirigido a proteção do ser humanos, convertendo-o em um conjunto de meras exortações aos Estados”<sup>263</sup>.

Quando um Estado ratifica a Convenção Americana de Direitos Humanos assume um relevante compromisso com a reparação das violações de direitos humanos e deverá agir para apagar as consequências de seus atos ou omissões ilícitos<sup>264</sup>. A reparação consiste em devolver ao lesado a situação ao seu estado anterior e, não sendo mais possível, realizar a reparação do dano de outra forma. Por isso mesmo e que a própria Convenção não deixou dúvidas acerca da imperatividade das decisões da Corte<sup>265</sup>.

Em outras palavras, o princípio fundamental que norteia as relações entre os Estados é o de que toda violação do direito internacional – ato ilícito internacional – gera a responsabilidade internacional do Estado que a cometeu. Na seara da

---

<sup>262</sup> GUERRA, Sidney. A responsabilidade internacional do estado e a corte interamericana de direitos humanos. **Revista de Direito Brasileira**. v. 1 n. 1, 2011, p. 345.

<sup>263</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 9-10.

<sup>264</sup> GALLI, Maria Beatriz; DULITZKY, Ariel. A comissão interamericana de direitos humanos e o seu papel central no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. In: GOMES, Luiz Flavio; PIOVESAN, Flavia. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 99.

<sup>265</sup> GUERRA, Sidney. A responsabilidade internacional do estado e a corte interamericana de direitos humanos. **Revista de Direito Brasileira**. v. 1 n. 1, 2011, p. 346.



responsabilidade internacional, destacam-se, portanto, quatro elementos: a) uma conduta do Estado; b) a imputabilidade desta conduta ao Estado; c) a existência de um dano e d) o nexo de causalidade, ligando a conduta do Estado ao dano causado<sup>266</sup>.

Tal responsabilidade internacional pode ser atribuída em face de condutas comissivas e omissivas do Estado e pode ser direta (ação ou omissão dos próprios órgãos e agentes do Estado) ou indireta (ação ou omissão da administração indireta), nos mesmos moldes que a responsabilidade interna<sup>267</sup>. A responsabilidade internacional pode se dar, ainda, por atos no interior do Estado (regra) ou dentro de outro ente, especialmente quando se trata de ocupação de outro território<sup>268</sup>.

A responsabilidade internacional assemelha-se, por certo, à responsabilidade civil, mas aquela decorre de atos regidos pelo Direito internacional, podendo ser atribuída a qualquer dos poderes do Estado, ainda que no cumprimento da sanção seja ele, o Estado, que venha a responder. Deste modo, é entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo, que a distribuição de competências na ordem interna e o princípio da separação dos poderes “são da maior relevância no âmbito do direito constitucional, mas no direito internacional não passam de fatos que não incidem na configuração da responsabilidade internacional do Estado”<sup>269</sup>.

Em resumo, a responsabilidade internacional é tema de interesse de todos os Estados e se relaciona diretamente com a defesa dos direitos humanos já que a todos interessa preservar um piso mínimo de dignidade humana.

---

<sup>266</sup> TEIXEIRA, Carla Noura. **Direito internacional público, privado e dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 38.

<sup>267</sup> MIRANDA, Mariana Almeida Picanço de; CUNHA, José Ricardo. **Poder judiciário brasileiro e a proteção dos direitos humanos**: aplicabilidade e incorporação das decisões da Corte Interamericana de direitos humanos. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade, 2010, p. 90.

<sup>268</sup> MIRANDA, Mariana Almeida Picanço de; CUNHA, José Ricardo. **Poder judiciário brasileiro e a proteção dos direitos humanos**: aplicabilidade e incorporação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade, 2010, p. 92.

<sup>269</sup> SOUZA, Ielbo Marcos Lobo; DA ROS, Patrick Lucca. A responsabilidade internacional do estado brasileiro por ato do Judiciário: o alcance das obrigações convencionais de direitos humanos. In: ROCHA; Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 57.

Desse modo, à medida que a responsabilidade de um Estado assume relevância, encontra no aparelhamento dos Sistemas de Proteção dos Direitos Humanos sua maior expressão. Repise-se: o moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-Guerra, cujo “desenvolvimento pode ser atribuído às gravíssimas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse”<sup>270</sup>. Nesse passo, por mais de meio século, o sistema internacional tem se mostrado comprometido com valores que transcendem aqueles puramente “estatais”, notadamente os direitos humanos, e tem desenvolvido um “impressionante sistema normativo de proteção desses direitos”<sup>271</sup>.

Por tal razão, uma análise, ainda que breve, dos Sistemas de Proteção dos Direitos Humanos é oportuna para prefaciar os estudos específicos da atuação da CIDH no Brasil.

### 3.2 OS SISTEMAS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A essência da luta pelos direitos humanos pode ser traduzida a partir da proteção da dignidade e prevenção do sofrimento humano, “a fim de que toda e qualquer pessoa seja tratada com igual consideração e profundo respeito, tendo o direito de desenvolver suas potencialidades de forma livre, autônoma e plena”<sup>272</sup>. Trata-se da lei do mais fraco contra a lei do mais forte<sup>273</sup>, uma defesa contra os absolutismos do Estado, do setor privado ou mesmo da esfera doméstica, de modo que a proteção da pessoa humana em seu mínimo ético intangível chamado dignidade, represente, em termos jurídicos, uma preocupação global. Daí decorre

---

<sup>270</sup> BUERGENTHAL, Thomas. **Internacional human rights**. Minnesota: West publishing. 1988. p. 17.

<sup>271</sup> HENKIN, Louis et al. **International law: cases and materials**. 3. ed. Minnesota: West Publishing, 1993. p. 2.

<sup>272</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 19, jan./jun., 2012, p. 56.

<sup>273</sup> FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho, in Miguel Carbonell. **Teoría del neoconstitucionalismo. ensayos escogidos**. El neoconstitucionalismo en su laberinto, Ed. Trotta, Madrid, 2007. p. 338.

que o ideal para a promoção e defesa dos direitos humanos seria um sistema único e mundial de defesa desses direitos.

Ainda que esse objetivo não deva ser abandonado, a realidade demonstra que a defesa regional dessas garantias pode ser a mais indicada, de modo que a proximidade geográfica e de culturas favoreça a complementação do sistema global de proteção. Inobstante, cabe demarcar as bases do sistema global de proteção.

Isso porque o aparelhamento dos sistemas jurídicos internacionais de proteção tem início com o reconhecimento da faculdade do indivíduo para recorrer a instâncias internacionais, para assegurar o respeito aos direitos humanos, após esgotar os recursos internos a partir dos quais poderia se valer para garantir estes direitos. Restou consagrada, no campo do direito internacional, a inclusão do indivíduo como sujeito de direito internacional, ocupando lugar de destinatário direto de normas jurídicas internacionais, que lhe outorgaram direitos específicos e capacidade processual – ainda que limitada – de comparecer perante cortes e comissões internacionais, denunciando a violação de seus direitos<sup>274</sup>.

Assim, admitir-se denúncias de pessoas ou grupos contra um Estado perante uma instância internacional exige o reconhecimento de personalidade jurídica internacional, ainda que limitada, razão pela qual passou a merecer aceite a tese de que o ser humano é sujeito de direito internacional<sup>275</sup>.

Anote-se, ademais, que o processo de regionalização de direitos humanos é capaz de revelar as peculiaridades e especificidades das lutas emancipatórias por direitos e por justiça nas distintas geografias e regiões.

Cada sistema regional apresenta uma particular institucionalidade, uma agenda própria de direitos humanos, com distintas prioridades, inquietudes e desafios, marcada pelo protagonismo de diversos atores, em um palco em que interagem Estados, vítimas, organizações da sociedade civil nacionais e internacionais, órgãos de proteção de cada sistema regional, no âmbito de uma organização regional específica – seja o Conselho da Europa, seja a Organização dos Estados Americanos, seja, ainda, a União Africana.

---

<sup>274</sup> LEDESMA, Hector Faúndez. **Administración de justicia y derecho internacional de los derechos humanos**: el derecho a um juicio justo. Caracas: U.C.V. 1992. p. 21-22.

<sup>275</sup> LEDESMA, Hector Faúndez. **Administración de justicia y derecho internacional de los derechos humanos**: el derecho a um juicio justo. Caracas: U.C.V. 1992. p. 21-22.

Os sistemas regionais, cada qual ao seu modo, têm revelado extraordinárias experiências no campo da justicialização dos direitos humanos, sobretudo por meio da atuação das Cortes europeia e interamericana de proteção de direitos humanos, e a justicialização dos direitos humanos na ordem internacional é um dos grandes desafios aos direitos humanos na contemporaneidade, revelando-se em verdadeiro marco da tensão entre o direito da força e a força do Direito<sup>276</sup>.

Na ordem internacional, na seara dos precedentes de justicialização dos direitos humanos em escala global, destacam-se “as experiências do Tribunal de Nuremberg, bem como dos tribunais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e para Ruanda e, posteriormente, a criação do Tribunal penal Internacional”. O legado deixado pelo Tribunal de Nuremberg, convocado na forma de um Tribunal Militar Internacional para julgar os criminosos da Segunda Guerra Mundial, traduz-se no forte incentivo ao processo de justicialização dos direitos humanos. Nuremberg não apenas consolidou a ideia de limitação da soberania nacional como reconheceu que os indivíduos e não apenas os Estados possuem direitos assegurados pelo Direito Internacional<sup>277</sup>.

No que concerne ao Tribunal para a Ex-Iugoslávia, instalado em 1993 pelo Conselho de Segurança da ONU para investigar violações do Direito Humanitário cometidas naquele país desde 1991 e o Tribunal *ad hoc* instalado em julho de 1994 para julgar os crimes cometidos de janeiro a dezembro de 1994, demonstram a significativa contribuição das Nações Unidas para promoção e proteção dos direitos humanos.

Em relação a uma corte permanente e com jurisdição independente, ainda que complementar às cortes nacionais, em 1998, foi aprovado o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, tendo entrado em vigor em julho de 2002. Considerado um passo de forte expressão na defesa dos direitos humanos em escala global, com conformação inédita na história mundial, deixa patente a responsabilidade primária dos Estados para com a violação de direitos humanos em seu território. De modo subsidiário, todavia, coloca toda a comunidade internacional como responsável pelo combate e pela punição a essas violações.

---

<sup>276</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e Justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 33.

<sup>277</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e Justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 33.

Surgem, então, ao lado do sistema global, “os sistemas regionais de proteção, que buscam internacionalizar os direitos humanos no plano regional, particularmente na Europa, América e África” e, adicionalmente, somam-se os incipientes sistemas árabe de proteção e a proposta de criação de um sistema regional asiático de proteção de direitos humanos<sup>278</sup>.

Note-se que as vantagens da regionalização da proteção dos direitos humanos se revelam à medida que um número menor de Estados envolvidos facilita o consenso político, quer quanto ao conteúdo das convenções, quer no que concerne ao monitoramento.

Enquanto o sistema global fixa parâmetros mínimos e gerais de proteção, o sistema regional deve descer às especificidades de cada região, de cada bloco de países e se adaptar às diferenças de língua, costumes, tradições, trazendo ainda maior efetividade. Ademais, o propósito de coexistência de sistemas jurídicos distintos é a ampliação e o fortalecimento do rol de proteção dos direitos humanos.

Em termos de órgãos jurisdicionais de âmbito global, a Organização das Nações Unidas (ONU), por meio de seu principal órgão Judiciário, a Corte Internacional de Justiça, só atua em litígios em que as partes sejam Estados<sup>279</sup>. O homem e as organizações internacionais não podem se submeter, diretamente, à Corte Internacional de Justiça.

Deste modo, ainda que não se tenha um Tribunal Internacional de Direitos Humanos, o sistema global de proteção caminha a passos largos na defesa da pessoa humana. Contudo, é no bojo dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, sobretudo Europeu e Americano, que as decisões contra os Estados têm se manifestado em maior proporção, motivo pelo qual cumpre analisá-los.

Mundialmente são cinco os sistemas regionais de proteção de direitos humanos: Europeu, Americano, Africano, Árabe e Asiático. Dentre eles, apenas os sistemas Europeu e Americano contam com Cortes Judiciais instaladas e atuantes. O Sistema Africano inicia seus passos com recente instalação de sua Corte Judicial.

---

<sup>278</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e Justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 33.

<sup>279</sup> MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional publico**. 15. ed. rev. ampl. v. 1. São Paulo: Renovar, 2004. p. 685.

Já os Sistemas Árabe e Asiático são incipientes na seara de defesa dos direitos humanos.

No que tange à Corte Europeia de Direitos Humanos, seu principal diploma internacional no sistema europeu de proteção dos direitos humanos é a Convenção Europeia de Direitos Humanos, celebrada em Roma, em 04 de janeiro de 1950 e elaborada no Conselho da Europa, na sequência das gravíssimas atrocidades e violações dos direitos humanos perpetradas durante a Segunda Guerra Mundial, aqui já referidos.

Após modificações em seu sistema inicial, a Corte Europeia funciona com sede em Estrasburgo, na França, permitindo o ingresso direto das vítimas à Corte, com uma jurisdicionalização total do processo de proteção, acompanhada, necessariamente, do direito de qualquer indivíduo que se encontre em um dos Estados-parte, a demandar diretamente perante um Tribunal Internacional.

O Sistema Africano de Proteção de Direitos Humanos, por sua vez, se institucionalizou com a aprovação em Nairóbi, no Quênia, em junho de 1981, na 18ª Conferência de Chefes de Estado e Governo, da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Tal Carta trouxe como grande novidade a afirmação de que os povos também são titulares de direitos humanos, tanto no plano interno como internacional, sendo que até então a eles só se reconhecia o direito à autodeterminação<sup>280</sup>.

Em termos judiciais, a Corte Africana de Direitos Humanos foi criada por um protocolo adicional à Carta de Banjul (como também é chamada a Carta Africana de Direitos Humanos), aprovado em junho de 1998, que entrou em vigor em 2004. Possui sede em Arusha, na Tanzânia.

Quanto aos Sistemas Árabe e Asiático de Direitos Humanos, entende-se que são incipientes e, apenas para registro, anote-se que em 1945 foi criada a Liga dos Estados Árabes que, em 1994, adotou a Carta Árabe de Direitos Humanos. Tal Carta “reflete a lei islâmica da sharia e outras tradições religiosas”. Em relação à proposta de criação de um sistema regional asiático, por fim, “destaca-se a Carta Asiática de Direitos Humanos, em 1997, sob a forma de uma declaração feita por expressivas ONGs”, endossando princípios como direito ao desenvolvimento

---

<sup>280</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 395.

sustentável, democracia, paz, dentre outros<sup>281</sup>. Esses dois Sistemas, todavia, não possuem uma Corte jurisdicional implantada.

À presente pesquisa interessa, contudo, o estudo específico do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos. Nesse passo, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos se consolida em 22 de novembro de 1969, na Conferência de São José da Costa Rica, com a aprovação da Convenção Americana de Direitos Humanos, que reproduz a maior parte das declarações de direitos constantes do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966.

É preciso compreender o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos a partir de seu contexto histórico e das peculiaridades da região, como forma, inclusive, de reafirmar a necessidade de proteção da pessoa em face de seus Estados nacionais. A região americana é “marcada por elevado grau de exclusão e desigualdade social ao que se somam democracias em fase de consolidação” e ainda convive com “as reminiscências dos regimes ditatoriais passados, com uma cultura de violência e de impunidade, com a baixa densidade de Estados de Direitos e com a frágil e precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico”<sup>282</sup>.

Sob essa perspectiva é que foi elaborada a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, em abril de 1948, no âmbito da OEA, antecedendo a própria Declaração Universal. Posteriormente, foi adotada a Convenção Americana de Direitos Humanos em 1969, que é o instrumento central do sistema regional interamericano.

Em 1978, quando a Convenção Americana de Direitos Humanos entrou em vigor muitos dos Estados da América Central e do Sul eram governados por ditaduras, tanto de direita como de esquerda. “Dos 11 Estados-partes da Convenção à época, menos que a metade tinha governos eleitos democraticamente. A outra metade dos Estados havia ratificado a Convenção por diversas razões de natureza política”. Essa realidade se modificou com, à exceção de Cuba, a totalidade dos Estados latino-americanos passando a ter governos eleitos democraticamente, “produzindo significativos avanços na situação dos direitos humanos nesses

---

<sup>281</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 52-53.

<sup>282</sup> PIOVESAN, Flávia. Diálogo no sistema interamericano de direitos humanos. **Revista Campo Jurídico**, n. 1, mar., 2013, p. 169.

Estados”. Esses Estados ratificaram a Convenção e reconheceram a competência jurisdicional da Corte<sup>283</sup>.

Em relação aos órgãos de fiscalização e julgamento, a Convenção Americana seguiu, de modo geral, o modelo europeu, criando além de uma comissão encarregada de investigação dos fatos de violações às suas normas, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede na Costa Rica, em San José, que consiste em um tribunal especial para julgar os litígios decorrentes daquelas violações, cuja jurisdição só é obrigatória, no entanto, para os Estados-Partes que a aceitem expressamente<sup>284</sup>.

Foi instituída, assim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) ao lado da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (ComIDH). A Comissão tem como funções: a) a elaboração de informes periódicos sobre situação dos direitos humanos nos países americanos; b) a recepção e tramitação de denúncias individuais, com a submissão de fatos concretos, servindo de porta de entrada do aparato judicial interamericano, detendo um papel de árbitro e depois como acusador; e c) a faculdade de solicitar a adoção de medidas provisórias.

Procedendo-se a um balanço do sistema interamericano, é possível elencar quatro conclusões e cinco desafios centrais do sistema, sendo que a “primeira conclusão é que as fragilidades e insuficiências do sistema revelam, sobretudo, as fragilidades e insuficiências da proteção dos direitos humanos no âmbito interno dos Estados”<sup>285</sup>.

Na condição de regimes democráticos em fase de consolidação, tendo o desafio adicional de romper com as práticas do legado autoritário ditatorial, é que se delineiam na região, gradativamente, espaços institucionais de cooperação intergovernamental vocacionados à defesa dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito. “A América-latina sempre se mostrou uma firme defensora dos princípios da soberania e não-intervenção. Quando normas afetas à soberania e normas afetas aos direitos humanos conflitam, geralmente, as normas de soberania

---

<sup>283</sup> PASQUALUCCI, Jo. **The practice and procedure of the inter-american court on human rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 15.

<sup>284</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 327.

<sup>285</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 19, jan./jun., 2012, p. 18.



prevalecem”. Contudo, “a partir da década de 1980 os regimes regional e global de proteção dos direitos humanos e suas instituições começaram a ter maior aceitação e impacto na América-latina<sup>286</sup>”.

A segunda conclusão aponta para o legado do Sistema, “que tem se caracterizado, sobretudo, por responder a um grave padrão de conflituosidade concernente a direitos civis”. As maciças violações aos direitos humanos dos períodos ditatoriais, refletidas nas decisões da Corte Interamericana envolvendo casos de graves violações aos direitos civis, desaparecimentos forçados, execuções sumárias, tortura, deixaram um padrão de conflituosidade para a região, com a persistência endêmica da violência. “Com a atuação da sociedade civil, a partir de articuladas e competentes estratégias de litigância, o sistema interamericano tem tido a força catalizadora de promover avanços no regime de direitos humanos”. Foi assim que os regimes ditatoriais foram desestabilizados, exigindo-se o fim da impunidade nas transições democráticas. Essa é a semente deixada por essa atuação social, no sentido de consolidar o processo democrático, com o fortalecimento das instituições e o necessário combate às violações de direitos humanos e proteção aos grupos mais vulneráveis<sup>287</sup>.

A terceira conclusão refere-se ao acesso ao Sistema Interamericano. Na seara da jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, “os casos lhe foram em geral enviados pela Comissão Interamericana, sendo que, em um universo considerável deles, a partir de denúncias submetidas por ONGs, demonstrando a importância da participação da sociedade civil no sistema”, assinalando a expressiva importância do povo nas questões atinentes ao tema<sup>288</sup>.

A quarta conclusão relaciona-se ao considerável impacto das decisões da Corte Interamericana e merecem transcrição literal:

O impacto das decisões da Corte Interamericana tem se mostrado considerável na região, tanto em virtude da crescente credibilidade da Corte

---

<sup>286</sup> ROPP, Stephen; SIKKINK, Kathryn. International norms and domestic politics in Chile and Guatemala, In: RISSE, Thomas Stephen; ROPP, Stephen C.; SIKKINK, Kathryn. **The power of human rights: international norms and domestic change**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 172.

<sup>287</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 19, jan./jun., 2012, p. 19.

<sup>288</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 19, p. 26, jan./jun., 2012, p. 19.

na região, como pela capacidade de monitoramento e fiscalização da sociedade civil no que tange ao cumprimento das decisões pelos Estados. O sistema interamericano, diversamente do sistema europeu, não conta com a retaguarda da consistente e sólida rede de cooperação entre Estados na afirmação dos direitos humanos; nem tampouco conta com elevado grau de respeito aos direitos humanos no plano interno dos Estados. Reitere-se, assim, o quanto o protagonismo da sociedade civil é crucial para o funcionamento e impacto do sistema interamericano<sup>289</sup>.

Sobre o cumprimento das sentenças, ademais, avaliam Antônio Augusto Cançado Trindade e Manuel Robles<sup>290</sup> que:

[...] a Corte Interamericana tem atualmente uma especial preocupação quanto ao cumprimento de suas sentenças. Os Estados, em geral, cumprem as reparações que se referem a indenizações de caráter pecuniário, mas o mesmo não ocorre necessariamente com as reparações de caráter não pecuniário, em especial as que se referem às investigações efetivas dos fatos que originaram tais violações, bem como à identificação e sanção dos responsáveis, – imprescindíveis para por fim à impunidade (e suas consequências negativas para o tecido social como um todo). (...) Atualmente, dada a carência institucional do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos nesta área específica, a Corte Interamericana vem exercendo *motu proprio* a supervisão da execução de suas sentenças, dedicando-lhe um ou dois dias de cada período de sessões. Mas a supervisão – como exercício de garantia coletiva – da fiel execução das sentenças e decisões da Corte é uma tarefa que recai sobre o conjunto dos Estados-partes da Convenção.

Os desafios impostos ao sistema, por sua vez, concentram-se em quatro fatores<sup>291</sup>, sendo o primeiro deles “a ampliação dos espaços de participação da sociedade civil no sistema interamericano, conferindo acesso direto a indivíduos, grupo de indivíduos e ONGs à Corte Interamericana”.

O segundo desafio de elevada importância se evidencia no necessário “fortalecimento da capacidade sancionatória do sistema, na hipótese de não cumprimento de suas decisões”<sup>292</sup>, revelando, de forma instrumental, a importância

---

<sup>289</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 19, jan./jun., 2012, p. 20.

<sup>290</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; ROBLES, Manuel Ventura, ***El futuro de la corte interamericana de derechos humanos***, 2. ed. atualizada e ampliada, San José/Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos e ACNUR, 2004, p. 434.

<sup>291</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 19, jan./jun., 2012, p. 26.

<sup>292</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 19, jan./jun., 2012, p. 22.

da institucionalização de órgãos internos vocacionados ao cumprimento das sentenças da CIDH.

Os demais desafios envolvem “o fortalecimento da justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais”. Ademais, “o reforço da dotação orçamentária para o sistema interamericano, dispondo de maiores recursos financeiros e logísticos, para reforçar sua efetividade”, e, por fim, um maior comprometimento, por parte dos Estados, com a proteção dos direitos humanos, “considerando o quanto o grau deste compromisso é capaz de contribuir para o fortalecimento do sistema”<sup>293</sup>.

Isso posto, segundo a lição de Caroline Proner, o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos

[...] nos últimos tempos tem sido capaz de se reinventar a partir das demandas inéditas, provenientes de movimentos sociais, de coletivos submetidos a situações de desigualdades sociais ou ainda de grupos peticionando por direitos coletivos, trazendo uma nova forma de reivindicação que contrasta com a visão tradicional dos direitos individuais. Atualmente, não há outro sistema internacional tão criativo e dinâmico quanto o Interamericano, tendo colocado a prova *experts* e juízes a cada nova demanda submetida tanto à Comissão quanto à Corte, originando jurisprudência inovadora e fundamental para compreender os direitos humanos para além da visão abstrata e refém dos imperativos culturais dominantes.<sup>294</sup>

Essas são as breves notas dos meandros do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos que se relacionam à presente pesquisa. É preciso, então, adentrar no cerne do capítulo, qual seja, a demonstração da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil e a demonstração do impacto que o cumprimento das decisões daquela Corte, pelos Poderes internos, tem acarretado no país.

---

<sup>293</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 19, jan./jun., 2012, p. 23.

<sup>294</sup> PRONER, Caroline. Prefácio. In: SANTOS, Alberto Silva. **A internacionalização dos direitos humanos e o sistema interamericano de proteção**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. XIII.

### 3.3 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

A Corte Interamericana, sediada em São José da Costa Rica, conforme já mencionado, é um órgão judicial internacional, autônomo, do sistema da Organização dos Estados Americanos (OEA), criado pela Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). É, pois, um tribunal internacional, composto por sete juízes nacionais dos Estados-membros da OEA, eleitos a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais. Tem competência de caráter contencioso e consultivo.

Como órgão propriamente jurisdicional, a CIDH tem como objetivos: a) a aplicação e interpretação da Convenção, particularmente para resolução de casos a ela submetidos, que tratem de violações de direitos humanos; e b) a análise da responsabilidade estatal por atos e omissões por violações aos direitos humanos encartados nos documentos jurídicos de cunho regional. A sua atuação decisional se percebe mediante a prolação de sentenças que intentem: i) a reparação correspondente pecuniariamente em favor das vítimas e (ou) familiares; e ii) a condenação em obrigações de fazer diversas.

Merece destaque o artigo 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos que permite que, a qualquer momento, os Estados Partes reconheçam a obrigatoriedade da competência da Corte em todos os casos relativos à sua interpretação ou aplicação.

Já nos termos do artigo 63 da Convenção, a CIDH poderá determinar que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados e que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

As condenações, então, podem assumir dois formatos: obrigação de fazer ou não fazer contra o Estado e de condenação reparatória de cunho pecuniário, em virtude da impossibilidade de restauração do *status quo*.

Nesse quadrante, a internalização das normas internacionais nos ordenamentos domésticos tem merecido cada vez maior atenção na doutrina, haja vista os possíveis conflitos que dela podem derivar. A depender da teoria adotada

internamente, monista ou dualista, essa recepção da norma internacional pode enfrentar relevantes obstáculos.

Dessarte, a internalização de normas é um desafio imposto ao Direito Internacional, uma vez que, somando-se às dificuldades de entendimento e negociação no plano supranacional, a vigência e eficácia das normas internamente dependem de atos soberanos dos Estados, que podem comprometer a efetividade delas.

No Brasil, especificamente, conforme já apontado no segundo capítulo, uma vez internalizada, a norma passa a ter validade de lei federal ou, no caso dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, equivalência às emendas constitucionais.

No que se refere à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), em que pese sua abertura a assinaturas em 1969, o Brasil só depositou a carta de adesão a esse ato internacional em 25 de setembro de 1992, após ter aprovado a Convenção pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n.º 27, de 27 de maio de 1992, promulgado mediante o Decreto n.º 678, de 06 de novembro do mesmo ano, momento a partir do qual o tratado passou a ter plena vigência no país<sup>295</sup>.

Quanto à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil, o Estado brasileiro reconheceu sua competência em 1998, por meio do Decreto Legislativo n.º 89, de 1998, obrigando-se a cumprir suas decisões.

Retome-se, ademais, que a Constituição Federal de 1988 dispôs em seu artigo 4º, como um dos princípios regentes de suas relações internacionais, a prevalência dos direitos humanos e no § 2º do artigo 5º que os direitos e as garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

E novamente observe-se o contido na Emenda Constitucional n.º 45/2004 que acrescentou ao artigo 5º o § 3º dispondo que os tratados e as convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do

---

<sup>295</sup> BENEDETTI, Andréa Regina de Moraes; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. Lei de anistia nos tribunais superiores: o estado da arte do necessário diálogo entre jurisdições no Brasil. In: CUNHA, José Sebastião Fagundes (Org.). **O direito nos tribunais superiores**: com ênfase no novo direito processual civil - estudos em homenagem a Sérgio Luiz Kukina. Curitiba-Paraná: Bonijuris, 2014, v.1, p. 145.

Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, evidenciando, mais uma vez, o comprometimento do país com as normas internacionais.

Todos esses dispositivos legais apontam para o necessário respeito, pelo Brasil, aos tratados internacionais que assina e impõem, ainda, o reconhecimento pelo Estado brasileiro da validade prática das normas internacionais de proteção aos direitos humanos. E isso se justifica tendo em vista que “Direito Internacional e Direito Constitucional, em sintonia, atuam como instrumentos para a exteriorização do elenco de direitos, garantias e deveres que devem ser respeitados para se realizar a concreta efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana”<sup>296</sup>.

Do exposto, conclui-se que o Brasil se submete à jurisdição da CIDH havendo, portanto, a submissão jurídica do Estado às suas decisões<sup>297</sup>.

Admitida a jurisdição da CIDH no Brasil e, conseqüentemente, a obrigatoriedade de suas decisões, a pergunta seguinte se apresenta: qual a natureza jurídica da decisão internacional?

Adota-se a posição de André de Carvalho Ramos, para quem a sentença internacional, “ao ser implementada internamente, suspende a eficácia do comando judicial interno, como decorrência implícita do próprio ato brasileiro de adesão à jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos”. E mais, “a implementação interna da decisão internacional, superando todo óbice de direito interno, é o fecho final do ciclo da responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos”<sup>298</sup>.

Explica-se: proposta a ação de responsabilidade pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos ou por um Estado, inicia-se um devido processo legal, no qual as partes e as vítimas de violação de Direitos Humanos (como

---

<sup>296</sup> FRIEDRICH, Tatyana Scheila. Proteção dos direitos humanos: constitucionalização do direito internacional ou internacionalização do direito constitucional? **Revista Brasileira de Direito Internacional da UFPR**. Curitiba, v. 8, n. 8, jul./dez., 2008, p. 21.

<sup>297</sup> BENEDETTI, Andréa Regina de Moraes; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. Lei de anistia nos tribunais superiores: o estado da arte do necessário diálogo entre jurisdições no Brasil. In: CUNHA, José Sebastião Fagundes (Org.). **O direito nos tribunais superiores**: com ênfase no novo direito processual civil - estudos em homenagem a Sérgio Luiz Kukina. Curitiba-Paraná: Bonijuris, 2014, v.1, p. 145.

<sup>298</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 346.

assistentes do autor) podem exercitar todas as faculdades processuais comumente existentes no processo civil interno. A sentença de procedência deve assegurar à vítima o gozo do direito violado e ainda estabelecer as formas de reparação das consequências da medida ou situação que haja configurado violação desses direitos<sup>299</sup>.

Os artigos 62 e 63 da Convenção Americana de Direitos Humanos preveem que a CIDH deve estabelecer a reparação devida e determinar o gozo do direito em questão. Nota-se, portanto, que o efeito de uma sentença de procedência em uma ação de responsabilidade internacional do Estado, por violação de Direitos no sistema interamericano contempla o dever de o Estado cumprir integralmente a sentença da Corte interamericana de Direitos humanos.

Inclusive, na literalidade do art. 63.1, a Convenção Americana de Direitos Humanos se preocupa com a *restitutio in integrum* em primeiro lugar, estipulando ser dever do Estado restaurar o gozo do direito ou liberdade violados. Havendo fixação de indenização pecuniária, há a previsão na Convenção de execução da parte da sentença que determinar tal indenização, de acordo com os procedimentos internos de execução de sentenças contra o Estado. Assim, “exige-se o cumprimento no sistema interamericano das necessárias obrigações de fazer e não-fazer exigidas para que a vítima possa fazer valer o seu direito violado”. E, portanto, não pode o Estado violador alegar impedimento de Direito interno, conforme, ainda, o art. 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos, que prevê o dever dos *Estados de* introduzir toda e qualquer medida interna necessária para o cumprimento desta Convenção.

Desse modo, “as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos devem ser totalmente cumpridas, existindo a obrigação internacional derivada de cumprir de boa-fé tais decisões”. De acordo com o art. 68 da Convenção, ademais, existem duas regras de execução de sentença prolatada por aquela Corte: “a primeira regra, tradicional em termos de execução de sentença internacional, estipula que a execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos depende da normatividade interna”. Incumbe, assim, a cada

---

<sup>299</sup> RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, jan./dez., 2009, 250.

Estado escolher a melhor forma, de acordo com seu Direito, de executar os comandos da CIDH<sup>300</sup>.

A segunda regra “é inovação do sistema interamericano” e consiste na menção da utilização das regras internas de execução de sentenças nacionais contra o Estado para a execução da parte indenizatória da sentença da Corte interamericana de Direitos humanos. Estabelece, pois, o art. 68, § 2º que as disposições da CIDH referentes a indenizações poderão ser executadas de acordo com o Direito interno de cada Estado-Parte. Ou seja, no caso de não cumprimento *sponte propria* das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, há a previsão do art. 65 da Convenção que possibilita à CIDH a inclusão dos casos em que o Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças no seu relatório anual à assembleia geral da OEA<sup>301</sup>.

Reconhecida a jurisdição obrigatória da CIDH no Brasil e a natureza obrigatória da decisão internacional, a problemática começa a se intensificar na presença de um fato que pode emergir da interação entre as decisões internas e a internacional: o (des)cumprimento das normas internacionais.

Retomando-se as bases estabelecidas acerca dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, é possível resgatar<sup>302</sup> os principais desafios a serem enfrentados pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, alguns deles já comentados, quais sejam: a universalidade do Sistema Interamericano; a independência dos órgãos do Sistema Interamericano; a jurisdição automática e compulsória da Corte Interamericana; efetividade do Sistema Interamericano; a sustentabilidade do Sistema Interamericano; a adoção de medidas internas visando à plena implementação das decisões internacionais no plano doméstico; e o fortalecimento do regime doméstico de proteção dos direitos humanos.

---

<sup>300</sup> RAMOS, André de Carvalho. Supremo tribunal federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, jan./dez., 2009, p. 270.

<sup>301</sup> RAMOS, André de Carvalho. Supremo tribunal federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, jan./dez., 2009, p. 255.

<sup>302</sup> PIOVESAN, Flávia. Diálogo no sistema interamericano de direitos humanos. **Revista Campo Jurídico**. Barreiras, n. 1, mar., 2013, p. 167.



Dentre os desafios elencados, no caso do Brasil, a pedra de toque no momento, em termos de jurisdição internacional, parece ser justamente a efetividade do sistema interamericano, dado o conflito das decisões do STF e da CIDH.

Perceba-se, prefacialmente, que dentre as funções exercidas pela Corte Interamericana, dois são os formatos pelos quais se cristalizam suas decisões: consultiva ou contenciosa.

São decisões consultivas aquelas que abrangem uma interpretação solicitada por qualquer Estado ou órgão da OEA sobre uma norma de direito humano ou uma opinião da Corte sobre uma lei interna de certo Estado.

São decisões derivadas do contencioso da Corte aquelas que condenam um Estado pela prática de ato violador de direitos humanos, podendo determinar, ainda o restabelecimento da situação anterior ao fato violador, a reparação das consequências da violação com a garantia de sua não repetição e o pagamento de indenização pecuniária como compensação pelos danos patrimoniais e extrapatrimoniais. E mais, podem se consubstanciar em obrigações de fazer especificamente relacionadas com os atos ou omissões perquiridos e condenados<sup>303</sup>.

Nesse passo, condenado um Estado, fixada a medida de reparação e, eventualmente, interpretada a sentença, passa a Corte a supervisionar o cumprimento de sua decisão, por meio do mecanismo de supervisão de sentença, dando por encerrado um caso somente quando o Estado violador cumprir integralmente o conteúdo da decisão que lhe foi condenatória, e caso não o cumpra, o Estado continua em débito internacional<sup>304</sup>.

A supervisão não tem forma rígida, mas em regra é marcada pela intervenção, *sponte propria* ou ordenada pela Corte, do país condenado e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Normalmente, também aquele que teve sua humanidade desrespeitada ou seu sucessor, por representação, participa do processo.

---

<sup>303</sup> OLIVEIRA, Diogo Pignataro de. Aplicação das sentenças de cortes internacionais no Brasil: a busca pela efetividade das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Digital Constituição e Garantias de Direitos**. v. 4, n. 2, 2011, p. 13.

<sup>304</sup> AFONSO, Livia de Paiva Ziti. A efetividade dos direitos fundamentais sociais pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: caso Brasil. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. v. 28, jan./jun., 2009, p. 33.

Após o transcurso de um período de tempo variável, que gira em torno de um ano, a partir da prolação da sentença, a supervisão culmina em uma resolução de cumprimento. Usualmente a Corte o faz em novembro, pouco antes de encerrar suas atividades. Na resolução, declara quais partes da condenação foram implementadas e quais não o foram. “As decisões que daí se seguem são variadas e estão intimamente vinculadas ao nível de inoperância do Estado condenado”<sup>305</sup>.

Pode a Corte, além de determinar providências acessórias, simplesmente reiterar o dever de cumprir a sentença ou, o que é mais grave, submeter a questão à Assembleia Geral. Somente quando o Estado cumpre integralmente o determinado o processo é arquivado. Ainda, “é interessante notar que, mesmo no curso de uma supervisão, podem ser impostas medidas cautelares”<sup>306</sup>.

Essa postura ativa, por sinal, é o mínimo que se pode exigir de uma autoridade judicial desprovida de meios executivos e que pretenda, de fato, contribuir para que o sistema que integra, alcance bons resultados. A coerção política que reveste o procedimento de supervisão é, por enquanto, o único instrumento internacional capaz de compelir um Estado reticente a observar a Convenção e implementar a condenação imposta.

Conforme já exposto, o Estado que descumprir a Convenção Americana de Direitos Humanos poderá sofrer a condenação da CIDH. O Estado, como sujeito de direito internacional, irá responder perante a Corte e ele, em sua integralidade, personificada na União, prestará contas pela eventual condenação.

É o que deflui do artigo 21, I da Constituição Federal, já que à União cabe a representação internacional do Estado brasileiro. Sendo a Presidência da República a representante da União, na forma do inciso VIII do art. 84 da Constituição Federal, é dela, em última análise, a atribuição para cumprir e buscar o cumprimento da condenação, sendo possível que a delegue aos seus órgãos auxiliares.

Essa providência foi, ainda que tangencialmente, determinada no Decreto n.º 4.433, de 18 de outubro de 2002, que, quando esteve vigente, conferiu à

---

<sup>305</sup> PÁDUA, Antônio de Maia. Supervisão e cumprimento das sentenças interamericanas. **Cuestiones constitucionales**. Universidad Nacional Autónoma de México Distrito Federal, México, n. 15, jul./dez., 2006, p. 192.

<sup>306</sup> PÁDUA, Antônio de Maia. Supervisão e cumprimento das sentenças interamericanas. **Cuestiones constitucionales**. Universidad Nacional Autónoma de México Distrito Federal, México, n. 15, jul./dez., 2006, p. 191.

Comissão de Tutela de Direitos Humanos da Secretaria de Estado, a que estava vinculada, o poder de adotar todas as medidas necessárias ao cumprimento da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Uma vez investida na função de adotar medidas necessárias ao cumprimento da Convenção, poderia, a partir de uma interpretação sistemática, adotar medidas para o cumprimento das decisões da Corte exaradas. Porém, derogada a norma na reforma administrativa promulgada pela Lei n.º 10.683, de 28 de maio de 2003, nenhum órgão executivo federal passou a contar com tal atribuição.

Assim, ainda que a responsabilidade recaia sobre a União, representante interna em face do pacto federativo, a condenação, em regra, será decorrente de atos ou omissões praticados pelos seus agentes. E mais, poderá advir uma condenação por atos de seus Poderes, dentre eles o Judiciário, e aqui é possível começar a delinear-se os dilemas que defluem da inexistência de um mecanismo voltado à execução de sentenças judiciais oriundas desses tribunais.

Tal postura, de inexistência de sistemática de implementação de sentenças internacionais, acarreta, para segmentos da doutrina, a exemplo de Pádua<sup>307</sup>, por si só, a responsabilidade do Estado brasileiro pela não formação de um aparato jurídico específico, capaz de permitir a execução judicial interna dos julgados condenatórios envolvendo o Brasil. Isso porque, a respeito da temática cumpre lembrar que o art. 68.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece que “a parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado”<sup>308</sup>.

A União, contudo, apesar de responsável pelas obrigações do Estado, nem sempre poderá praticar o ato determinado pela Corte, pois o respeito às obrigações internacionais não autoriza a quebra da forma federativa. Nesses casos, aos demais integrantes da República caberá concretizar a sentença na medida da competência fixada pelo regime constitucional, afinal a obrigação internacional recai sobre a federação da qual participam, e não apenas da pessoa jurídica que

---

<sup>307</sup> PÁDUA, Antônio de Maia. Supervisão e cumprimento das sentenças interamericanas. **Cuestiones constitucionales**. Universidad Nacional Autónoma de México Distrito Federal, México, n. 15, jul./dez., 2006, p. 191.

<sup>308</sup> OLIVEIRA, Diogo Pignataro de. Aplicação das sentenças de cortes internacionais no Brasil: a busca pela efetividade das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Digital Constituição e Garantias de Direitos**. v. 4, n. 2, 2011, p. 5.

personifica o Estado federal. Contudo, por ser garante, deve a União atuar com firmeza junto à unidade federativa<sup>309</sup>.

É justamente nesse ponto que os efeitos e impactos das decisões internacionais começam a aparecer do ponto de vista prático e para viabilizar as uma análise coerente, o estudo dos atos de implementação das sentenças da CIDH pelos Poderes internos precisa ser dividido em dois momentos. O primeiro, imediatamente a seguir, tratará da responsabilidade internacional decorrente de atos dos Poderes Executivo e Legislativo. Somente no capítulo seguinte será tratada a questão da responsabilidade internacional decorrente de atos praticados pelo Poder Judiciário, como opção metodológica que permite demarcar, com as tintas devidas, o chamado paradoxo do cumprimento pelo violador.

Nesse propósito, em termos de responsabilidade internacional é importante reconhecer que o Poder Executivo tem sofrido, até o momento, o maior impacto com as condenações da CIDH. Isso porque, ainda que não tenha, necessariamente, concorrido para o fato que ensejar a responsabilidade internacional, por ela responde, como representante externo da nação.

Assim, as consequências para a Administração Pública são sempre de maior expressão, uma vez que podem interferir inclusive quanto à imagem do país internacionalmente. Verifique-se o caso Damião Ximenes Lopes<sup>310</sup>, que resultou na primeira sentença da CIDH relacionada ao Brasil, em 2006, a partir da contatação de sua responsabilidade pela violação de determinados direitos humanos previstos na Convenção Americana. Dentre outros motivos, a condenação sobreveio para o Estado por deixar de julgar (punir) os culpados e de reparar os danos materiais e morais sofridos pelos familiares da vítima. A demora na prestação jurisdicional, ou seja, a omissão do Poder Judiciário, levou à condenação do Estado. Ademais, o Brasil violou os direitos humanos, ao não fiscalizar devidamente a clínica onde ocorreram os maus-tratos e a morte de Damião.

Houve condenação pecuniária em favor dos familiares da vítima e imposição de obrigações no sentido de desenvolver um programa de formação e

---

<sup>309</sup> PÁDUA, Antônio de Maia. Supervisão e cumprimento das sentenças interamericanas. **Cuestiones constitucionales**. *Universidad Nacional Autónoma de México Distrito Federal*, México, n. 15, jul./dez., 2006, p. 180.

<sup>310</sup> FRIEDRICH, Tatyana Scheila. Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: uma análise a partir do caso Damião Ximenes Lopes. **Revista Brasileira de Direito Internacional da UFPR**. Curitiba, v. 2, n. 3, jan./jun., 2006, p. 20.

capacitação para o pessoal médico, de psiquiatria e psicologia, de enfermagem e auxiliares de enfermagem e para todas as pessoas vinculadas ao atendimento de saúde mental, em especial sobre os princípios que devem reger o trato das pessoas portadoras de deficiência mental, conforme os padrões internacionais sobre a matéria.

Em 21/09/2009 a Corte determinou que o Brasil mantivesse aberto o procedimento de supervisão de cumprimento de sentença para garantir que o processo administrativo que investiga e visa punir os responsáveis pelos fatos surta seus efeitos legais. Determinou, ainda, que o país continuasse desenvolvendo o programa de formação e capacitação de pessoal médico, psiquiátrico, de enfermagem, auxiliares de enfermagem, pessoas vinculadas à saúde mental segundo os princípios internacionais sobre a matéria<sup>311</sup>. A CIDH entendeu que o Brasil, ao reportar o cumprimento da decisão, informou de modo genérico sobre as ações de capacitação de pessoal e que a sentença penal emitida ainda não tem trânsito em julgado, razões pela qual deveriam ser mantidas as ações de supervisão da sentença. A Corte determinou, por fim, que o Brasil adotasse as medidas necessárias para dar cumprimento à sua sentença de mérito de 04/07/2006, considerada, portanto, ainda pendente de execução<sup>312</sup>.

Já no expressivo caso Gomes Lund<sup>313</sup>, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Estado brasileiro pelo desaparecimento forçado de 62 pessoas durante a Guerrilha do Araguaia (1967-1974). Dentre as várias determinações da Corte, destacam-se a obrigação “de investigar os fatos, julgar e, se for o caso, punir os responsáveis e de determinar o paradeiro das vítimas” e o dever de possibilitar “o acesso, a sistematização e publicação de documentos em poder do Estado” sobre a guerrilha. Com isso, o Brasil foi responsabilizado

---

<sup>311</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: *resolución de la corte interamericana de derechos humanos de 17 de mayo de 2010. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. 2011, p. 9.

<sup>312</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: *resolución de la corte interamericana de derechos humanos de 17 de mayo de 2010. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. 2011, p. 9.

<sup>313</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 24 de novembro de 2010. **Caso Gomes Lund e outros: guerrilha do Araguaia vs. Brasil**. 2010, p. 25.

internacionalmente pela violação de direitos humanos e garantias judiciais nesse conflito ocorrido durante a ditadura militar.

O cumprimento dessa sentença internacional ainda está em curso no país, implicando uma série de medidas que foram tomadas pelo governo brasileiro e pela sociedade civil. O primeiro relatório de cumprimento foi apresentado pelo Brasil à CIDH, em 14 de dezembro de 2011, tendo sido considerado que o país deu cumprimento parcial a vários dispositivos, devendo ser mantido aberto o procedimento de supervisão do cumprimento da sentença exarada<sup>314</sup>.

O caso Gomes Lund consiste, no momento, na pedra de toque no debate entre a acomodação de entendimentos entre órgãos judiciais internos e internacionais, uma vez que pairam no ordenamento brasileiro duas decisões contrárias acerca da Lei de Anistia no Brasil. Isso porque em 29 de abril de 2010, decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF) que a Lei de Anistia anistiou os torturadores que atuaram contra movimentos de resistência à ditadura militar<sup>315</sup>. Paralelamente, entretanto, em instância supranacional, já tramitava o referido caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) *versus* Brasil, de modo que, em sentença proferida em 24 de novembro de 2010, o Brasil foi condenado, em face da decisão do Supremo, acima referida<sup>316</sup>.

Foi uma derrota contundente para o Estado brasileiro, de modo que o posicionamento do Poder Judiciário interno, contrário ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, longe de trazer pacificação social, continua causando conflito. Ademais, a existência de duas sentenças no Brasil, uma interna (STF) e outra internacional (CIDH), ambas proferidas por Cortes com jurisdição na ordem interna, tratando do mesmo assunto, mas com decisões completamente díspares, causou profunda reação social.

---

<sup>314</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos. Resolução da corte interamericana de direitos humanos de 17 de outubro de 2014. **Caso Gomes Lund e outros: guerrilha do Araguaia vs. Brasil. Supervisão de cumprimento de sentença.** 2014, p. 26.

<sup>315</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência.** 2010, p. 153.

<sup>316</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 24 de novembro de 2010. **Caso Gomes Lund e outros: guerrilha do Araguaia vs. Brasil.** 2010, p. 26.

Diferentes atores sociais reagiram, como na campanha “Cumpra-se”, intitulada como um esforço cidadão de indivíduos, coletivos, entidades e movimentos sociais, para que a sentença Gomes Lund da CIDH fosse cumprida integralmente, visando à afirmação dos direitos humanos no Brasil. Tal campanha contou com participação de inúmeros setores da sociedade civil organizada, desde Associação Brasileira de Organizações não Governamentais (ABONG), Ordem dos Advogados do Brasil, Associação Juízes para a Democracia (AJD), Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos, passando pela Comissão Justiça e Paz da Arquidiocese de São Paulo, chegando até mesmo à imprensa. Reuniu, portanto, Igreja, juízes, imprensa, OAB e sociedade em geral<sup>317</sup>.

Dentre os juristas não foi diferente a reação, pelo fato de o Brasil ser o único na América Latina “que não processou, nem mesmo abriu inquéritos, contra agentes públicos que cometeram crimes durante o período de exceção”, como afirmou Fábio Konder Comparato durante audiência pública da Comissão da Verdade paulista, na Assembleia Legislativa<sup>318</sup>.

De igual modo o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil questionou sobre as providências que foram adotadas pelo governo brasileiro para cumprir a sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio do presidente nacional da OAB, em ofício ao ministro da Justiça.

Expressivo, ademais, o trabalho das Comissões da Verdade no país, que foram sendo implantadas, como o caso da Universidade de São Paulo (USP) que instituiu a Comissão da Verdade, destinada a examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos, praticadas durante a ditadura militar, contra docentes, alunos e funcionários não docentes da Universidade. Ilustrativo da reação social, ainda, o Fórum Paranaense de Resgate da Verdade, Memória e Justiça, que somando-se aos esforços da Comissão Nacional da Verdade, pretendeu “ajudar a

---

<sup>317</sup> BENEDETTI, Andréa Regina de Moraes; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. As fontes de direito e o cumprimento das decisões da corte interamericana de direitos humanos no Brasil: o caso Gomes Lund. **Revista UNIFAMMA**. v. 14, 2015, p. 44.

<sup>318</sup> BENEDETTI, Andréa Regina de Moraes; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. As fontes de direito e o cumprimento das decisões da corte interamericana de direitos humanos no Brasil: o caso Gomes Lund. **Revista UNIFAMMA**. v. 14, 2015, p. 44.

escrever a história das violações dos direitos humanos no Paraná, fazendo deste processo, ao mesmo tempo, um momento de debate e reflexão”<sup>319</sup>.

Importante observar, ainda, que a decisão condenatória da CIDH, no caso Gomes Lund, impôs expressiva movimentação em termos legislativos e de políticas executivas com impacto orçamentário. Assim, em face da condenação no caso Gomes Lund, o Grupo de Trabalho Araguaia (GTA) foi instituído por meio de portaria ministerial, com o fim de coordenar e executar as atividades necessárias à localização, ao recolhimento e à identificação dos corpos das vítimas no episódio da Guerrilha do Araguaia. Nesse Grupo os recursos públicos empregados alcançaram a ordem de R\$ 4.615.178,19 (quatro milhões, seiscentos e quinze mil, cento e setenta e oito reais e dezenove centavos).

Ademais, ao longo de 2011, foram realizadas expedições para exploração de cemitérios clandestinos, “escaneando-se uma área de 341,20m<sup>2</sup> e escavada uma área de 217,78m<sup>2</sup>, totalizando 459,07m<sup>2</sup> de área explorada” sendo que, “entre civis e militares, contribuindo nas atividades da coordenação, da ouvidoria, da perícia e de apoio logístico, mobilizou-se (*sic*) aproximadamente 180 pessoas e de aproximadamente R\$ 1.700.000,00 de orçamento federal”. O Estado assegurou e custeou, a cada expedição, a participação de até três familiares das vítimas, tendo participado “peritos e profissionais técnicos das áreas de antropologia, de criminalística, de geofísica, de geologia, de genética, de arqueologia e de engenharia florestal, além de médicos e de dentistas, desenvolveram trabalhos em várias frentes”. Compuseram as equipes servidores de “órgãos como o Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça, a Polícia Civil do Distrito Federal, a Força Nacional de Segurança Pública, a Universidade de Brasília, a Universidade Federal do Ceará e a Universidade de São Paulo”<sup>320</sup>.

No âmbito da oferta de tratamento médico e psicológico às vítimas, também determinado pela sentença da CIDH, o Estado brasileiro providenciou que o Ministério da Saúde e a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência delineassem um plano para realizar o atendimento das demandas, institucionalizado por meio de portaria interministerial entre os dois órgãos e também por meio das chamadas

---

<sup>319</sup> UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ (UFPR). **Fórum paranaense de resgate da verdade, memória e justiça**. 2013.

<sup>320</sup> BRASIL. Relatório de cumprimento da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Júlia Gomes Lund e outros: guerrilha do Araguaia vs. Brasil**. 2011, p. 20.



Clínicas de Testemunho<sup>321</sup>, cujo exemplo será retomado na discussão levada a termo no capítulo 4.

Na esfera da capacitação em direitos humanos, dirigida a todos os níveis hierárquicos das Forças Armadas, imposta pela condenação internacional, o Ministério da Defesa elaborou um curso de direitos humanos para as Forças Armadas com amplo currículo.

Por fim, no campo das indenizações, a Advocacia-Geral da União (AGU) depositou inicialmente em juízo o valor de US\$ 1,28 milhão (cerca de R\$ 2,58 milhões à época) destinado às famílias das vítimas, e abriu outros processos indenizatórios para os herdeiros que ainda seriam localizados.

No tocante ao Ministério Público, foi constituído o Grupo de Trabalho Justiça de Transição, pela portaria 21 da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, em 25 de novembro de 2011, tendo sua composição ampliada e modificada por portarias posteriores, com a incumbência de examinar os aspectos criminais da sentença da CIDH no caso Gomes Lund vs. Brasil, com o objetivo de fornecer apoio jurídico e operacional aos Procuradores da República para investigar e processar casos de graves violações a Direitos Humanos cometidas durante o regime militar<sup>322</sup>.

No âmbito legislativo, aprovou-se, ainda, em cumprimento às determinações de medidas de informação e divulgação, a Lei n.º 12.527/2011 (Lei de Acesso a Informações Públicas) e foram promovidas alterações ao acesso ao Arquivo Nacional. A partir da Lei nº 12.528/2011, ademais, foi criada a Comissão Nacional da Verdade.

São dados expressivos a serem computados e geridos pelo Poder Público impostos por uma sentença internacional, razão pela qual a recepção das decisões internacionais no ordenamento brasileiro é um tema presente na agenda governamental.

Note-se que os dois casos, aqui descritos, são condenações da CIDH contra o Estado brasileiro que envolvem, subsidiariamente, o Poder Judiciário,

---

<sup>321</sup> Conforme a chamada pública para contratação de profissionais, as Clínicas do Testemunho foram criadas pelo Governo brasileiro para prover apoio e atenção psicológica a atingidos por atos de exceção entre os anos de 1946 e 1988, bem como a seus familiares.

<sup>322</sup> DODGE, Raquel Elias Ferreira. **Grupo de trabalho justiça de transição**: atividades de persecução penal desenvolvidas pelo Ministério Público Federal: 2011-2013. Brasília: MPF/2ª CCR, 2014, p. 1.

destacando a importância da discussão, na sequência, do paradoxo do cumprimento pelo violador. Existem, contudo, as chamadas recomendações da CIDH, expedidas na forma de resoluções, sendo o Caso do Complexo de Curado exemplar nesse sentido, já que envolve a importante discussão em torno das políticas públicas carcerárias e ilustra influência crescente das medidas judiciais internacionais na ordem interna dos Estados. A expedição de uma resolução é uma medida anterior à sentença, com finalidade preventiva, e o caso dos presídios merece análise.

Assim, por meio de resolução, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 22 de maio de 2014, impôs medidas provisórias ao Brasil no caso Complexo Penitenciário de Curado. Denomina-se Complexo de Curado a divisão do Presídio Professor Aníbal Bruno – que já havia sido objeto de medidas cautelares anteriores por parte da Comissão Interamericana – em três unidades, as quais passaram a denominar-se Presídio Juiz Antonio Luiz Lins de Barros (PJALLB), Presídio Marcelo Francisco de Araújo (PAMFA) e Presídio Frei Damião de Bozzano (PFDB), todas com funcionamento independente<sup>323</sup>.

Diante das condições totalmente inadequadas às normas de direitos humanos, a CIDH requereu que

o Estado adotasse, de forma imediata, todas as medidas que fossem necessárias para proteger eficazmente a vida e a integridade pessoal de todas as pessoas privadas de liberdade no Complexo de Curado, assim como de qualquer pessoa que se encontrasse naquele estabelecimento, incluindo os agentes penitenciários, funcionários e visitantes<sup>324</sup>.

A Corte Internacional já havia emitido, em 2011, resolução em que expressamente requeria a reforma e construção de novos estabelecimentos de detenção no Estado de Pernambuco, assim como medidas para melhorar o atendimento de saúde dentro dos centros de detenção, combater os supostos atos

---

<sup>323</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: resolução de la corte interamericana de derechos humanos de 17 de outubro de 2015. **Medidas provisórias a respeito do Complexo Penitenciário de Curado**. 2015, p. 3.

<sup>324</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos. Resolução da corte interamericana de derechos humanos de 17 de outubro de 2014. **Caso Gomes Lund e outros: guerrilha do Araguaia vs. Brasil**. Supervisão de cumprimento de sentença. 2014, p. 7.

de tortura e tratamentos cruéis, melhorar a gestão de todo o sistema carcerário e as condições de segurança especificamente no Complexo de Curado<sup>325</sup>.

Ao reanalisar a questão, chamou a “atenção da Corte o elevado número de mortes violentas e de denúncias de graves de atos de suposta tortura ocorridos nesse estabelecimento carcerário durante todo o ano de 2013 e os primeiros meses de 2014”. Ademais, “o próprio Estado reconheceu a existência de mais de 1.180 casos suspeitos de tuberculose e 35 casos suspeitos de lepra entre aproximadamente 2.900 internos no Presídio Juiz Antônio Luiz Lins de Barros”<sup>326</sup>.

Foram esses os fatos que motivaram a resolução da Corte, em 2014, no sentido de requerer medidas urgentes para garantia de atendimento médico adequado às pessoas doentes e também garantia que os demais internos e pessoas presentes nesse centro penitenciário não fossem contagiados. Especificamente:

O Tribunal considera imprescindível que o Estado adote medidas de curto prazo a fim de: a) elaborar e implementar um plano de emergência em relação à atenção médica, em particular, aos reclusos portadores de doenças contagiosas, e tomar medidas para evitar a propagação destas doenças; b) elaborar e implementar um plano de urgência para reduzir a situação de superlotação e superpopulação no Complexo de Curado; c) eliminar a presença de armas de qualquer tipo dentro do Complexo de Curado; d) assegurar as condições de segurança e de respeito à vida e à integridade pessoal de todos os internos, funcionários e visitantes do Complexo de Curado, e e) eliminar a prática de revistas humilhantes que afetem a intimidade e a dignidade dos visitantes.

Ocorre que em face de novas mortes em rebeliões no presídio, a CIDH convocou o Estado brasileiro para uma audiência pública, em 28 de setembro de 2015, com o objetivo de receber explicações sobre a onda de violência e mortes no Complexo Prisional do Curado, no Recife. Isso coloca o caso dos presídios no Brasil, dada sua escalada de violação aos direitos humanos, como o mais forte candidato a uma nova condenação da CIDH contra o Estado brasileiro, desvelando

---

<sup>325</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos. Resolução da corte interamericana de direitos humanos de 17 de outubro de 2014. **Caso Gomes Lund e outros: guerrilha do Araguaia vs. Brasil.** Supervisão de cumprimento de sentença. 2014, p. 7.

<sup>326</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos. Resolução da corte interamericana de direitos humanos de 17 de outubro de 2014. **Caso Gomes Lund e outros: guerrilha do Araguaia vs. Brasil.** Supervisão de cumprimento de sentença. 2014, p. 7.

o desafio posto à prova da Administração Pública no cumprimento das decisões internacionais.

Ora, resta evidente a ingerência do órgão jurisdicional internacional na seara da implementação de políticas públicas, o que evidencia que a implementação das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos é um tema de suma importância para o Estado-administração, colocando em destaque, inclusive, a necessidade de um apurado controle de convencionalidade não só das leis, mas também dos atos administrativos.

Finalmente, os desafios nessa truncada engrenagem institucional só aumentam. Isso porque em setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal (STF) concedeu parcialmente cautelar solicitada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347<sup>327</sup> que pedia providências para a crise prisional do país, a fim de determinar aos juízes e tribunais que passassem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas, contadas do momento da prisão. A decisão envolveu a discussão da tese do “estado de coisas inconstitucional”<sup>328</sup>, medida desenvolvida pela Corte Nacional da Colômbia, decisão que identificou um quadro insuportável e permanente de violação de direitos fundamentais, a exigir intervenção do Poder Judiciário de caráter estrutural e orçamentário.

Frise-se que somente Estados podem ser réus perante a CIDH<sup>329</sup>, ou seja, não se trata de uma corte criminal que julgaria indivíduos autores das violações

---

<sup>327</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. 2015.

<sup>328</sup> A partir da tese do “Estado de Coisas Inconstitucional” outro expressivo debate para a Teoria Constitucional está em curso no país, mas refogem aos limites desta tese. Demonstrem, contudo, que novamente o mesmo problema está sendo discutido na instância interna e na internacional.

<sup>329</sup> “A vítima (ou seus representantes) possui somente o direito de petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que possui sete comissários e sede em Washington (EUA). A Comissão analisa tanto a admissibilidade da demanda (há requisitos de admissibilidade, entre eles, o esgotamento prévio dos recursos internos) quanto seu mérito. Caso a Comissão archive o caso (demanda inadmissível, ou quanto ao mérito, infundada) não há recurso disponível à vítima. Pode também a Comissão propor às partes (Estado e vítimas) uma solução amistosa da controvérsia, devendo zelar, contudo, que a vítima de violação de direitos humanos não tenha seus direitos amesquinados no futuro acordo. No caso de inexistir solução amistosa e a Comissão entender que houve violação de direitos humanos, há a adoção do chamado Primeiro Relatório ou Informe (confidencial), no qual se sugerem as medidas de reparação a serem adotadas pelo Estado infrator. Por sua vez, caso o Estado não tenha reconhecido a jurisdição da Corte de San José e não cumpra as recomendações do ‘Primeiro Informe’, caberá tão-somente à Comissão a adoção do Segundo Informe ou Relatório, público, que será encaminhado à Assembleia-Geral da OEA. Caso, por outro lado, o Estado tenha já

de direitos humanos. Julga-se o Estado, por sua conduta comissiva ou omissiva, que viole direitos protegidos, como já explicado. No que tange aos indivíduos que cometeram as violações, a Corte, em jurisprudência tradicional de mais de vinte anos, “exige dos Estados condenados plena e vigorosa punição criminal dos indivíduos autores dos delitos, o que serviria de garantia de não-repetição de tais condutas”<sup>330</sup>.

Além de apreciar ações de responsabilidade internacional de Estados por violações de direitos humanos, a Corte possui ainda jurisdição consultiva, ou seja, pode ser chamada a emitir pareceres ou opiniões consultivas sobre a interpretação e aplicação de normas internacionais de direitos humanos, tendo sido já emitidos 19 pareceres consultivos (até o primeiro semestre de 2008).

Apesar de não serem vinculantes tais pareceres, cabe salientar que cumprir a interpretação da Corte é importante para que se evite posterior ação de responsabilização por violação de direitos humanos. A responsabilidade principal pela implementação dos direitos humanos é sempre do Estado, sendo a esfera internacional subsidiária e não se reveste em solução de todos os casos. Sua função básica é servir de “último recurso” às vítimas e alerta aos governantes de que suas políticas não mais serão insuscetíveis de avaliação crítica. No Brasil, o próximo passo deve ser a aprovação de uma lei sobre execução das deliberações internacionais de direitos humanos, restando clara, quer no texto normativo, quer nas mentes dos operadores do Direito, a imperiosa necessidade de se cumprir, integralmente, as decisões internacionais que concretizam os direitos de todos<sup>331</sup>.

---

reconhecido a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Comissão, em até três meses contados do envio do Primeiro Informe sem que o Estado adote suas recomendações de reparação às vítimas, pode interpor uma ação de responsabilidade internacional contra o Estado infrator na Corte. Outra hipótese de ser o caso apreciado pela Corte ocorre se algum Estado, no exercício de uma verdadeira *actio popularis*, ingressar com uma ação contra o Estado violador. Efetivamente, a Comissão é responsável, até hoje, pela propositura de todos os casos contenciosos na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Após a propositura da ação, há observância do exercício do contraditório e defesa, com plena instrução probatória até se chegar à prolação de uma sentença de procedência ou improcedência pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”. RAMOS, André de Carvalho. O Brasil no banco dos réus: dez anos do reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 16, n. 190, set., 2008, p. 11.

<sup>330</sup> CARVALHO RAMOS, André de. **Processo internacional de direitos humanos**: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002, p. 13.

<sup>331</sup> RAMOS, André de Carvalho. O Brasil no banco dos réus: dez anos do reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 16, n. 190, set. 2008, p. 11.

Dessarte, realizada a travessia pela jurisdição obrigatória da CIDH no Brasil, como resultado da responsabilidade internacional dos Estados e do conseqüente aperfeiçoamento dos Sistemas de Proteção de Direitos Humanos, com ênfase aos efeitos sofridos pelos Poderes Executivo e Legislativo, resta demonstrada a necessidade de criação de um órgão de implementação das sentenças da CIDH no Brasil. Tal criação é necessária sobretudo quando confrontada aos valores protegidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Parte-se, agora, para o segundo momento que o estudo da necessidade de criação do referido órgão precisa enfrentar: a questão do papel ocupado pelo Poder Judiciário interno ante o Poder Judiciário internacional, motivo pelo qual é necessário discutir, de modo original, as nuances do paradoxo do cumprimento pelo violador.

#### 4 O PARADOXO DO CUMPRIMENTO PELO VIOLADOR

A presente tese propõe a criação de um mecanismo da implementação das sentenças da CIDH. Para tanto, apresentou o contexto no qual se insere o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos, com ênfase para a CIDH, deixando clara, especialmente, sua jurisdição no Brasil. Esse entendimento evidencia a primeira parte do âmbito da necessidade de criação de um órgão de implementação das sentenças da CIDH no Brasil, que compõe o já citado binômio *possibilidade/necessidade de implementação*.

O reconhecimento da jurisdição da CIDH no Brasil, contudo, leva à segunda discussão no âmbito da *necessidade* de implementação: como se qualifica o Poder Judiciário interno nesta jornada? Qual o tratamento judicial conferido aos direitos humanos no Brasil? Assim, o objetivo do capítulo é demonstrar porque deixar a implementação das sentenças da CIDH no Brasil exclusivamente sob responsabilidade do Poder Judiciário é um paradoxo, sobretudo quando este Poder for o violador do Direito Internacional. Para tanto, primeiramente discorre sobre o posicionamento recente de juízes e tribunais brasileiros sobre questões já decididas pela CIDH e depois, por pertinência temática, analisa especificamente o caso da violação à presunção da inocência pelo STF e o conflito dessa decisão com normas internacionais.

Nesse rumo, a atuação do Poder Judiciário brasileiro, para se coadunar à prevalência dos direitos humanos, deve ser de estrito respeito ao compromisso com as normas de proteção da dignidade humana insculpidas em documentos internacionais. No caso brasileiro, o STF pareceu transitar de braços dados com esta filosofia, tanto que reconheceu a supralegalidade dos tratados de direitos humanos, no findar do ano de 2008. Poderia ter ido além, por certo, equiparando os tratados de direitos humanos às normas constitucionais, mas de todo modo, não se divorciou, por completo, de uma concepção contemporânea de direitos humanos.

O nó górdio, contudo, se apresenta no emblemático caso da Lei de Anistia, que resultou na já analisada sentença Gomes Lund, configurando-se, até o momento, no obstáculo de maior envergadura que o diálogo entre Cortes no Brasil precisará enfrentar.

A presente tese, repita-se, não intenta discutir a quem pertence a última palavra nesse embate de Cortes, tampouco tratar das questões atinentes à Lei da Anistia<sup>332</sup>, do caso Gomes Lund. O estudo discute as bases para um mecanismo de implementação das sentenças da CIDH que permita fortalecer o Sistema Interamericano em sua totalidade, independentemente da natureza da decisão. Esse fortalecimento do Sistema, por meio da implementação de suas decisões, não poderá se furtar ao enfrentamento do chamado paradoxo do cumprimento pelo violador.

#### 4.1 OS CONTORNOS DO PARADOXO: DUAS JUSTIÇAS PARA UM SÓ DIREITO

A Corte Interamericana de Direitos Humanos possui jurisdição obrigatória no Brasil. Ainda que subsidiária (ou seja, só irá atuar quando o Estado falhar), uma vez proferida sentença, ela deve ser cumprida internamente. Ou isso, ou o Brasil não obedece o comendo constitucional da prevalência dos Direitos Humanos e tantos outros dispositivos que remetem à observância dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, conforme aqui já discutido.

Nesse sentido, os mecanismos atuais de cumprimento e execução interna contenciosa das decisões da Corte necessariamente seguem as regras tradicionais internas de execução de sentença pelo Poder Judiciário. Antônio Augusto Cançado Trindade, já em 1998, alertava que “urge que os Estados partes na Convenção Americana se equipem devidamente, no âmbito de seu direito interno, para dar fiel e pleno cumprimento às sentenças da Corte Interamericana”, o que até o momento não ocorreu. E mais, que as vítimas de violações de direitos humanos socorridas pela CIDH ainda não têm “inteira e legalmente assegurada a execução das sentenças respectivas no âmbito do direito interno dos Estados demandados. Cumpre remediar prontamente esta situação”<sup>333</sup>.

---

<sup>332</sup> Sobre o assunto: 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. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

<sup>333</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 56.



Firme nesse propósito, cabe aduzir que o paradoxo do cumprimento pelo violador consiste no enfrentamento de que o Poder Judiciário brasileiro, como Poder da República, pode praticar ato ilícito internacional, capaz de atrair para o Estado a responsabilidade internacional e, conseqüentemente, uma condenação advinda de sentença internacional. Os mecanismos atuais de cumprimento e execução interna contenciosa das decisões da CIDH no Brasil, necessariamente, seguem as mesmas regras de execução da sentença interna, pelo Poder Judiciário. Ou seja, não existe, no país, um órgão específico de implementação das sentenças da CIDH.

Dessas duas premissas deflui que o cumprimento das sentenças internacionais pelo Poder Judiciário brasileiro, proferidas em casos que reconhecem esse mesmo Poder como autor de ato ilícito internacional, entrega ao violador o cumprimento de uma decisão em que ele próprio, indiretamente, foi condenado.

Melhor explicando, o indivíduo, que não encontrou socorro judicial para as violações de direitos humanos que sofreu internamente e foi amparado pela sentença internacional, vê-se, no presente momento, obrigado a bater às portas do mesmo Judiciário violador, para exigir suas reparações. Da mesma forma o povo brasileiro, indiretamente beneficiado pelas sentenças.

No caso brasileiro, no tocante às condenações pela CIDH, cujo conteúdo envolva obrigação de fazer ou não fazer, é possível o manejo de mandado de segurança ou, mesmo, procedimentos previstos no Código de Processo Civil.

No que diz respeito ao pagamento de indenização justa à parte lesada, o entendimento tem sido de que a execução de sentenças da CIDH contra o Estado brasileiro, seguirá o rito das execuções contra a Fazenda Pública, sujeitando-se, por conseguinte, ao sistema de precatórios. Tal sistema é o método pelo qual a Fazenda Pública brasileira paga suas dívidas, por meio de requisição do Poder Judiciário. Desse modo, por previsão constitucional, os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, são feitos exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios<sup>334</sup>.

Internamente a questão dos precatórios é polêmica e controversa, diante da possível demora no cumprimento das obrigações pecuniárias por parte da

---

<sup>334</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; BENEDETTI, Andréa Regina de Moraes; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. A recepção no Brasil das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos: desafios ao estado brasileiro. **Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo**. v. 14, 2014, p. 60.

Administração Pública e os seguidos prejuízos impostos ao credor de dívidas em face do Estado. Maior proporção atingiria a questão no caso de sentenças internacionais, sobretudo aquelas condenatórias em face de atos praticados pelo Poder Judiciário, justamente pela demora da entrega da prestação jurisdicional.

É fato, por certo, que o Brasil tem se esforçado para cumprir espontaneamente parte das decisões em que foi condenado pela CIDH, especialmente as pecuniárias, mas isso não induz ao conformismo de achar que os direitos humanos estarão assegurados e garantidos nessa sistemática.

Verifique-se tão somente a discussão que envolve o já referido conflito entre os julgamentos da CIDH e da ADPF 153 pelo STF, no que se refere à Lei de Anistia. A questão ganha relevo quando se observa o ressoar da decisão da ADPF nas instâncias inferiores ao Supremo<sup>335</sup>.

No chamado Caso Riocentro, em decisão judicial monocrática a Justiça Federal do Rio de Janeiro recebeu denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal brasileiro no conhecido caso ‘Atentado ao Riocentro’, imputando aos réus acusados pelo atentado, os crimes de tentativa de homicídio doloso, associação em organização criminosa, transporte de explosivos, favorecimento pessoal e fraude processual. Segundo a decisão monocrática, “passados 50 anos do golpe militar de 1964, já não se ignora mais que a prática de tortura e homicídios contra dissidentes políticos naquele período fazia parte de uma política de Estado, conhecida, desejada e coordenada pela mais alta cúpula governamental”. Ainda, trata-se, de um episódio que deve ser contextualizado como parte de uma série de crimes imputados a agentes do Estado no período da ditadura militar brasileira, com o objetivo de atacar a população civil e perseguir dissidentes políticos, em que, não bastasse a natureza de costume internacional conferida à imprescritibilidade destes crimes, se está diante de verdadeiro *ius cogens*, que não pode ser ignorado pelos Estados<sup>336</sup>.

---

<sup>335</sup> Sobre os desafios da Justiça de Transição especificamente no caso da lei de anistia no Brasil, é importante conferir CALDAS, Roberto de Figueiredo. Poder judiciário, desafios transicionais e leis de anistia: a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **Coleção direito internacional multifacetado: convergências e divergências entre ordens jurídicas**. v. 4. Curitiba: Juruá, 2015, p. 97.

<sup>336</sup> BENEDETTI, Andréa Regina de Moraes. Anistia, inimigo e Judiciário: (im) possibilidades do acordo político no estado de exceção. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte. n. 64, jan./jun., 2014, p. 96.

Ocorre que, em julho de 2014, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região<sup>337</sup> trancou por meio de Habeas Corpus a ação penal, aduzindo, dentre outros pontos que:

Anote-se a total impertinência da tese esposada pela decisão que recebeu a denúncia, com base em entendimento do Tribunal de Nuremberg. Não se aplica aqui no Brasil decisão de tribunal alienígena, como norma cogente. Serve, claro, como conclusão a ser pensada, meditada, mas não com a amplitude vista pela D. Juíza. [...] Evidente que tudo isso é pura esdruxularia, com a devida venia, sem deixar de considerar a beleza do raciocínio da decisão impugnada, digna mesmo de figurar na mídia espetaculosa como histórica decisão, não só pelo ineditismo como pelo notável sentimento de justificação, perigosamente em voga atualmente.

E prossegue o magistrado, “para fins eminentemente didáticos”, nas suas palavras, “considerando que muitos dos atuais atores processuais na época eram infantes”, transcrevendo trechos do site *averdadesufocada*:

As autoridades estavam preocupadas com os movimentos que se opunham à contrarrevolução que, inicialmente, se limitavam a arruaças de estudantes e operários, infiltrados por doutrinadores comunistas. A preocupação crescia, pois pouco a pouco aumentavam os assaltos de grande vulto em bancos e carros pagadores. Mesmo assim, não imaginavam que esses movimentos assumiriam consequências mais sérias como as que estavam prestes a abalar o país. [...] À toda evidência, e como se não bastasse aqui não ser lei decisão de tribunal de fora, os atos atrabiliários – e assim se enquadram os praticados no caso Riocentro, no âmago, na intenção, na vontade, e também no resultado, estão abissalmente distantes de atos de extermínio de seres humanos considerados inferiores, e dos demais atos analisados pelo tribunal referido na decisão de 1º grau, enfim não há como estender-se a nós como norma cogente qualquer decisão estrangeira, senão, por absurdo, teríamos de admitir a incidência no Brasil da legislação alienígena, e não só a repressiva, mas também a permissiva. Não pode, em resumo, e por exemplo, aqui ser adotada a Lei de Talião, também as adúlteras não podem ser chicoteadas como permitido em alguns países, não cabe pena de morte a adversários políticos, assim como, ao contrário de alguns países, que até permitem ao pai tirar e com violência a vida de filho em caso de apostasia, aqui pode sim, e sem qualquer consequência, renunciar-se a qualquer religião. O Poder Judiciário, e os demais atores imprescindíveis à Justiça, não devem despender mais energia com fatos já definitivamente perdoados, e a ambos os lados, tanto o amparado pela lei da época quanto os fora dela, por atos praticados durante o chamado período de exceção, não podendo ser desprezada a legítima anistia conferida pelo povo brasileiro a ambos os lados, tampouco os demais institutos do nosso Direito<sup>338</sup>.

<sup>337</sup> BRASIL. Poder judiciário. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. Relator: Desembargador Federal Ivan Athié. **Autos nº 201402010056847**. 30 jul. 2014.

<sup>338</sup> BENEDETTI, Andréa Regina de Moraes. Anistia, inimigo e Judiciário: (im)possibilidades do acordo político no estado de exceção. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 64, jan./jun. 2014, p. 96.

Já no caso chamado Ustra<sup>339</sup>, em 2005 a família Teles ajuizou ação civil declaratória contra Carlos Alberto Brilhante Ustra, comandante do DOI-Codi, hoje falecido, na capital paulista entre 29/9/70 e 23/1/74, visando vê-lo responsabilizado por danos morais decorrentes de tortura durante a ditadura militar. Em 1972, Maria Amélia Teles, o marido dela, César Teles, e a irmã Criméia de Almeida foram presos e torturados no DOI-Codi. Os filhos do casal, Janaína e Edson, com cinco e quatro anos, respectivamente, também ficaram em poder dos militares. Em outubro de 2008, sentença declarou Ustra como responsável por torturas no DOI-Codi durante a ditadura.

No Recurso Especial n.º 1.434.498, em 21 de agosto de 2014, contudo, os ministros Nancy Andrighi e João Otávio de Noronha entenderam que a Lei da Anistia proíbe a responsabilização na esfera judicial de agentes do Estado em razão crimes ocorridos na ditadura. Para eles, apenas é possível pedir a responsabilização no âmbito administrativo, dentro da Comissão Nacional da Verdade (CNV), sob os seguintes argumentos sobre a Lei de Anistia:

Não sem dor, não sem sacrifícios, não sem deixar cicatrizes deu aos brasileiros um passo importante e necessário para romper definitivamente com aquele triste passado, para reescrever a história pensando no futuro. [...] foi uma benção para o país, na medida em que nos desarmou, nos libertando das amarras da vingança, sem as quais jamais poderíamos recomeçar. É preciso reconhecer ademais o esquecimento dos anistiados. Eles foram legitimamente perdoados pela sociedade, ainda que os fatos sobrevivam como verdade histórica, que nunca se apaga da memória do povo. [...] O direito ao esquecimento não se apresenta como leniência com os fatos cometidos, mas a eternização de conflitos entre particulares traz efeito pernicioso à pacificação nacional pretendido com o fim do regime militar<sup>340</sup>.

E assim, o voto negava os pedidos, evitando que “a decisão judicial fosse um certificado que se pendura na parede para imortalizar o mal feito do agente”, pugnando pelo provimento ao REsp e extinção do processo<sup>341</sup>. Ainda que a decisão tenha sido

---

<sup>339</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial 1.434.498**. Relator Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 2014.

<sup>340</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial 1.434.498**. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 2014.

<sup>341</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial 1.434.498**. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 2014.

modificada é preciso destacar que o notório torturador morreu sem ter sido responsabilizado criminalmente por seus atos.

Por fim, no Caso Rubens Paiva cinco militares acusados pelo homicídio e ocultação do cadáver do ex-deputado federal Rubens Paiva, em janeiro de 1971, foram denunciados em ação penal proposta pelo Ministério Público Federal. A justiça federal em primeiro grau recebeu a ação, sendo mantida pelo TRF da segunda região. Em setembro de 2014, contudo, o ministro Teori Zavascki concedeu liminar a pedido dos autores da reclamação e suspendeu o curso da ação penal. Já em setembro de 2015 atendeu a requerimento da Procuradoria Geral da República (PGR) e determinou que o juízo da 4ª Vara Criminal do Rio de Janeiro examinasse a possibilidade de antecipar a produção da prova, ou seja, de colher depoimentos mesmo estando a ação penal suspensa, por conta da idade avançada e do delicado estado de saúde de algumas das 15 testemunhas listadas<sup>342</sup>.

Ante o exposto, “é possível observar que a postura judicial brasileira atualmente, especialmente nas Cortes, desenha um estado da arte um tanto sombrio para o processo transicional no país”, especialmente quando se entende justiça de transição como um processo contínuo, de aperfeiçoamento da democracia<sup>343</sup>.

---

<sup>342</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 18686**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 2015, p. 7.

<sup>343</sup> A definição de Justiça de Transição, expressão cunhada por Ruti Teitel ao se referir aos processos de transformação política e jurídica nas transições para a democracia na América Latina e no leste Europeu, envolve uma abordagem multidisciplinar, encontrando no Direito, na Ciência Política, na Sociologia e na História, as bases para tal intento. Não é, por certo, um conceito estritamente jurídico. Compreende toda a gama de processos e mecanismos associados às tentativas de uma sociedade de terminar com um legado de abusos cometidos no passado em grande escala, a fim de assegurar a responsabilidade, servir à justiça e à reconciliação. Há certo consenso, contudo, sobre a importância da dimensão prospectiva da Justiça de Transição, haja vista aparelhar o Estado Democrático em termos de políticas públicas de reparação, pacificação e fortalecimento da democracia, contando com mecanismos judiciais e extrajudiciais e, se necessário, inclusive, a reforma de instituições. TEITEL, Ruti. *Transitional justice genealogy*. **Harvard Human Rights Journal**. v. 16, p. 69-94, 2003. Nesse sentido, para Paul Van Zyl, a justiça transicional pode ser definida como o comprometimento de construção de uma paz sustentável após um período de violência em massa ou violação sistemática dos direitos humanos. VAN ZYL, Paul. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. n. 1, p. 32, jan./jun. 2009. “O objetivo da justiça transicional implica em processar os perpetradores, revelar a verdade sobre crimes passados, fornecer reparações às vítimas, reformar as instituições perpetradoras de abuso e promover a reconciliação”. E mais, para o autor, a transição “exige um conjunto inclusivo de estratégias formuladas para enfrentar o passado assim como para olhar o futuro a fim de evitar o reaparecimento do conflito e das violações”, devendo “equilibrar cuidadosamente as exigências da justiça e a realidade do que pode ser efetuado a curto, médio e longo prazo”. BENEDETTI, Andréa Regina de Moraes. Anistia, inimigo e Judiciário: (im)possibilidades do acordo político no estado de exceção.

Enquanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos condena o Brasil pela questão da anistia, setores do Poder Judiciário brasileiro “colocam os militares como vítimas, chamando a ditadura de contra-revolução, desconsiderando os avanços do Direito Internacional Contemporâneo são sinais evidentes da necessidade de reformas institucionais”<sup>344</sup>, deixando exposta a face pouco democrática e constitucional do paradoxo do cumprimento pelo violador.

Nesse sentido, reformas institucionais devem se direcionar, especialmente, aos aparatos da segurança e da justiça, com independência judicial que requer o estabelecimento de um complexo de instituições e procedimentos, mas também cultivando nas Cortes não apenas a atuação pela sua capacidade decisória (pautada no primado do Direito), mas por institucionalizarem “a cultura do argumento, como medida de respeito ao ser humano”<sup>345</sup>.

Uma leitura crítica dos arranjos institucionais brasileiros parecem indicar que, ao lado de um Poder Judiciário independente, devem ser buscados meios independentes do Poder Judiciário para efetivação de direitos, já que “votos que subvertem conceitos da justiça de transição, como a triste passagem do caso Ustra no STJ, constituem-se, *per se*, violência brutal contra a dignidade humana”<sup>346</sup>.

Problematizar o que se denomina paradoxo do cumprimento pelo violador auxilia a aprimorar o debate sobre a interação entre a CIDH e o direito interno brasileiro, pois identifica êxitos e fracassos, limites e potencialidades dessa interação. Esse é o pano de fundo do paradoxo do cumprimento pelo violador, que exige avançar no diálogo entre os sistemas regionais, permitindo o intercâmbio de seus acúmulos e experiências e constitui medida essencial para o fortalecimento de um “cosmopolitismo ético e emancipatório, capaz de celebrar o valor fundante da

---

**Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 64, p. 98, jan./jun. 2014.

<sup>344</sup> BENEDETTI, Andréa Regina de Moraes. Anistia, inimigo e Judiciário: (im)possibilidades do acordo político no estado de exceção. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 64, jan./jun., 2014, p. 99.

<sup>345</sup> PIOVESAN, Flávia. Justiça de transição, reformas institucionais e consolidação do estado democrático de direito: o caso brasileiro. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MEYER, Emílio Peluso Neder (Org.). **Justiça de transição nos 25 anos da Constituição de 1988**. Belo Horizonte: Initia Via, 2014, p. 668-669.

<sup>346</sup> BENEDETTI, Andréa Regina de Moraes. Anistia, inimigo e Judiciário: (im)possibilidades do acordo político no estado de exceção. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 64, jan./jun., 2014, p. 100.

dignidade humana, com o triunfo dos direitos humanos nas mais diversas geografias e regiões<sup>347</sup>.

Por fim, intenta-se seguir na linha proposta por James Cavallaro<sup>348</sup>, para quem, o estudo dos direitos humanos conduz a reconhecer os limites inerentes aos mecanismos de proteção dos direitos humanos e exige

la necesidad de entender este contexto, así como las acciones de los movimientos sociales, de la sociedad civil, de los gobiernos y de los medios de comunicación. Y, más aún, es urgente que incluso al analizar hasta cuestiones que parecen ser puramente jurídicas se tenga en cuenta las estructuras políticas existentes y la interacción de fuerzas políticas, así como las capacidades de los movimientos sociales.

Isso significa, sobretudo, o respeito aos Pactos internacionais firmados para defesa de direitos humanos. Exige uma postura de comprometimento dos juízes e Cortes com a observância e aplicação dos tratados de direitos humanos na ordem interna, sob pena de esvaziar o conteúdo da proteção. Se as inobservâncias das normas de direitos humanos ratificadas pelo Estado caracterizam, por si só, um ilícito internacional, a atuação dos Tribunais internos deve ser ciosa do controle não só do bloco de constitucionalidade (que, como visto, no Brasil, é composto também por aqueles tratados), mas também do bloco de convencionalidade que, a rigor, constituem uma unidade.

Nessa toada, a recente decisão da Corte judicial máxima no Brasil acerca da presunção da inocência é ilustrativa dos desafios e limites que a ampla disseminação que o Direito Internacional dos Direitos Humanos enfrenta no país, e por isso mesmo, carece melhor análise.

---

<sup>347</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 19, jan./jun. 2012, p. 13.

<sup>348</sup> CAVALLARO, James Louis. **Hacia una visión crítica y práctica de la eficacia de las instancias e intervenciones internacionales de los derechos humanos en las Américas: una reevaluación del sistema interamericano y las comisiones de la verdad en las transiciones**. TESIS (Doctorado en Derecho). Programa de Postgrado Stricto Sensu en Derecho, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2014, p. 20.

## 4.2 O STF E A POSSIBILIDADE DE INÍCIO DA EXECUÇÃO DA PENA CONDENATÓRIA APÓS A CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA EM SEGUNDO GRAU

Questões como legitimidade e a responsabilidade do Poder Judiciário são objetos de estudo na doutrina e continuam a ensejar questionamentos. Como legitimar eventuais déficits de legitimidade, no Estado democrático de Direito, de juízes não eleitos? Como controlar a atuação jurisdicional sem comprometer a independência judicial? E a responsabilidade política dos magistrados? Todas são questões importantes que ainda ocupam espaços de debate.

A presente pesquisa propõe a implementação de um órgão de execução das sentenças da CIDH no Brasil, híbrido, aberto e plural, que se apresente de modo independente do Poder Judiciário, também por entender que o agigantamento de qualquer dos Poderes da República sobre os demais pode comprometer a noção de equilíbrio democrático.

A presente tese é escrita no calor de acontecimentos importantes no Brasil. Não se recomenda, por cientificidade, o apego às opiniões no seio dos acontecimentos, e tem sido recorrente a ideia de que somente uma análise histórica tardia do presente poderá trazer luzes a determinadas condutas. Contudo, pelo mesmo respeito à ciência, uma pesquisa que trata, ainda que instrumentalmente, do Poder Judiciário, não pode se furtar à análise de determinadas questões.

Elege-se, por pertinência temática, a questão do retrocesso em liberdades fundamentais com a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau, autorizado pelo STF.

Em 17 de fevereiro de 2016, ao julgar o HC n.º 126.292 o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos (sete votos a quatro), passou a entender ser possível a execução provisória da pena após o julgamento pela 2ª instância. Afastou, portanto, o STF, a exigência constitucional decorrente do princípio da presunção de inocência (art. 5.º, LVII, da Constituição da República) de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, depois de mais de cinco anos de posicionamento contrário. Votaram com o relator, Min. Teori Zavascki, os ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux,



Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes e restaram vencidos a ministra Rosa Weber e os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski<sup>349</sup>.

No voto do Ministro relator Teori Zavascki<sup>350</sup>, que prevaleceu como resultado, declara-se que a presunção de inocência tem fim no juízo de culpabilidade realizado pelas instâncias ordinárias, já que eventuais recursos de natureza extraordinária para o STF e para o STJ, em nosso ordenamento, não se prestam ao reexame de fatos e provas. Ainda, o relator também realiza analogia com a Lei de Ficha Limpa (Lei Complementar n.º 135/2010) que consagra inelegibilidade quando houver condenação por alguns crimes proferida por órgão colegiado, e cita legislações e entendimentos de países como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina indicando que nesses países a execução penal tem início *antes* do trânsito em julgado da sentença condenatória.

A reação acadêmica foi imediata, eis que “a garantia constitucional qualificada ou de primeiro grau garante a inalterabilidade do preceito tanto por via legislativa ordinária como por via constituinte derivada”. A proteção à regra constitucional é simultânea, contra a ação de dois legisladores: o legislador ordinário e o legislador constituinte – este último dotado de competência para emendar a Constituição. “A garantia constitucional se apresenta tão rígida que não consente sequer seja objeto de deliberação a proposta de emenda sobre a matéria constante da cláusula constitucional de exclusão sobre a qual não incide assim o poder de reforma”<sup>351</sup>.

O artigo 8º (Garantias Judiciais) da Convenção Americana de Direitos Humanos assegura o direito a um processo justo e o reconhece como algo inerente ao princípio da inviolabilidade da dignidade humana”<sup>352</sup>. Desse modo, “a decisão do

---

<sup>349</sup> O acórdão ainda não foi publicado. No entanto, pode-se consultar a notícia oficial divulgada pelo site do STF em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>>. Acesso em 19/02/2016. O voto divergente do Min. Celso de Mello já se encontra disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-23/stf-adoptou-posicao-conservadora-regressista-celso-mello>>. Acesso em 19 de Fevereiro de 2016.

<sup>350</sup> Voto disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/stf-decide-reu-presos-depois-decisao.pdf>>. Acesso em 20/03/2016.

<sup>351</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 13.

<sup>352</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão interamericana de direitos humanos. **Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas**. 2014, p. 5.

STF atingiu o coração do princípio da presunção de inocência, mas oxalá permita que ele sobreviva como princípio, como princípio constitucional, como princípio do Estado democrático de direito”, que não se satisfaz simplesmente com a democracia formal, mas, sobretudo, um verdadeiro Estado democrático de direito que efetivamente garanta os direitos fundamentais e “onde prevaleça a maximização da liberdade e a minimização do poder punitivo estatal”<sup>353</sup>. Nesse sentido observa-se que a

proibição do retrocesso” é também chamada de efeito “*cliquet*”, palavra de origem francesa, utilizada pelos alpinistas para significar que, a partir de um determinado ponto da escalada, não é mais possível retroceder, devendo avançar sempre para cima, sendo permitida apenas a subida durante o percurso da escalada e jamais retroceder. Portando, em se tratando de direitos e garantias fundamentais – princípios garantistas e de direitos humanos – nem o legislador ordinário e nem o STF podem retroceder nos já consagrados direitos e garantias. Nestes casos, assim como na escalada, o legislador e os juízes só podem avançar e progredir em direção a mais garantias e direitos. Ora, se nem mesmo o legislador ordinário e o legislador constituinte podem abolir direitos e garantias individuais como pode o Supremo Tribunal Federal cometer a insensatez e a ignomínia de suprimir o direito individual fundamental do acusado não ser considerado culpado até decisão condenatória última, definitiva, transitada em julgado. Quando se tem afirmado repetidas vezes que o STF rasgou a Constituição da República, não é por ausência de motivos e justificativas.<sup>354</sup>

Fernando G. Jayme<sup>355</sup> informa que a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos concebeu uma verdadeira “teoria geral do devido processo legal, moderna e sintonizada com os valores da dignidade humana e da democracia”, em que o devido processo legal existe para salvaguardar os direitos das pessoas em quaisquer circunstâncias “e, por essa razão, é uma garantia absoluta, inafastável, mesmo em situações de extrema gravidade, onde a segurança do próprio Estado esteja em risco”.

O próprio decano do Supremo Tribunal federal, ministro Celso Mello, em palestra proferida ainda em 1997, na I Conferência Internacional de Direitos

---

<sup>353</sup> YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. O STF violou direitos humanos. **Empório do direito**, São Paulo, 27 fevereiro 2016.

<sup>354</sup> YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. O STF violou direitos humanos. **Empório do direito**, São Paulo, 27 fevereiro 2016.

<sup>355</sup> JAYME, Fernando Gonzaga. **Direitos humanos e sua efetivação pela corte interamericana de direitos humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 16.

Humanos (17.9.1997) sobre a “Democratização do Poder Judiciário e Acesso à Justiça” já ressaltava que:

As violações dos direitos humanos, quando absurdamente toleradas pelas autoridades locais do Estado nacional, devem ser repelidas pela ação consequente e eficaz de organismos externos investidos de jurisdição internacional para apreciar – sempre que previamente esgotada a via processual doméstica – qualquer reclamação formulada contra o País, que, embora participando formalmente de convenção ou tratado sobre direitos básicos da pessoa, tenha ainda assim, descumprido o compromisso solenemente assumido na esfera internacional<sup>356</sup>.

Para Lênio Streck, a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a presunção da inocência constituiu “efetiva alteração do texto constitucional (em um caso que nem mesmo se enquadra naquilo que pode ser considerado como uma exceção — ‘crimes graves em concreto, como grandes desvios de dinheiro público)”. Ou seja, “o STF errou. Reescreveu a Constituição e aniquilou garantia fundamental. Gostando ou não, essa é a Constituição que temos. [...]”<sup>357</sup>

E prossegue

Também pode haver quem diga, em defesa da decisão do STF, que ele foi coerente em sua decisão, porque seguiu a linha de posicionamento que já havia manifestado no julgamento sobre a constitucionalidade da lei da Ficha Limpa. A chamada “Lei da Ficha Limpa” (LC 135/10) aumentava as hipóteses de inelegibilidade, atingindo candidato que tivesse sido condenado por decisão colegiada nos casos de alguns crimes. A questão chegou ao STF, na análise conjunta das ADCs 29 e 30 e da ADI 4578, tendo a Corte reconhecido sua constitucionalidade. Mesmo assim, nas divergências abertas à época, alguns ministros já criticaram a relativização da presunção de inocência, invocando o art. 5º, inc. XXXVI, CF/88. A afronta a tal dispositivo se torna mais escandalosa quando tratamos da prisão de alguém<sup>358</sup>.

Essa seria uma visão frágil da coerência, que desconsidera uma dimensão de profundidade, principiológica e a “coerência só pode ser sustentada diante de uma decisão que respeite o conjunto normativo que dá conteúdo a um sistema jurídico (por isso coerência e integridade são padrões que são sempre

---

<sup>356</sup> MELLO, Celso. Democratização do poder judiciário e acesso à justiça. **Justiça e democracia - Revista de Informação e Debates**. São Paulo, n. 4, p. 23, 2001.

<sup>357</sup> STRECK, Lênio Luiz. Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 17 fevereiro 2016.

<sup>358</sup> STRECK, Lênio Luiz. Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 17 fevereiro 2016.

compreendidos conjuntamente)”, revelando-se o julgamento em um equívoco, “que julgou inconstitucional o próprio texto constitucional”<sup>359</sup>.

Tal decisão do Supremo Tribunal Federal, a um só tempo, desconsidera frontalmente o Texto Constitucional (art. 5º, inc. LVII, da Constituição da República), Tratados Internacionais que o próprio Estado Brasileiro ratificou, como a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 7.º, n. 2 e art. 8.º, n. 2), a legislação processual penal (art. 283 do Código de Processo Penal) e também sua própria jurisprudência (HC 84.078/MG, de 05/02/2009).

O que o Supremo Tribunal Federal parece esquecer é que o direito à presunção de inocência é, antes de qualquer coisa, um princípio processual, uma garantia processual e uma regra de argumentação processual. Significa simplesmente que quem tem o ônus da prova é quem acusa e não quem se defende. A presunção de inocência é um princípio basilar do sistema acusatório, do devido processo legal e do modelo constitucional do processo penal nos Estados Democráticos de Direito. E que a Constituição da República determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ou seja, até decisão condenatória irrecorrível (embora o sistema ainda admita meios autônomos de impugnação de decisões judiciais)”<sup>360</sup>.

No que concerne ao Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos, cabe rememorar o entendimento da Comissão Interamericana de Direito Humanos sobre o direito à presunção de inocência, especialmente ante as chamadas prisões decretadas antes do trânsito em julgado de decisões condenatórias, publicado no “Relatório sobre o uso das prisões preventivas nas Américas”<sup>361</sup>. A Convenção Americana exige dos Estados signatários o respeito ao sistema de garantias que esses próprios Estados legalmente adotam.

Há mais de uma década, a Comissão Interamericana de Direito Humanos considera que a aplicação arbitrária e ilegal da prisão preventiva é um problema crônico em muitos países da América Latina. Entende a Comissão que dentre os problemas mais graves e generalizados na região, o uso excessivo da prisão

---

<sup>359</sup> STRECK, Lênio Luiz. Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 17 fevereiro 2016.

<sup>360</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; SILVA, Diogo Bacha e; PEDRON, Flávio Quinaud; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Presunção de inocência: uma contribuição crítica à controvérsia em torno do julgamento do Habeas Corpus n.º 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal. **Empório do direito**, São Paulo, 24 fevereiro 2016.

<sup>361</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão interamericana de direitos humanos. **Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas**. 2014, p. 5.

preventiva é uma disfuncionalidade do sistema de justiça penal que, por sua vez, causa outros problemas como a superlotação e a falta de separação entre processados e condenados.

Essa realidade do uso excessivo da prisão preventiva na Américas foi reconhecida em outras instâncias pela própria Organização dos Estados Americanos (OEA), como durante a Terceira Reunião de Autoridades Responsáveis pelas Políticas Penitenciárias e Carcerárias, na qual se fez referência ao “amplo uso da detenção preventiva”, chegando-se a estimar que, na região, “mais de 40% da população carcerária se encontra em prisão preventiva”<sup>362</sup>. E tudo isso apesar da existência de normas internacionais vinculantes, derivadas do direito internacional dos tratados, que são muito claras em reconhecer o direito à presunção de inocência e a excepcionalidade da detenção preventiva; do amplo reconhecimento destes direitos no âmbito constitucional na região<sup>363</sup>.

O relatório considera que o uso excessivo dessa medida é contrário à essência do Estado democrático de direito e que a instrumentalização fática do uso da prisão “como uma forma de justiça célere, da que resulta uma espécie de pena antecipada, é abertamente contrária ao regime estabelecido pela Convenção e pela Declaração Americana, e aos princípios que inspiram a Carta da Organização dos Estados Americanos”<sup>364</sup>. Por outro lado, o uso da detenção preventiva é um fator importante na qualidade da administração da justiça e, portanto, diretamente

---

<sup>362</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Reunião de altos funcionários responsáveis pela política penitenciária no cárcere. **Discurso de abertura do embaixador Adam Blackwell**: secretário de Segurança Multimodal, em nome do Secretário-Geral da OEA. Em um sentido similar, as recomendações da Segunda Reunião de Autoridades Responsáveis pelas Políticas Penitenciárias e Carcerárias dos Estados da OEA.

<sup>363</sup> E o próprio relatório faz remissão aos seguintes dispositivos: Constituição da Argentina, Art. 18; Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia, Arts. 23 e 116; Constituição da República Federativa do Brasil, Art. 5.; Constituição da República do Chile, Arts. 19,3 e 19,7; Constituição da Colômbia, Arts. 28 e 29; Constituição da Costa Rica, Art. 37.; 3.4 Constituição da Dominica, Art. 3.4; Constituição do Equador, Arts. 76.2, 77.1, 77.9 e 77.11; Constituição da República de El Salvador, Arts. 12 e 13; Constituição Política da Guatemala, Arts. 13 e 14; Constituição da República de Honduras, Arts. 69, 84, 89, 92 e 93; Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, Arts. 16, 18 e 19; Constituição da Nicarágua, Arts. 33 e 34; Constituição da República do Panamá, Arts. 21 e 22; Constituição Nacional do Paraguai, Arts. 12, 17 e 19; Constituição do Peru, Arts. 2.24.b, 2.24.e, 2.24.f e 139.10; Constituição da República Oriental do Uruguai, Arts. 7, 15 e 16; e Constituição da República Bolivariana da Venezuela, Arts. 44.1, 44.5 e 49.2

<sup>364</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Relatório sobre a situação dos direitos humanos na República Dominicana**. OEA/Ser.L /V/ II.104. Doc. 49 rev. 1, aprovada em 7 de Outubro de 1999 (doravante “Relatório sobre a situação dos direitos humanos na República Dominicana”), Cap. VI, para. 224, p. 15.

relacionado com a democracia<sup>365</sup> que possui como valores intrínsecos os princípios de liberdade, igualdade e justiça social.

Reconhece-se “o dever que os Estados tem de manter a ordem pública e proteger do delito e da violência todas as pessoas sob sua jurisdição”, mas é preciso respeitar também o princípio largamente estabelecido no Sistema Interamericano de que, independentemente da natureza ou gravidade do crime que se persiga, “a investigação de todos os fatos e eventual processamento de determinadas pessoas devem desenvolver-se dentro dos limites e conforme procedimentos que permitam preservar a segurança pública, no marco do pleno respeito aos direitos humanos”.<sup>366</sup>

Ademais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu que o conceito de direito e liberdades é também inseparável do sistema de valores e princípios que o inspira. Em uma sociedade democrática, os direitos e liberdades inerentes à pessoa, suas garantias e o Estado de Direito constituem uma tríade, cada um desses componentes se define, se completa e adquire sentido em função dos outros. Ainda, manter uma pessoa sob regime de detenção preventiva por um período prolongado pode criar uma situação de fato na qual os juízes estejam muito mais propensos a prolatar sentenças condenatórias para, de certa forma, avaliar sua decisão de ter encarcerado o mesmo acusado durante o juízo<sup>367</sup>. Assim, uma eventual sentença absolutória seria um reconhecimento de que se privou de liberdade por muito tempo um inocente. Dessa perspectiva, a prolongada detenção sem julgamento de uma pessoa constitui, de certa forma, uma presunção de culpabilidade<sup>368</sup>.

---

<sup>365</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão interamericana de direitos humanos. **Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas**. 2014, p. 5.

<sup>366</sup> Corte IDH. Caso de Yvon Neptune v Haiti. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 06 de maio de 2008, Série C, n.º 180, par. 38. Em tal caso referido princípio fundamental do Sistema Interamericano foi formulado, nos seguintes termos: “independentemente da gravidade de certas ações e a culpa dos autores de determinados crimes, não é aceitável que o poder possa ser exercido sem qualquer limite ou que o Estado possa recorrer a todos os meios para atingir os seus objetivos, sem estar sujeito a lei ou moralidade”.

<sup>367</sup> A esse respeito o relatório remete a: ONU, Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária, Relatório Anual apresentado ao Conselho de Direitos Humanos, A/HRC/4/40, publicado em 03 de janeiro de 2007, para. 68. E, ainda: ONU Relatório Especial sobre a Tortura e Outras Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, relatório preliminar, A/64/215, publicado em 3 de agosto de 2009.

<sup>368</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão interamericana de direitos humanos. **Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas**. 2014, p. 5.

Em sede das recomendações contidas no relatório, algumas considerações importantes no âmbito da independência dos operadores da justiça, merecem ser destacadas, a saber:

1. Adotar medidas legislativas, administrativas e institucionais necessárias para garantir o maior nível possível de independência e imparcialidade das autoridades judiciais encarregadas de adotar decisões relativas à aplicação de prisão preventiva, de tal forma que exerçam suas funções livres de qualquer ingerência. 2. Os funcionários dos poderes do Estado deverão se abster de emitir publicamente opiniões que diretamente desqualifiquem promotores, juízes ou defensores públicos por uma decisão proferida em relação à aplicação, ou não, da prisão preventiva; mesmo quando tais manifestações não constituam delitos ou faltas de acordo com o direito interno. Da mesma forma, deverão se abster de promover um uso generalizado, ou aplicação seletiva (em determinados casos específicos) da prisão preventiva. [...] 7. Quanto à relação entre o sistema de justiça e os meios de comunicação, recomenda-se: (a) desenhar uma política de comunicação de cada instituição do sistema de justiça que inclua a adoção de medidas destinadas a compartilhar informação de forma acessível; (b) criar ou reformular mecanismos de ligação (assessorias de imprensa, por exemplo) entre o Poder Judiciário e os meios de comunicação que proporcionem informação objetiva e não sigilosa sobre o desenrolar ou o resultado de processos judiciais; (c) gerir espaços públicos para difundir informação sobre o funcionamento das instituições do sistema de justiça, a maneira como se desenvolvem os processos judiciais mais frequentes e o significado de suas fases mais importantes. Tais espaços devem incluir desde o sistema educacional até os meios de comunicação em massa. 8. Desenhar e implementar regras claras para manejar informação no âmbito penal para garantir a presunção de inocência dos detidos e suspeitos, e preservar a dignidade das vítimas. Os Estados membros não poderão exibir publicamente em meios de comunicação de massa pessoas privadas de liberdade que ainda não tenham sido apresentadas perante um juiz, e em nenhuma circunstância elas serão apresentadas como culpadas antes da sentença condenatória<sup>369</sup>.

De todo o exposto, é possível perceber que, seja à luz do controle de convencionalidade, seja do controle de constitucionalidade, a decisão da cúpula do Poder Judiciário não poderia se sustentar. No âmbito do respeito aos tratados, destaque-se que, em razão das remissões recíprocas entre a Constituição e o Pacto de San José, o desrespeito ao próprio sistema de garantias legal e constitucionalmente adotados internamente viola o Pacto e o Direito Internacional de Proteção aos Direitos Humanos (especificamente, art. 7.º, n. 2 e art. 8.º, n. 2, primeira parte, da Convenção Americana)<sup>370</sup>.

---

<sup>369</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão interamericana de direitos humanos. **Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas**, 2014, p. 5.

<sup>370</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; SILVA, Diogo Bacha e; PEDRON, Flávio Quinaud; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Presunção de inocência: uma contribuição crítica à

A reação interna ao descumprimento de tratados também partiu da seara criminalista, eis que ignorando os Tratados Internacionais recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro que garantem o princípio da presunção de inocência, o STF passou a negar sua vigência, a partir “dessa fatídica decisão”, autorizando a execução antecipada de decisões condenatórias, mesmo pendentes recursos aos Tribunais Superiores. “Trata-se de um dia em que o STF escreveu a página mais negra de sua história ao negar vigência de texto constitucional expresso que estabelece como marco da presunção de inocência o trânsito em julgado de decisão condenatória”. Trânsito em julgado é um instituto processual com conteúdo específico, significado próprio e conceito inquestionável, não admitindo alteração ou relativização de nenhuma natureza.<sup>371</sup>

Ora, o Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos e reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos; portanto, o Supremo Tribunal Federal “tem o dever de controlar a convencionalidade, porque é uma instituição do Estado brasileiro inserida no contexto de uma ordem regional protetiva dos direitos humanos a que nosso País está voluntariamente vinculado”. E mais, a desobediência pelo STF da Constituição e à exigência do trânsito em julgado implica uma violação ao Pacto de San José da Costa Rica, em função do disposto no art. 8.2, primeira parte, quando o Pacto determina a obediência ao sistema de legalidade pelos próprios Estados signatários.<sup>372</sup>

Assim, toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa, ou seja, nos termos da Constituição Federal brasileira, art. 5.º, LVII, significa que “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”<sup>373</sup>

---

controvérsia em torno do julgamento do Habeas Corpus n.º 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal. **Empório do direito**, São Paulo, 24 fevereiro 2016.

<sup>371</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto; BITENCOURT, Vania Barbosa Adorno. Em dia de terror, supremo rasga a constituição no julgamento de um HC. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 18 fevereiro 2016.

<sup>372</sup> SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O dever do STF de controlar a convencionalidade. **Justificando**, São Paulo, 29 fevereiro 2016.

<sup>373</sup> Sobre questões importantes acerca da execução provisória da pena vide: BOTTINO, Thiago. Os problemas da decisão do STF sobre execução provisória da pena. **Jota**, São Paulo, 18 fevereiro 2016. Ainda, sobre o desvelamento do funcionamento dos julgamentos colegiados em segundo grau de jurisdição, vide, CASARA, Rubens. Pesquisa revela a ilusão do duplo grau de jurisdição. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 24 fevereiro 2016.



Ademais, o artigo 7. 2 da Convenção é expresso em dizer que "Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas", exatamente no sentido da legalidade (constitucional) a que o art. 8.o, parte primeira se refere. A decisão do STF cria, portanto, uma hipótese de prisão não prevista pela Constituição nem pelo Código de Processo Penal brasileiro, o que viola o Pacto de San José da Costa Rica.

Tal violação das garantias constitucionais é também uma violação das garantias internacionais, pois “inverte o ônus da prova e cria, ao arrepio da lei, uma modalidade de prisão preventiva (antes de decisão condenatória transitada em julgado) não prevista na Constituição” e, assim, desrespeita os próprios termos com que a presunção de inocência está prevista pela interpretação dada ao Pacto de San José<sup>374</sup>. Além disso, a decisão cria uma prisão preventiva, ou seja, uma prisão antes de uma "sentença firme", ou transitada em julgado, portanto, em desacordo com o Relatório<sup>375</sup> (prisão preventiva nas hipóteses de risco de fuga e para preservar provas) e a interpretação dada pela Comissão e pela Corte ao direito de defesa e ao recurso.

Desde o caso *Loayza Tamayo vs. Peru*, julgado em 1997, vem reafirmando o dever de os Estados e de suas instituições controlarem a convencionalidade. Foi o que fez em 26.09.2006 por ocasião do julgamento do caso *Almonacid Arellano vs. Chile* quando decidiu ser dever de todo juiz nacional controlar a convencionalidade, inclusive de ofício e, em 24.11.2006, quando no caso *Trabalhadores demitidos do Congresso vs. Peru* a CIDH elevou o controle de convencionalidade à condição de um instituto jurídico. Há hoje, no continente latino-americano, como se sabe, uma rica doutrina jurídica relacionada ao controle de convencionalidade, porque os juristas da América Latina identificaram não só a necessidade de apresentar respostas aos problemas comuns de violações de direitos humanos que experimentamos, quanto de dotar de substancialidade as Convenções de direitos humanos, especialmente porque alteraram profundamente o cenário do direito interno e também do direito internacional. Seria extremamente enganador afirmar que o “*jurisprudencialismo*” apenas mudou de lugar.<sup>376</sup>

<sup>374</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; SILVA, Diogo Bacha e; PEDRON, Flávio Quinaud; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Presunção de inocência: uma contribuição crítica à controvérsia em torno do julgamento do Habeas Corpus n.º 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal. **Empório do direito**, São Paulo, 24 fevereiro 2016.

<sup>375</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão interamericana de direitos humanos. **Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas**. 2014, p. 5.

<sup>376</sup> SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O dever do STF de controlar a convencionalidade. **Justificando**, São Paulo, 29 fevereiro 2016.

É possível dizer que há, sobretudo por parte do Poder Judiciário, uma obrigação convencional em conhecer a interpretação que a CIDH faz da Convenção Americana de Direitos Humanos. Repita-se: “Desde o julgamento *Almonacid Arellano*<sup>377</sup>, a CIDH disse que o Poder Judiciário dos Estados deve exercer uma “espécie de controle de convencionalidade”, não apenas em relação às normas internas e sua correspondência à Convenção Americana de Direitos Humanos, mas também atentar para a interpretação que a CIDH faz da Convenção, já que é a sua última intérprete. Assim, “a CIDH funciona como uma verdadeira corte constitucional interamericana, o que deriva de seu esforço hermenêutico em construir um direito constitucional latino-americano ancorado nos direitos humanos”.<sup>378</sup>

A Constituição Federal de 1988 “não deixa nenhuma dúvida hermenêutica quando diz que a sentença penal condenatória será executada somente depois do trânsito em julgado”. Mas o Supremo Tribunal Federal desconsiderou o texto constitucional. O princípio constitucional da presunção da inocência perdura até o momento do trânsito em julgado e “qualquer outra afirmação não passará de um jogo de palavras inconstitucional e inconvençãoal”. O STF rompeu com sua jurisprudência anterior consolidada e rompeu com a jurisprudência da CIDH a qual está vinculado pelo dever de convencionalidade<sup>379</sup>.

É preciso esclarecer, ainda, que três casos julgados pela CIDH comprovam que “a coisa julgada não é sinônimo de julgamento de segunda instância, mas sim que ocorre quando já não caiba mais recursos, cujo sinônimo para a Corte, é a produção de uma ‘decisão firme’”.

No caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, julgado em 2 de julho de 2004, a CIDH diz ter a parte o direito de interpor recurso antes que a sentença adquira a qualidade de coisa julgada e que “[...] “se busca proteger o direito de defesa outorgando durante todo o processo a possibilidade de interpor um recurso para

---

<sup>377</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 26 de setembro de 2006. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. 2006, p. 1.

<sup>378</sup> SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O dever do STF de controlar a convencionalidade. **Justificando**, São Paulo, 29 fevereiro 2016.

<sup>379</sup> SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O dever do STF de controlar a convencionalidade. **Justificando**, São Paulo, 29 fevereiro 2016.

evitar que quede firme uma decisão adotada com vícios e que contenha erros que causarão um prejuízo indevido aos interesses da pessoa”<sup>380</sup>.

No mesmo ano, ao julgar o caso Ricardo Canese vs. Paraguay, em 31 de agosto, a CIDH afirmou que o princípio da presunção de inocência “é um elemento essencial para a realização efetiva do direito à defesa e acompanha o acusado durante toda a tramitação do processo até que uma sentença condenatória que determine sua culpabilidade quede firme.”<sup>381</sup> Nesse processo, as autoridades judiciais paraguaias haviam determinado o impedimento de Ricardo Canese sair do Paraguai. A CIDH disse que essa proibição, que durou oito anos, consistiu em um substitutivo da pena privativa de liberdade e, na prática, em antecipação da pena que havia sido imposta; tal situação consistiu em violação do princípio da inocência previsto no artigo 8.2 da convenção Americana. No item 6 das conclusões, a CIDH afirmou que desde a primeira instância até que a decisão tenha se tornado “firme” (ou seja, tenha transitado em julgado) haviam se passado oito anos de flagrante e arbitrária violação da presunção de inocência protegida pelo art. 8.2<sup>382</sup>.

Em 2011, no caso Rosendo Cantú vs. México, a CIDH reafirmou sua posição anterior de que a presunção de inocência é um princípio que constitui um fundamento das garantias processuais e que acompanha o acusado durante toda a tramitação do processo até que uma sentença condenatória que determine sua culpabilidade seja firme, decidindo que: “Neste sentido a presunção de inocência é vulnerada se antes de que ao acusado seja considerado culpável uma decisão judicial relacionada a ele reflita a opinião de que é culpado”<sup>383</sup>.

Diante de todos os argumentos aqui colacionados, “razões jurídicas com origem constitucional e convencional sobrepõem para demonstrar que o resultado do HC 126.292 consiste, segundo a dicção da CIDH, em um “ilícito internacional”, em que “o princípio constitucional e convencional do devido processo legal foi a maior

---

<sup>380</sup>ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 02 de julho de 2004. **Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica**. 2004, p. 1.

<sup>381</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 31 de agosto de 2004. **Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay**. 2004, p. 3.

<sup>382</sup> SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O dever do STF de controlar a convencionalidade. **Justificando**, São Paulo, 29 fevereiro 2016.

<sup>383</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 31 de outubro de 2010. **Caso Rosendo Cantú y otra vs. México**. 2010.

vítima”. E mais uma vez, o Brasil, por ato do Poder Judiciário (e agora, da cúpula do Poder Judiciário), poderá, após a análise da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sentar no banco dos réus da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Tanto é verdade que o procurador de justiça do Ministério Público da Bahia, Rômulo Moreira, denunciou<sup>384</sup> o Brasil à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, nos seguintes termos:

Ao negar o Habeas Corpus nº. 126292 na sessão do dia 17 de fevereiro de 2016, por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, a Corte Constitucional do Brasil, em última instância, não cabendo mais qualquer recurso interno, entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. Para o relator do caso, Ministro Teori Zavascki, a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena, nada obstante ainda ser possível, segundo a Constituição brasileira, a interposição de dois recursos extraordinários, o Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça e o Recurso Extraordinário para o Supremo Tribunal Federal. Enquanto não julgados estes recursos a decisão ainda não pode ser considerada definitiva pela legislação brasileira. O acusado só poderia vir a ser preso cautelarmente, por meio da decretação de uma prisão preventiva, nos termos dos arts. 282, 312 e 313 do Código de Processo Penal brasileiro. No julgamento destes dois recursos, a decisão poderá ser anulada ou substituída. A decisão indica mudança no entendimento da Corte, que desde 2009, no julgamento da Habeas Corpus nº. 84078, condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, mas ressalvava a possibilidade de prisão preventiva. Até 2009, o STF entendia que a presunção da inocência não impedia a execução de pena confirmada em segunda instância. A Suprema Corte brasileira, portanto, incide em reiteradas decisões conflitantes, causando uma séria insegurança jurídica aos jurisdicionados. O Habeas Corpus foi impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça que indeferiu o pedido de liminar em Habeas Corpus lá apresentado. A defesa buscava afastar mandado de prisão expedido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. [...] A decisão do Supremo Tribunal Federal representa afronta à jurisprudência do Supremo e ao princípio da presunção da inocência (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal). [...] Agora temos no Brasil uma verdadeira execução provisória da pena ou, se quisermos dar outro nome, uma prisão provisória automática decorrente do acórdão condenatório. Óbvio que não é possível (ou não era). E se o acusado vier a ser absolvido no Superior Tribunal de Justiça ou no Supremo Tribunal Federal? Se, por exemplo, no Recurso Especial ou no Recurso Extraordinário interposto contra o acórdão condenatório for reconhecida uma nulidade e, posteriormente, vier a ser prolatada no Juízo a quo uma sentença extintiva da punibilidade pela prescrição? Quem irá remediar o “mal” causado pela prisão (verdadeira pena antecipada) já cumprida? Centenas e centenas de decisões de tribunais regionais brasileiros são

---

<sup>384</sup> LUCHETE, Felipe. Membro do MP vai a comissão da OEA contra prisão antes de trânsito em julgado. **Consultor jurídico**, 26 de fevereiro de 2016.

modificados pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Ora, se o art. 5º, LVII, da Constituição estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, é de todo inadmissível que alguém seja preso antes de definitivamente julgado, salvo a hipótese desta prisão provisória se revestir de caráter cautelar. [...] Descurrou-se o Supremo Tribunal Federal, inclusive, da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, pelo menos em dois casos: Herrera Ulloa versus Costa Rica (2004) e Mohamed versus Argentina (2012). É muito possível, inclusive em razão de algumas colocações feitas pelos Ministros, que a decisão da Suprema Corte tenha sido bastante influenciada por um receio de desagradar a opinião pública e a imprensa. [...] <sup>385</sup>

No formulário de denúncia à Comissão Interamericana foram lançados, expressamente, como “autoridade consideradas responsáveis pelos fatos denunciados e pelas violações alegadas”, os ministros do STF: Ministra Cármen Lúcia, - Vice-Presidente, Ministro Gilmar Mendes, Ministro Dias Toffoli, Ministro Luiz Fux, Ministro Teori Zavascki, Ministro Roberto Barroso e Ministro Edson Fachin.

Como testemunhas das violações denunciadas, o Ministro Ricardo Lewandowski, Ministro Celso de Mello, Ministro Marco Aurélio e Ministra Rosa Weber, Supremo Tribunal Federal.

Como documentos anexados à denúncia se encontram a Nota Pública da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil contra a decisão da Suprema Corte brasileira, Nota da Diretoria do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Nota do Instituto dos Advogados do Brasil, Pesquisa revela a ilusão do duplo grau de jurisdição no Brasil <sup>386</sup>.

A situação descrita, à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos, é um episódio gravíssimo de retrocesso no Direito brasileiro. Confirma, de modo exemplar, a atuação do Poder Judiciário interno como violador das normas internacionais. Evidencia que, ainda que o Estado venha a responder internacionalmente, foi o Poder guardião da Constituição Federal que a violou e que irá atrair a responsabilidade internacional ao Estado brasileiro. São situações como essa que levam ao questionamento do monopólio judicial na implementação das sentenças da CIDH no Brasil. Como deixar ao alvedrio deste Poder o monopólio a

---

<sup>385</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão interamericana de direitos humanos. **Petição 1532. Caso P-283-16.** 23/02/2016.

<sup>386</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão interamericana de direitos humanos. **Petição 1532. Caso P-283-16.** 23/02/2016.

implementação das sentenças internacionais proferidas pela CIDH? Se o Poder Judiciário, à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos, é o violador dos comandos legais que asseguram direitos mínimos da pessoa humana, que tratamento irá conferir à implementação das sentenças internacionais que desafiem seu posicionamento?

Retome-se, por um instante, a questão da universalização parcial dos direitos humanos a fim de perceber como se anda em círculos na implementação dos direitos humanos. É fato que a efetivação dos direitos civis e políticos é mais firme e espaiada que os direitos sociais e econômicos. No Brasil, contudo, se não bastasse a deficiência severa em sede de efetivação de direitos sociais e econômicos, o Poder Judiciário interno ofende gravemente o cerne dos direitos civis: a liberdade. Este é claramente um paradoxo: o Poder que guarda a Constituição a ofende. O lugar do monopólio da jurisdição é o espaço de negação de direitos humanos. É o paradoxo do cumprimento pelo violador.

A condição de violador do Poder Judiciário interno fica evidente, em sede de Direito Internacional dos Direitos Humanos, também a partir da teoria da coisa julgada fraudulenta. Isso porque “a coisa julgada produzida no julgamento do HC 126.292, poderá não subsistir pois, segundo o entendimento da CIDH, é uma coisa julgada fraudulenta”, assim considerada aquela que resulta de um juízo no qual não foram respeitadas as regras do devido processo.<sup>387</sup>

A existência de um “bloco de constitucionalidade em matéria de princípios processuais” é a expressão de maturidade democrática dos Estados nacionais e “condição de possibilidade para a construção de valores comuns universais no domínio processual”<sup>388</sup>, como um dos traços do fenômeno contemporâneo da internacionalização do direito voltado à efetivação dos direitos humanos e à possível concretização de um “pluralismo ordenado”, como refere Mireille Delmas-Marty<sup>389</sup>.

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos já há algum tempo reconheceu a necessidade de os Estados respeitarem as garantias

---

<sup>387</sup> SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O dever do STF de controlar a convencionalidade. **Justificando**, São Paulo, 29 fevereiro 2016.

<sup>388</sup> SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O dever do STF de controlar a convencionalidade. **Justificando**, São Paulo, 29 fevereiro 2016.

<sup>389</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit(II).Le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006, p. 35.

processuais, como no caso *Aguirre Roca y otros vs. Perú* de 2001<sup>390</sup>, em que decidiu ser necessário assegurar “*las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción.*”<sup>391</sup>

Há, portanto, de fato e de direito, na América Latina, um bloco de constitucionalidade em matéria de garantias processuais que estão alinhados às Convenções de direitos humanos. No caso brasileiro, o artigo 5º da Constituição Federal prevê um conjunto de princípios processuais que, em parte, são repetidos nos códigos de processo. Por exemplo, o 13 do CPC de 2015 diz que “a jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte.” Tal artigo “consolida a abertura do País às previsões internacionais em matéria processual” e não apenas quebra expressamente a tradição consolidada que “via o processo como determinado pela estrita territorialidade, quanto também conduz a hermenêutica para o reconhecimento do respeito a garantias processuais mesmo que não expressamente previstas no código”<sup>392</sup>. Ainda:

Em face da complementariedade e do compromisso dos Estados em ampliar e fortalecer a proteção dos direitos humanos, o sistema regional de proteção de direitos humanos, no que tange às garantias judiciais segue a senda da maior eficácia da proteção. A Convenção Americana de Direitos Humanos, ao reger o sistema de proteção aos direitos humanos no âmbito da OEA, estabelece no seu artigo 7º a garantia do contraditório e do juiz natural. O artigo 8º, § 1º refere-se às ‘Garantias judiciais’ e prevê o respeito à ampla defesa, prazo razoável, juiz natural, independência e imparcialidade do juiz. O artigo 25, intitulado ‘Proteção judicial’, traz proteção aos direitos fundamentais através do direito de interpor recurso perante juiz ou tribunal competente contra atos, mesmo quando praticados por quem no exercício de função oficial, que violem esses direitos, previstos na Constituição do Estado Parte, em sua lei ou na Convenção.<sup>393</sup>

---

<sup>390</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 31 de janeiro de 2001. **Aguirre Roca y otros vs. Perú**. 2001.

<sup>391</sup> Outros casos onde se reconhece a coisa julgada fraudulenta são: O pioneiro caso *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala* de 2004, com a “sentença reconhecendo “coisa julgada fraudulenta que resulta de um juízo no qual não foram respeitadas as regras do devido processo, ou quando os juízes não obraram com independência e imparcialidade.” Ainda, o caso posteriores de *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, julgado em 2006.

<sup>392</sup> SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O dever do STF de controlar a convencionalidade. **Justificando**, São Paulo, 29 fevereiro 2016.

<sup>393</sup> SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O dever do STF de controlar a convencionalidade. **Justificando**, São Paulo, 29 fevereiro 2016.

Assim, a incorporação dessas garantias nas ordens internas retrata o compromisso internacional assumido pelos Estados ao ratificar as Convenções mostrando que o futuro do direito internacional é doméstico<sup>394</sup>. E, para além da existência do bloco de constitucionalidade em matéria de garantias processuais é preciso discutir, antes, “se o desrespeito das mesmas pelas jurisdições internas, a par de ser inconstitucional e inconveniente e, portanto, acarretar a responsabilidade internacional dos Estados, pode redundar na não produção de coisa julgada, por ser considerada fraudulenta”. Se a palavra fraudulenta, ao primeiro olhar, aparenta ser agressiva às atribuições maiores do Poder Judiciário, “ocasiona seguramente uma séria reflexão sobre a condição de dogma a que foi elevada a coisa julgada em nome da segurança jurídica”<sup>395</sup>. E mais,

no atual estágio da internacionalização dos direitos humanos, é hora de pensar-se na necessidade de revisão dos antigos institutos de direito processual, marcados pelas exigências de outro tempo, como esse da coisa julgada, com o fim de ampliar sua hermenêutica em consideração aos compromissos internacionais assumidos pelos Estados em matéria de direitos humanos. Com efeito, a necessidade de consolidação, em nível global, de um direito processual internacional dos direitos humanos se, à primeira vista parece utópica, não se afasta dos anseios de que em qualquer Estado a jurisdição faça a opção pelos direitos humanos. Trata-se de perceber, contra um universo vasto, mas compreensível, em que a formação dos juristas era apenas voltada para o nacional/local que esse, sozinho, talvez não dê mais todas as respostas adequadas<sup>396</sup>.

Retomando-se a lição apreendida no primeiro capítulo, do lugar da fala dos direitos humanos insculpido na concepção contemporânea dos direitos humanos, pós-Guerras portanto, será possível perceber que as garantias processuais ou os princípios processuais são direitos humanos porque ligados, de modo indelével, à própria noção de dignidade humana.

A possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória não pode ser relativizada, sobretudo em tempos de polaridades sociais que levam a ponto de setores da acadêmica clamarem por resistência ao estado de

---

<sup>394</sup> SLAUGHTER, Anne-Marie. *A global community of courts*. *Harvard International Law Review*. v. 44, 2003, p. 191.

<sup>395</sup> SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O dever do STF de controlar a convencionalidade. **Justificando**, São Paulo, 29 fevereiro 2016.

<sup>396</sup> SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O dever do STF de controlar a convencionalidade. **Justificando**, São Paulo, 29 fevereiro 2016.



exceção<sup>397</sup>. É necessário refletir seriamente sobre qual deve ser papel das propostas no Estado Democrático de Direito e levar em conta os riscos da relativização da presunção de inocência pelo Supremo Tribunal Federal no HC 126.292 e também pela 6ª Câmara Criminal do Superior Tribunal de Justiça no REsp. 1.484.415.

Tais garantias são a própria essência da Constituição e da opção pelo Estado Democrático de Direito. A relativização de direitos fundamentais é, de fato, a porta aberta para a exceção, sobretudo em momentos que a própria resistência pode vir a ser criminalizada. Note-se, ademais, que “as recentes decisões judiciais brasileiras, sobretudo no âmbito das Cortes Superiores, deixam transparecer o nível de institucionalização da imagem dos resistentes como inimigos”, revelando o quanto setores da Justiça ainda ignoram, por exemplo, atos de barbárie praticados contra os cidadãos no período ditatorial brasileiro<sup>398</sup>.

A violação, pelo STF, de um direito fundamental presente na Constituição Federal brasileira, como a presunção de inocência demonstra o quanto o paradoxo do cumprimento pelo violador é sério. Qual o recurso cabível contra decisões dos STF? Quem os julgaria? Perante quem buscar socorro? Encontrado o socorro e presente uma decisão condenatória, quem a executaria? Aquele mesmo Poder que a violou? São perguntas que se lançam para debate, fiel ao propósito desta pesquisa, qual seja: problematizar.

E nesse horizonte questões implícitas suscitam destaque. A primeira envolve o contra-argumento que, internamente, é ao Poder Judiciário que a parte deve recorrer quando sofre um prejuízo advindo de um ilícito praticado pelo mesmo Poder Judiciário, nos casos de indenização por erro judiciário, por exemplo. Por que na seara internacional não o faria? Primeiramente, não se pode justificar um equívoco a partir de outro. Há muito a academia debate meios e alternativas para a

---

<sup>397</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; SILVA, Diogo Bacha e; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Sobre o poder judiciário brasileiro e o risco do estado de exceção no Brasil: em defesa do regime constitucional democrático em tempos de “Morogate”. **Empório do direito**, São Paulo, 20 março, 2016.

<sup>398</sup> BENEDETTI, Andréa Regina de Moraes. Anistia, inimigo e Judiciário: (im)possibilidades do acordo político no estado de exceção. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 64, jan./jun., 2014, p. 96.

efetiva responsabilização do magistrado, desde a evidente no caso de erro judiciário até mesmo a responsabilização social e política<sup>399</sup>.

O protagonismo judicial, próprio da judicialização da política, não vem acompanhado da adequada responsabilização dos órgãos judiciários sobre suas decisões. A responsabilidade do Estado por atos do Poder Judiciário (responsabilidade jurídica), bem como a responsabilidade pessoal civil, criminal e disciplinar do magistrado, é insuficiente para resolver os problemas decorrentes da atuação equivocada do agente público juiz. Ademais, há uma responsabilidade social do magistrado, muitas vezes encoberta pela afirmação da independência judicial. Sob o manto da independência esquece-se do dever de prestar contas atribuído aos magistrados e ao Poder Judiciário na sociedade contemporânea. Essa falta de formas eficazes internas de responsabilidade política e social dificulta um controle mais democrático da atuação do Poder Judiciário e do magistrado.

Pois bem, internamente a questão da (i)responsabilidade do juiz por seus atos é um tema que beira o dogma. Tidos como intocáveis, há uma cultura de submissão quando, na verdade, quem é submisso ao regime democrático a ele deve prestar contas, é o julgador<sup>400</sup>. Prova do quanto muitos juízes presumem pairar sob o sistema é a inquietação provocada com dispositivos do novo Código de Processo Civil acerca da fundamental judicial<sup>401</sup>.

Ora, há responsabilidade política do julgador e a grande luta das teorias contemporâneas em teoria do Direito é encontrar modos de controlar as decisões judiciais. Submeter uma pessoa que teve seu direito violado por um juiz, novamente ao Poder Judiciário para pleitear sua reparação é equivocado, mesmo que no âmbito do direito interno. O presente estudo propõe a reflexão sobre o tema, problematiza a

---

<sup>399</sup> Vide: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade política e social dos juízes nas democracias modernas. **Revista Ajuris**, v. 24, n. 70, p. 11-12, jul. 1997. E, ainda: PEREIRA, Micheli. **Responsabilidade jurídica, política e social do poder judiciário e do magistrado no contexto da judicialização da política**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011, p. 10.

<sup>400</sup> Uma realidade de difícil alcance, bastando a consulta ao projeto de Lei Orgânica da Magistratura em estudo prévio. Nele são apresentadas propostas que podem elevar os salários dos juízes a valores superiores ao teto constitucional, por meio de toda sorte de auxílios e benefícios. Juiz violar a Constituição pode se tornar lei.

<sup>401</sup> VASCONCELLOS, Marcos de; ROVER, Tadeu. Juízes pedem veto a artigo que traz regras para fundamentação de decisões. **Consultor jurídico**. São Paulo, 24 de abril, 2016.

questão e mais que oferecer respostas prontas a todos os dilemas dela derivados, quer, por ora, delinear e denunciar a questão.

O segundo argumento deriva da eventual quebra da cláusula pétrea de separação dos poderes no direito brasileiro. A separação dos poderes vem sendo constantemente revisitada<sup>402</sup> e a violação a direitos fundamentais tem sido operada, inclusive, pelo STF, conforme demonstrado. A discussão acadêmico-científica séria precisa partir desta condição: a separação dos poderes, no Brasil, não serve (mais) como escudo de proteção para mudanças radicais (da raiz, evidentemente) na teoria do Estado. Um órgão de implementação de sentenças da CIDH, não monopolizado pelo Poder Judiciário não ofende a separação dos Poderes. Ao contrário, dá sentido aos limites dessa separação e constitui medida de extrema necessidade para a proteção dos Direitos Humanos no Brasil.

Isso posto, encerra-se o elenco de argumentos necessários à comprovação do binômio possibilidade/necessidade de criação de um órgão de implementação das sentenças da CIDH, no Brasil, híbrido, aberto e plural. Importa partir, pois, para a dimensão prospectiva da tese, com vistas a uma proposta inédita acerca das bases teóricas para a criação de um órgão híbrido, aberto e plural, das sentenças da CIDH no país.

---

<sup>402</sup> COSTA, Luciana da Silva. **A revisão do princípio da separação de poderes**: dialogicidade e tensão como elementos conformadores da identidade constitucional brasileira. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 15.

## 5 O CUMPRIMENTO DAS SENTENÇAS DA CIDH A PARTIR DE UM ÓRGÃO HÍBRIDO ABERTO E PLURAL

O presente capítulo adentra na dimensão prospectiva da tese, qual seja, orientar a construção de um órgão de implementação de sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil, híbrido, aberto e plural. Híbrido porque constituído de representantes dos três poderes e da sociedade. Aberto, por pressupor movimento em relação àqueles membros, que podem variar conforme a decisão emitida pela CIDH e, conseqüentemente, plural, por conter variados setores, bandeiras e especialistas aptos à implementação.

Assim, a pesquisa se estrutura no binômio possibilidade/necessidade de criação de um órgão específico de implementação das sentenças da CIDH no Brasil. Dois primeiros argumentos (fundamentação dos direitos humanos e internacionalização do direito constitucional) compõem o núcleo intitulado *possibilidade* de criação de um órgão específico de implementação das sentenças da CIDH no Brasil. Outros dois argumentos (conformação jurídica da CIDH no Brasil e sua relação do Poder Judiciário interno) tratam da *necessidade* de criação de um órgão de implementação das sentenças da CIDH no país. Juntos, *possibilidade* e *necessidade* formam o referido binômio e abrem caminho para a proposição, a partir de agora, das bases teóricas e normativas do referido órgão, numa concepção híbrida, aberta e plural.

Retomem-se, prefacialmente, as conclusões parciais:

a) A universalização parcial dos direitos humanos mostrou que espaço de realização dos direitos, sobretudo, dos direitos econômicos, sociais e culturais, ficaram alijados de sua universalidade de fato, em consequência de seu menor reforço normativo, em comparação aos direitos civis e políticos. Tal discussão envolve a eleição de políticas públicas relevantes para o Estado e a pergunta indireta é, afinal, que direitos, dentre os mais básicos direitos, o Estado deve escolher proteger? O mote nessa ampla problemática relaciona diretamente gerenciamento de políticas públicas exigido para efetivação dos direitos sociais internamente àqueles sentenças da CIDH, que impõem obrigações também na seara legislativa e de políticas públicas do Estado. Tornam complexa a equalização da atuação do Poder Judiciário interno e internacional nesse âmbito e induzem a

questionar qual atuação dos demais poderes nessa relação. O direito ao desenvolvimento, como instrumento de expansão das liberdades substanciais dos sujeitos, pode surgir como medida que propicia o empoderamento político e material, dando aos sujeitos voz ativa no processo de discussão e significação de seus destinos, emergindo daí possibilidades emancipadoras.

No tocante à superação do maniqueísmo universalismo *versus* relativismo recomenda progressão da tolerância para uma medida dialógica que aporte na alteridade, como ética primeira, em que mais que aceitar ou tolerar o outro, é possível se responsabilizar por ele.

Em sede de internacionalização do direito constitucional foi possível observar a pluralidade de teorias que, discutindo vértices variados, passam por um ponto comum: o infiltrar das regras internacionais na ordem interna. A análise do constitucionalismo diante da globalização e do rearranjo global exige uma perspectiva dogmática crítica da Constituição e dos Direitos Humanos, ofertando um novo modo de pensar a proteção desses direitos, sobretudo quanto ao bloco de convencionalidade das leis. Essa abertura do ordenamento constitucional brasileiro combinada à concepção contemporânea de direitos humanos regada pela alteridade mostra a possibilidade jurídica de criação de um mecanismo de implementação de sentenças internacionais no Brasil.

b) Quanto à atuação da CIDH no Brasil, especificamente, foi demonstrada a jurisdição obrigatória da Corte no país e a natureza cogente de suas sentenças na ordem interna. Ainda, destacou-se a problemática emergente do cumprimento das decisões no país, pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, a partir da análise da responsabilidade internacional do Estado, a evidenciar necessidade de criação de um órgão de implementação das sentenças no Brasil.

Ainda sob o prisma da necessidade de criação de um órgão de implementação de sentenças, foi delineado o chamado paradoxo do cumprimento pelo violador e a incongruência em se entregar o monopólio da implementação das sentenças justamente ao Poder que, ainda que indiretamente, violou direitos. Essa condição resta patente, à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos, na recente decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau. Também o paradoxo do cumprimento pelo violador, portanto, demonstra a necessidade de criação de um órgão de implementação das sentenças da CIDH,

para que se dê maior proteção e efetividade aos direitos Humanos. E mais, oportuniza uma reflexão inovadora sobre a natureza deste órgão de implementação, que passa a ser enfrentada no presente capítulo.

Nesses termos, orientados pelo constitucionalismo democrático<sup>403</sup> e pela democracia deliberativa<sup>404</sup>, é preciso discutir os termos teóricos que justificam a criação de um órgão de implementação híbrido, aberto e plural. Elegem-se, em sede de recorte metodológico, duas questões cruciais que podem ofertar sólidas bases para a criação de um órgão de implementação das sentenças da CIDH no Brasil: quem é o povo<sup>405</sup> presente nesta concepção de órgão híbrido, aberto e plural? Como deverá atuar este Povo presente em órgão de implementação, híbrido, aberto e plural?

A resposta à primeira questão implica identificar os agentes capazes de pensar a implementação das sentenças da CIDH, bem como demonstrar as limitações que o monopólio de um único Poder da República pode ter para implementá-las. A segunda questão exige demonstrar uma interação entre os agentes que compõem um órgão híbrido, aberto e plural capaz de produzir boas respostas em matéria de direitos humanos e fundamentais.

---

<sup>403</sup> A partir do modelo de análise de Robert Post e Reva Siegel, construído por Miguel Gualano Godoy, especialmente: POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo democrático**: por una reconciliación entre Constitución y pueblo. Trad. Leonardo García Jaramillo. Buenos Aires: Siglo XXI, 2013, p. 31-41.

<sup>404</sup> A partir de NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 2003. Ainda, GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia**: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

<sup>405</sup> Giorgio Agamben trata da ambiguidade semântica dos termos Povo e povo na obra *Meios sem fim*: notas sobre a política. O autor adverte que um referente único e compacto do termo povo não existe, em nenhum lugar, de modo que povo é um conceito polar, indicativo de duplo movimento e de uma relação complexa entre dois extremos: o conjunto Povo, como um corpo político integral, e o subconjunto povo, como multiplicidade fragmentária de corpos necessitados e excluídos. Povo (existência política) e povo (vida nua). Povo/povo traz em si, a fratura biopolítica fundamental. Ciente desse desafio teórico, os aportes coletados nesta tese podem induzir à opção pelo uso do termo Povo, em letra maiúscula, já que se pretende que participem do órgão de implementação das sentenças da CIDH, categorias devidamente representadas e experientes no manejo das políticas públicas, afetas a cada sentença condenatória internacional. Contudo, na presente pesquisa opta-se, a partir de Agamben, pelo termo povo, com letra minúscula, para provocar a reflexão sobre a necessidade de inclusão. Vide: AGAMBEN, Giorgio. **Meios sem fim**: notas sobre a política. Tradução Davi Pessoa Carneiro. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015, p. 195.

## 5.1 QUEM É O POVO? OS AGENTES CAPAZES DE PENSAR A IMPLEMENTAÇÃO DAS SENTENÇAS DA CIDH NO BRASIL

A implementação de uma sentença internacional que reconhece violações a direitos humanos é um ato complexo, multidisciplinar e que costuma envolver uma conjugação de esforços de diferentes áreas. A ideia de um órgão híbrido, aberto e plural leva a retomar, a partir dos exemplos de condenações e recomendações da CIDH em cumprimento no país, os meandros do quanto essa empreitada pode ser multifacetada. Essa demonstração pode ser colhida a partir das experiências dos atores envolvidos nas implementações operacionalizadas até o momento, sobretudo da atuação dos principais atores envolvidos na implementação.

De pronto, observa-se que participaram, direta ou indiretamente, da implementação parcial da sentença Gomes Lund no Brasil, dentre outros, os seguintes setores e instituições: Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal, Advocacia Geral da União, Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos, Comissão Nacional da Verdade, Departamento de Polícia Federal, Instituto Médico Legal, Ministério da Defesa, Ministério da Justiça, Ministério Público Federal, Ordem dos Advogados do Brasil, Procuradoria Regional da República/3ª Região, Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, Universidade Federal de Minas Gerais, Universidade de Campinas e Universidade de São Paulo.

Ademais, o Poder Executivo brasileiro, para além de seu papel precípua na implementação da política de reparação aos perseguidos políticos, integrou esforços com variados setores da sociedade civil e mesmo entre órgãos governamentais. A Comissão de Anistia, instalada no âmbito do Ministério da Justiça, por meio da Medida Provisória n.º 2.151 e, posteriormente modificada pela Medida Provisória n.º 65 de 2002, convertida em lei pelo instrumento de n.º 10.550 de 2002, tem atuado de modo contínuo no cumprimento de medidas de Justiça de Transição.<sup>406</sup>

---

<sup>406</sup> BENEDETTI, Andréa Regina de Moraes; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. O desafio da justiça de transição para o estado brasileiro: verdade e reparação a partir da revisão da lei de anistia pelo Poder Judiciário. In: MUNIZ, Iranice Gonçalves; SILVA, Edjane Esmerina Dias da. (Org.). **A humanização do Direito e a horizontalização da Justiça no século XXI**. João Pessoa-PB, 23. ed. Florianópolis-SC: CONPEDI, 2014, p. 301.

Nesse sentido:

a Comissão de Anistia tem procurado integrar esforços com os projetos Direito à Memória e à Verdade, da Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, Memórias Reveladas, da Casa Civil da Presidência da República, Memorial da Resistência, do Governo do Estado de São Paulo, com as iniciativas da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, com as ações da Procuradoria da República de São Paulo, com uma extensa rede de universidades públicas e privadas no fomento à pesquisa e desenvolvimento do tema, com partidos políticos e governos comprometidos com a história e, principalmente, deslocando o máximo de sua institucionalidade para dar visibilidade às iniciativas realizadas pela sociedade civil organizada: entidades nacionais e internacionais de direitos humanos e de representação de diversos setores sociais, como a União Nacional dos Estudantes, a Associação Brasileira de Imprensa, a Ordem dos Advogados do Brasil, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil e, especialmente, com as associações e diferentes movimentos dos perseguidos políticos, anistiados e anistiados do país, civis e militares. Ainda, num esforço complementar ao empreendido pelo Ministério das Relações Exteriores e pelas cúpulas do Mercosul, a Comissão de Anistia vem buscando aproximar horizontes com outros países da América Latina e do mundo.<sup>407</sup>

Merece registro a atuação da Comissão Nacional da Verdade, criada pela Lei n.º 12528 de 2011 e instituída em 16 de maio de 2012, com a finalidade de apurar graves violações de Direitos Humanos ocorridas entre 18 de setembro de 1946 e 5 de outubro de 1988, a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional.<sup>408</sup> A comissão ouviu depoimentos de vítimas, testemunhas e agentes da repressão da ditadura civil-militar de 1964-1985, além da realização de audiências públicas nas cinco regiões do Brasil<sup>409</sup>.

Destacou a Comissão Nacional da verdade que

A participação da sociedade também tem sido importante para ajudar a impulsionar os trabalhos da CNV. Desde sua instalação, a Ouvidoria, principal canal de interação com a sociedade, contabilizou o recebimento de mais de 101 pedidos de investigação, 71 contribuições de material, e um

<sup>407</sup> ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo; ALVARENGA, Roberta Vieira; BELLATO, Sueli Aparecida. Justiça de transição no Brasil: o papel da comissão de anistia do ministério da justiça. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. n. 1, jan./jun., 2009, p. 12-13.

<sup>408</sup> BENEDETTI, Andréa Regina de Moraes; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. O desafio da justiça de transição para o estado brasileiro: verdade e reparação a partir da revisão da lei de anistia pelo Poder Judiciário. In: MUNIZ, Iranice Gonçalves; SILVA, Edjane Esmerina Dias da. (Org.). **A humanização do Direito e a horizontalização da Justiça no século XXI**. João Pessoa-PB, 23. ed. Florianópolis-SC: CONPEDI, 2014, p. 301.

<sup>409</sup> BRASIL. **Comissão Nacional da Verdade**. Comissão da verdade divulga balanço de um ano dia 21. Brasília: CNV. 2013, p. 25.



total de 843 registros. A CNV também já firmou 18 acordos com instituições da sociedade civil e comissões estaduais da verdade<sup>410</sup>.

Ainda, segundo a Comissão, seu trabalho, além de apurar as circunstâncias das graves violações de direitos humanos ocorridas no país entre 1946 e 1988, tem o papel de recomendar ao Estado e à sociedade brasileira mudanças de legislação, regulamentos e instituições com o intuito de fortalecer o regime democrático e evitar a repetição de graves violações de direitos humanos. E, por isso, qualquer cidadão pôde enviar suas ideias para o capítulo das recomendações do relatório final, como meio de incorporar a percepção da sociedade ao relatório da Comissão Nacional da Verdade<sup>411</sup>.

Além disso, a Comissão Nacional da Verdade e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) assinaram em 2013 um acordo de cooperação técnica. A parceria buscava criar condições para a implementação e a execução do projeto chamado “Fortalecimento da Comissão Nacional da Verdade”. O PNUD conta com uma ampla experiência de contribuição para a implementação de comissões da verdade no mundo e o objetivo da parceria foi “usar sua rede de escritórios em 177 países e territórios, bem como o conhecimento acumulado no campo da Justiça de Transição, para desenvolver este trabalho de parceria com a CNV”<sup>412</sup>.

O projeto de apoio do PNUD foi instituído especificamente para “a criação de ferramentas de sensibilização do público em geral e mecanismos para facilitar a relação com a Comissão”, com o fortalecimento da ouvidoria da CNV e o desenvolvimento de uma proposta de legado para a Comissão da Verdade. A expectativa envolveu criar agentes capazes de contribuir para a criação de um ambiente colaborativo e aberto aos trabalhos de resgate crítico da História recente do Brasil. Segundo o PNUD, a criação de comissões da verdade e outros mecanismos de Justiça de Transição “contribui para o fortalecimento de um Estado

---

<sup>410</sup> BRASIL. **Comissão Nacional da Verdade**. Comissão da verdade divulga balanço de um ano dia 21. Brasília: CNV. 2013, p. 25.

<sup>411</sup> BRASIL. **Comissão Nacional da Verdade**. CNV inicia consulta sobre recomendações do relatório final. Brasília: CNV. 2014, p. 25.

<sup>412</sup> NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. Comissão nacional da verdade oficializa parceria com o PNUD. **ONUBR**, Brasília, 2013.

Democrático de Direito capaz de oferecer opções e escolhas que proporcionem aos seus cidadãos a oportunidade do desenvolvimento e do acesso a seus direitos”<sup>413</sup>.

A envergadura do trabalho desenvolvido pela Comissão pode ser consultada nos relatórios finais de atividade, cujo volume, próximo de duas mil páginas apenas na parte referente a mortos e desaparecidos políticos, inviabiliza considerações de conteúdo nesta pesquisa. Mas uma análise, ainda que perfunctória do relatório, expõe a multiplicidade de fontes de investigações e pessoas envolvidas na atividade<sup>414</sup>.

No âmbito da reabilitação, medidas de assistência médica, psicológica, jurídica vêm sendo progressivamente implantadas, como no caso das Clínicas do Testemunho, conforme já mencionado neste trabalho. Note-se, que no primeiro trimestre de 2016 foi lançada a segunda fase das Clínicas do Testemunho em parceria com o Conselho Britânico e entidades parceiras<sup>415</sup>. A chamada faz parte da segunda fase do programa Clínicas do Testemunho e tem o objetivo de ampliar e aprofundar a atenção psíquica oferecida a vítimas de violações de direitos humanos no Brasil, a partir da troca de experiências e acúmulo em áreas de psicanálise e reparação psíquica entre as Clínicas de Testemunho e a experiência do sistema de saúde pública no Reino Unido.

Visa com isso contribuir para a interrupção do Ciclo de Violência no qual essas vítimas estão inseridas, por meio da implementação de um vasto projeto de desenvolvimento profissional em reparação psíquica destinado a capacitar diferentes instituições públicas e privadas sem fins lucrativos, com ênfase em profissionais do Sistema Único de Saúde (SUS) e do Sistema Único de Assistência Social (SUAS). Adicionalmente, oferece aos especialistas britânicos a oportunidade de contribuir para uma política pioneira no Brasil, crítica ao cumprimento das obrigações relativas à realização dos direitos humanos, com relevância para outros países da América

---

<sup>413</sup> NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. Comissão nacional da verdade oficializa parceria com o PNUD. **ONUBR**, Brasília, 2013.

<sup>414</sup> BRASIL. **Comissão Nacional da Verdade**. Relatório da comissão nacional da verdade: mortos e desaparecidos políticos. v. 3. Brasília: CNV, 2014.

<sup>415</sup> BRITISH COUNCIL BRASIL. Clínicas do Testemunho - edital 2015-16. **BRITISH COUNCIL**, São Paulo, 2016.

Latina e com aprendizados possivelmente aplicáveis a situações de enfrentamento da violência no Reino Unido<sup>416</sup>.

Os trabalhos das clínicas seguirão três eixos: o primeiro na atenção psicossocial (que na primeira fase do projeto atingiu 4.200 pessoas, sendo que 350 foram atendidas em grupo ou individualmente; o segundo eixo envolve a capacitação de profissionais (resultados da primeira fase alcançaram 700 profissionais e 309 horas de trabalho por meio de oficinas de capacitação de profissionais de saúde mediante jornadas interdisciplinares ou encontros multiprofissionais); por fim, o terceiro eixo prevê insumos para quatro publicações realizadas e disponibilizadas gratuitamente no site da Comissão.

Foram pré-selecionadas para a segunda fase as seguintes instituições: Instituto de Estudos da Religião – ISER (Núcleo Rio de Janeiro); Associação Instrutora da Juventude Feminina – Instituto Sedes Sapientiae, São Paulo; Instituto APPOA – Clínica, Intervenção e Pesquisa em Psicanálise (Núcleo Rio Grande do Sul); Instituto APPOA – Clínica, Intervenção e Pesquisa em Psicanálise (Núcleo Santa Catarina) e Instituto de Estudos da Religião (Núcleo São Paulo).

É preciso registrar que na primeira fase, o investimento global da Comissão de Anistia foi de R\$ 2.174.338,28. Para o Projeto 2016-2017, foram repassados para as clínicas o valor total de R\$ 1.472.845,44 e o Fundo Newton do Conselho Britânico repassou aproximadamente R\$ 1.653.000,00 para as entidades executoras, para implementarem centros de capacitação voltados para a violência institucional do passado e do presente.

No âmbito dos requisitos para candidatura da instituição parceira britânica, esta deve ter reconhecido histórico de atuação nas áreas de psicanálise, saúde pública, violência de Estado e (ou) reparação por meio de atendimento clínico a vítimas de violência. A instituição poderá ser: Instituição de ensino superior sem fins lucrativos com capacidade de empreender pesquisa de alta qualidade; organização de pesquisa sem fins lucrativos com capacidade de empreender pesquisa de alta qualidade; hospitais com vínculo com o Sistema Nacional de Saúde e com capacidade de empreender pesquisa de alta qualidade; em casos

---

<sup>416</sup> BRITISH COUNCIL BRASIL. Clínicas do Testemunho - edital 2015-16. **BRITISH COUNCIL**, São Paulo, 2016.

excepcionais, organizações sem fins lucrativos, incluindo organizações não governamentais (ONGs) com capacidade de empreender pesquisa de alta qualidade.

Essas são, portanto, algumas amostras práticas do que se defende, teoricamente, como um órgão de implementação de sentenças da CIDH de conformação híbrida, aberta e plural.

Prosseguindo, também no caso do cumprimento da sentença do caso Ximenes Lopes, é possível perceber que foram envolvidos diversos setores da área de saúde<sup>417</sup>:

Em relação à obrigação de continuar a desenvolver um programa de formação e capacitação para todas as pessoas vinculadas ao atendimento de saúde mental, em especial sobre os princípios que devem reger o trato das pessoas portadoras de deficiência mental, conforme os padrões internacionais sobre a matéria e aqueles dispostos na Sentença (parágrafo resolutivo oitavo da Sentença), o Estado reiterou a informação apresentada em escritos anteriores e elaborou um relato cronológico sobre as ações que tem desenvolvido desde o ano de 2002 para a capacitação dos profissionais do campo da saúde mental. Nesse sentido, entre outras medidas, referiu-se novamente à Política Nacional de Educação Permanente em Saúde (PNEPS), à Universidade Aberta do Sistema Único de Saúde e ao Plano Emergencial para Ampliação do Acesso ao Tratamento e Prevenção em Álcool e outras Drogas. Agregou que através de normas e recursos financeiros, o Ministério da Saúde busca incentivar as ações que considera prioritárias e trabalha para ampliar as ofertas de capacitação em saúde mental no marco da política de educação permanente desse Ministério. Em consequência, o Estado realizou um levantamento das universidades que oferecem cursos na área de saúde mental e que poderiam oferecer cursos a distância; definiu o conteúdo necessário para a formação de profissionais que trabalham na área de saúde pública; forneceu apoio técnico e incentivo à priorização, por parte dos gestores dos estados federados e municípios, da capacitação em saúde mental nos seus respectivos planos de educação permanente; e procedeu a uma análise sobre a oferta e a necessidade de expansão de residências médicas, selecionando a psiquiatria como área prioritária. Outrossim, manifestou que em 2009 desenvolveu o programa Pro Residência e lançou uma convocatória de apoio aos programas de residência médica, com ênfase nas regiões Norte, Nordeste e Centro-oeste do país, definiu e entregou aos Estados federados os recursos financeiros para a PNEPS, regulamentou e apoiou outros cursos de Residência Multiprofissional na área de Saúde (RMS), e criou o Programa Nacional de Bolsas para as RMS, entre outras ações.

Note-se, ademais, que mesmo em face dessas medidas internas, a Corte declarou na segunda supervisão de cumprimento da execução da sentença, que o Estado deveria “continuar a desenvolver um programa de formação e capacitação

---

<sup>417</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: *resolución de la corte interamericana de derechos humanos* de 17 de mayo de 2010. **Caso Ximenes Lopes vs. Brasil**. *Supervisión de cumplimiento de sentencia*. 2011, p. 9.

para o pessoal médico, de psiquiatria e psicologia, de enfermagem e auxiliares de enfermagem e para todas aquelas pessoas vinculadas ao atendimento de saúde mental”, especialmente sobre os princípios que devem reger o trato das pessoas portadoras de deficiência mental, conforme os padrões internacionais sobre a matéria. E novamente, a partir do exemplo de parte da implementação de uma sentença internacional no país, é possível aferir a riqueza de setores envolvidos ou especializados na implementação das decisões.

Noutra margem, no âmbito das recomendações da CIDH, encontra-se na pauta das obrigações brasileiras, agora no âmbito de um estado federado, o já referido Caso Complexo Curado. Devem envolver-se no cumprimento da resolução da CIDH, além das diretorias das três unidades prisionais do Complexo, as Secretarias Executivas de Ressocialização (SERES), de Desenvolvimento Social e Direitos Humanos (SEDSDH) e de Saúde do Estado, em função da situação de superlotação no Complexo<sup>418</sup>.

E enquanto o governo de Pernambuco estuda realizar desapropriações de residências localizadas no entorno do Complexo Prisional do Curado, como parte de um plano de ordenamento urbano para melhorar as condições de segurança na unidade e em seus arredores, o Ministério Público de Pernambuco pede a desativação do Complexo. O Executivo<sup>419</sup> cita, como medidas tomadas para melhoria do Sistema campanhas de vacinação; licitação para compra de 4 mil tornozeleiras; instalação de alambrados nas muralhas e aumento da periodicidade de revistas para evitar a presença de armas entre os detentos; contratação de 126 novos agentes penitenciários; instalação de uma ouvidoria no complexo para receber e apurar casos de violações de direitos humanos; e uso de equipamentos eletrônicos de inspeção nas revistas.

O Ministério Público de Pernambuco sugere medidas para uma melhoria do sistema prisional pernambucano; a contratação de mais agentes prisionais; a já referida desativação do Complexo do Curado de forma lenta e planejada, políticas públicas com cronograma e metas; criação de um fórum permanente na Assembleia Legislativa de Pernambuco para discutir o sistema prisional e não apenas quando

---

<sup>418</sup> BRASIL. Ministério Público do Estado de Pernambuco. **MPPE recomenda não enviar novos reeducandos para o Complexo do Curado sem autorização judicial**. Recife: MPPE, 2014.

<sup>419</sup> BRASIL. Governo do Estado de Pernambuco. **Idosos do Complexo do Curado terão atendimento diferenciado**. Recife: Governo do Estado de Pernambuco, 2014.

ocorrem rebeliões ou fugas; a reconstrução e reativação de cadeias públicas no interior para aliviar a superlotação das que funcionam<sup>420</sup>.

São, portanto, novamente, exemplos concretos de implementação de determinações da CIDH no Brasil que dão conta da diversidade de agentes envolvidos e da magnitude da ingerência, em sede de políticas públicas, que uma sentença ou recomendação internacional, exarada pela CIDH, pode implicar.

Nesse rumo, todos os argumentos evidenciam a necessidade de criação de um órgão híbrido, aberto e plural, para dar conta das exigências de uma universalização dos direitos humanos sem déficit e que supere o paradoxo do cumprimento pelo violador na ordem interna.

A discussão que se segue à conformação do órgão exige, ademais, pensar de que maneiras este órgão, tão diverso, pode atuar? Quais as bases teóricas devem sustentar a relação entre os diferentes setores alocados no órgão de implementação? A resposta passa pela teoria dos diálogos institucionais<sup>421</sup>.

## 5.2 A ATUAÇÃO DE UM ÓRGÃO HÍBRIDO, ABERTO E PLURAL: UMA TRAVESSIA PELAS MÚLTIPLAS ACEPÇÕES DO DIÁLOGO

Um órgão de conformação híbrida, aberta e plural certamente suscita questionamentos quanto a sua atuação, no sentido de como poderão interagir os atores envolvidos na implementação das sentenças que, outrora isolados, desta vez estarão reunidos formalmente em um órgão de execução das decisões internacionais.

Desde logo é preciso defender que a atuação esperada entre os atores da implementação não poderá escapar ao diálogo, aqui entendido como interação deliberativa e não somente adversarial, por ter maiores possibilidades de produzir

---

<sup>420</sup> BRASIL. Governo do Estado de Pernambuco. **Em audiência pública, MPPE propõe medidas para melhoria do sistema prisional**. Recife: Governo do Estado de Pernambuco, 2016.

<sup>421</sup> Conrado Hübner Mendes utiliza a expressão 'diálogos interinstitucionais' para se referir, especificamente, ao diálogo entre parlamentos e Cortes. A presente tese opta pelo uso da expressão 'diálogos institucionais' para se referir de modo genérico, a todas as formas de diálogo entre as variadas instituições envolvidas no jogo democrático.

boas respostas sobre direitos fundamentais. A opção pelo diálogo passa pelo reconhecimento da insuficiência da definição de separação dos poderes e pode ser uma resposta suficiente para o momento democrático brasileiro.

Não é uma jornada teórica tranquila, sendo necessário, primeiramente, enfrentar as resistências ao uso da palavra diálogo, situando-a na teoria dos diálogos institucionais, para, em sequência, demonstrar por que um órgão de implementação das sentenças da CIDH, no Brasil, precisa ter essa atuação. Nesse sentido, o uso da palavra diálogo exige demarcações metodológicas, sob pena de comprometimento do resultado.

Palavra de múltiplas acepções, o diálogo aqui trabalhado requer um acordo semântico, que se coadune com um órgão de implementação das sentenças da CIDH híbrido, aberto e plural. Diálogo, neste estudo, refere-se às trocas que podem ser desejadas e realizadas entre os diferentes atores da implementação das sentenças da CIDH no Brasil. Não se discute filosoficamente o conceito diálogo<sup>422</sup>, embora, de certo modo, possa estar pressuposto e nesse passo María José Fariñas Dulce<sup>423</sup>, ao tratar especificamente do diálogo intercultural, a que define como um processo aberto e sem fim que torna possível a convivência com a pluralidade, traz importantes lições sobre o diálogo que podem aqui ser utilizadas. Assim:

Este discurso dialógico se plantea aquí como un proyecto filosófico y hermenéutico, en el sentido propuesto por Gadamer, es decir, como un proceso de comprensión de la 'alteridad', a la vez que como un proceso de aceptación del «otro» en el mismo plano de igualdad, de solidaridad y de reciprocidad, más allá de la simple tolerancia pasiva o del respeto formal, que no ocultan más que una situación de superioridad cultural y de intransigencia. Porque, no debemos olvidar, que quien quiere comprender debe estar dispuesto a que los 'otros' (es decir, 'la alteridad de los otros textos', parafraseando a Gadamer) puedan libremente decir algo; y, para conseguir esto, es necesario darles la misma oportunidad de expresarse, es decir, la igualdad democrática en el uso de la palabra (la isegoría). Tampoco podemos olvidar, que sin la recíproca aceptación de los 'otros' como iguales a 'nosotros', el discurso dialógico es difícil de llevar a la práctica. [...] El diálogo se presenta, pues, como la forma más patente de efectuar una comprensión, removiendo los obstáculos que se nos plantean, en el momento en que tenemos que comprender los universales (o los fundamentos últimos) de las 'otras' culturas o de las otras identidades desde los universales (o los fundamentos últimos) de 'nuestra' propia cultura o

---

<sup>422</sup> O que exigiria partir de Platão e a Dialética ou mesmo aprofundar as vertentes apresentadas pelo filósofo do diálogo Mikhail Bakhtin, o que escapa aos limites desta tese. Sobre o tema, conferir BUBER, Martin. **Eu e tu**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1979.

<sup>423</sup> DULCE, María Jose Fariñas. *La tensión del pluralismo desde la perspectiva filosófica intercultural*. **Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas**, ano 8, n.12, 2000, p. 221.

nuestra propia identidad, pero sin caer en mecanismos de dominación o de superioridad cultural.<sup>424</sup>

A escolha desta compreensão do diálogo se relaciona diretamente com a já estudada alteridade como fundamento dos direitos humanos, na medida em que “*identidad y alteridad son elementos fundamentales que han de conducir a un esfuerzo antifundamentalista para poder encontrarse con los ‘otros’ y poder percibir las diferentes expresiones o manifestaciones de la condición humana*”<sup>425</sup>. Assim, somente quando aqueles que se relacionam puderem contemplar de modo autocrítico suas próprias contradições internas, estarão em condições de desenhar o cenário do diálogo.

A ideia de diálogo, aqui, é aquela de “*la voluntad de compartir y de dialogar, transformando el pendular y tradicional conflicto dialéctico de enfrentamiento o choque de elementos contrarios en una tensión dialógica o en un diálogo dialógico y relacional*”<sup>426</sup>. Nesse passo, diálogo, no presente estudo, engloba a fala em que há a interação entre dois ou mais indivíduos e alcança o sentido da interação deliberativa e não somente adversarial, por ter maiores possibilidades de produzir boas respostas sobre direitos fundamentais.

Diálogo como reflexão conjunta, participação cooperativa de experiências, em forma de metodologia que permite compartilhar dados em busca de uma implementação adequada. Não impõe polarização, debate, contraposição mas também não elimina. Aceita o dissenso construtivo. Não exige planificação do pensamento, mas espera o consenso reflexivo como resultado. Repete, enfim, as condições ideias da arena democrática no órgão de implementação.

Mas dito isso, é relevante destacar que este estudo trabalha ora com os diálogos realizados pelo Poder Judiciário, interno e internacional, ora com os diálogos realizados entre instituições e Poderes. Por essa razão, diferenciam-se, a partir de agora, expressões e teorias que possam tangenciar as discussões. E nessa

---

<sup>424</sup> DULCE, María Jose Fariñas. *La tensión del pluralismo desde la perspectiva filosófica intercultural. Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*, ano 8, n.12, 2000, p. 221.

<sup>425</sup> DULCE, María Jose Fariñas. *Claves para el diálogo entre culturas. El país*. Opinión, 2005.

<sup>426</sup> DULCE, María Jose Fariñas. *La tensión del pluralismo desde la perspectiva filosófica intercultural. Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*, ano 8, n.12, 2000, p. 221.



toada, iniciando o elenco pela temática do diálogo tendo como parte o Poder Judiciário desde logo as variações semânticas se apresentam, a saber<sup>427</sup>:

### 5.2.1 Diálogo Judicial: Redes Judiciais Transnacionais à tese dos diálogos transjurisdicionais

A ideia de diálogo judicial é tratada por Anne-Marie Slaughter<sup>428</sup>, que em 1994 já propunha uma tipologia da comunicação transjudicial, com três diferentes vertentes.

A primeira vertente seria a comunicação horizontal transjudicial, presente entre Cortes de mesma estatura, nacionais ou supranacionais. Assim, o diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Suprema Corte dos Estados Unidos, ou ainda, entre a *Corte Suprema de Justicia de Colombia* e a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, se considerados os diálogos entre Corte internas dos países. No âmbito supranacional, a comunicação horizontal transjudicial imaginada por Slaughter poderia ser exemplificada pelo diálogo entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

A segunda vertente é a chamada comunicação vertical, observada entre Cortes nacionais e Cortes supranacionais. A comunicação mais elaborada nesta

---

<sup>427</sup> Oportuno mencionar a teoria do diálogo das fontes. O diálogo das fontes é o “método de uma nova teoria do direito criado e desenvolvido pelo jurista alemão Erik Jayme”, para interpretação e aplicação das leis, pelo qual, “em vez da identificação do conflito entre normas jurídicas, busca-se a sua coordenação”. Foi versada para o Brasil por Cláudia Lima Marques, segundo a qual “o estudo do diálogo das fontes, promove sempre os direitos do sujeito mais fraco e seus direitos fundamentais” e mais “trata-se de uma visão atualizada e coerente do antigamente “conflito de leis no tempo”, e neste sentido serve a toda a teoria geral do direito. MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.) **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012, p. 17-66. A Teoria do Diálogo das Fontes, em face da multiplicidade de fontes legislativas a regular o mesmo fato, surge para “fornecer ao intérprete uma nova ferramenta hermenêutica hábil a solucionar o conflito entre as leis de um mesmo ordenamento, ultrapassando os critérios tradicionais de solução de antinomias”. Tal teoria não está imune a críticas, dentre elas a possibilidade de fornecer ao juiz subjetividade e discricionariedade em sua decisão. Tais enfoques, contudo, não se coadunam com os limites desta tese, pela impertinência temática, razão pela qual não serão enfrentados. Sobre o tema, vide, ainda: MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil: do diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 45, jan./mar., 2003, p. 71.

<sup>428</sup> SLAUGHTER, Anne-Marie. *A global community of courts*. **Harvard International Law Review**. v. 44, 2003, p. 191.

espécie surge no contexto de tratados que criam tribunais supranacionais com jurisdição especializada países que os assinam, como o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal.

A terceira vertente, chamada comunicação vertical-horizontal, ocorreria nos casos que combinassem os tipos anteriores de comunicação (vertical e horizontal), originando diferentes combinações. Nessa hipótese, um tribunal supranacional poderia atuar como um facilitador da comunicação horizontal entre Tribunais internos. Uma segunda variante estaria presente no uso de princípios legais de determinado ordenamento jurídico nacional, que poderiam ser invocados por um tribunal supranacional.

Tais relações qualificariam o que a autora chama de globalização judicial, caracterizada por um diálogo judicial que ocorre em vários níveis e que leva à criação de redes de interlocução judicial.

Nesse quadrante, a ideia de redes judiciais (*judicial networks*) foi desenvolvida por Jens Meierhenrich<sup>429</sup>, que propôs a compreensão de três tipos básicos de redes judiciais.

A primeira espécie seria a rede judicial de informação (*information networks*), criadas com a finalidade de produção e o intercâmbio de informações e ideias, tal qual a percepção de Slaughter e as redes de Cortes constitucionais nacionais (comunicação horizontal).

O segundo tipo de rede seria composto pelas redes judiciais de implementação (*enforcement networks*), mais expressiva no direito penal, com a cooperação em matéria penal e de captura de procurados e foragidos.

Por fim, narra a existência de redes de harmonização (*harmonization networks*), que seriam aquelas presentes onde se busca uma unificação de um direito comum, no âmbito da aplicação das regras.

Noutra margem, Sir Basil Markesinis e Jorg Fedtke<sup>430</sup> descrevem algumas hipóteses nas quais, segundo sua concepção, deveria se instaurar o que chamam de diálogo judicial. Assim, sempre que o Tribunal tiver que identificar princípios

---

<sup>429</sup> MEIERHENRICH, Jens. *Judicial networks*: coletânea organizada por Anthony J. Langlois e Karol Edward Soltan. ***Global democracy and its difficulties***. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2009, p. 82-94.

<sup>430</sup> MARKESINIS, Sir Basil; FEDTKE, Jorg. *The judge as comparatist*. ***Tulane Law Review***. v. 80, n. 1, 2005, p. 165.

comuns, ou quando a lei nacional apresentar uma lacuna, ambiguidade, ou claramente necessitar sofrer uma modernização. Ainda, quando a experiência estrangeira (pela demonstração dos dados empíricos daquele caso concreto) possa desfazer temores sobre as consequências de determinada solução legal; quando o direito estrangeiro trazer evidência de que a solução proposta ‘funcionou’ em outros sistemas; quando se estiver diante de interpretação de uma norma emanada de outro sistema jurídico ou tenha origem em instrumentos internacionais e, finalmente, quando o Tribunal se confrontar com questões altamente especializadas do ponto de vista técnico ao invés de questões axiológicas.

Em prosseguimento, surge a expressão diplomacia judicial, cujo emprego pode se revelar controverso: de modo geral vem associado ao diálogo entre sistemas jurídicos nacionais, mas não deve ser confundido com a política externa definida e executada pelos Poderes Executivos. Assim, a diplomacia judiciária pode ser entendida como o conjunto das relações e interações entre cortes domésticas e estrangeiras, buscando o aprimoramento da atuação jurisdicional, ante as mudanças produzidas pela crescente interdependência das nações.

A crítica necessária ao uso do termo diplomacia judicial deve ser dirigida ao seu uso meramente retórico, tomado em geral pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, sobretudo no exercício da presidência daquela Corte. Não é incomum os presidentes afirmarem a importância do diálogo judicial com as Cortes Internacionais, para o aprimoramento dos direitos humanos.

Ocorre que, a ideia de diplomacia judicial parece não se coadunar com a espécie de diálogo necessário ao fortalecimento dos direitos humanos. Primeiro porque se relaciona a ideia de negociação, sempre provisória e interessada. Diante das dificuldades sempre será possível “retirar o corpo diplomático” para demonstrar descontentamento. Mas como fazê-lo em sede de direitos humanos e fundamentais? A ideia da diplomacia judicial traz, implícita, a ideia de não submissão e sim, de negociação. Mas o diálogo necessário quando se fala em jurisdição interna e internacional pressupõe um compromisso maior. O uso da expressão diplomacia judicial pelos Ministros do STF revela a intenção de agir com gentileza e abertura ao direito internacional, mas não com submissão às suas leis, o que pode ser uma fragilidade no discurso.

Finalmente, no âmbito da expressão diálogos transjurisdicionais tem-se que surge para designar os “eventos espontâneos, desenvolvidos entre diferentes

ordens jurídicas que se comunicam no sentido de procurar respostas para problemas em comum”. Nesse contexto, na interpenetração do direito alienígena em esferas nacionais, os juízes passam a se configurar como “agentes ativos no processo de mundialização, uma vez que ultrapassam sua função precípua de interpretar e aplicar a legislação nacional para também se tornarem importantes engenheiros e personagens de transformações”<sup>431</sup>.

Desse modo, “questões envolvendo, principalmente direitos humanos ou fundamentais, tornam-se concomitantemente relevantes para mais de uma ordem jurídica (estatal, regional, supranacional ou internacional)” e a busca por soluções em apenas uma dessas esferas já não será eficaz na resolução de dilemas comuns<sup>432</sup>.

## 5.2.2 Diálogo entre Cortes

O termo diálogo entre cortes é definido por André de Carvalho Ramos como “possibilidade de estímulo da convergência das ordens plurais”<sup>433</sup>, para quem o pluralismo de ordens jurídicas, a partir de expressão cunhada por Delmas-Marty<sup>434</sup> seria a “coexistência de normas e decisões de diferentes matrizes com ambição de regência do mesmo espaço social, gerando uma série de consequências relacionadas à convergência ou divergência de sentidos entre as normas e decisões

---

<sup>431</sup> SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MELLO, Rafaela da Cruz. **Internacionalização dos direitos humanos e diálogos transjurisdicionais**: uma análise da postura do Supremo Tribunal Federal brasileiro. In: CARDIN, Valéria Silva Galdino; DEL’OLMO, Florisbal de Souza; FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer (Org.). *A humanização do Direito e a horizontalização da Justiça no século XXI*. João Pessoa-PB. 23. ed. Florianópolis-SC: CONPEDI, 2014, p.3.

<sup>432</sup> SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MELLO, Rafaela da Cruz. **Internacionalização dos direitos humanos e diálogos transjurisdicionais**: uma análise da postura do Supremo Tribunal Federal brasileiro. In: CARDIN, Valéria Silva Galdino; DEL’OLMO, Florisbal de Souza; FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer (Org.). *A humanização do Direito e a horizontalização da Justiça no século XXI*. João Pessoa-PB. 23. ed. Florianópolis-SC: CONPEDI, 2014, p.3.

<sup>433</sup> RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 106/107, jan./dez., 2011/2012, p. 513.

<sup>434</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. **Le pluralisme ordonné**. Paris: Seuil, 2004, p. 10.

de origens distintas”. Ordens jurídicas plurais são, pois, aquelas que “convergem e concorrem na regência jurídica de um mesmo espaço (a sociedade nacional)”.

Percebendo “a explosão normativa internacional, em especial na área dos direitos humanos”, o autor identifica as possibilidades de colisão que ressaltam daquela pluralidade: a colisão entre textos normativos de origens diversas e a colisão entre decisões de órgãos nacionais e internacionais. O possível o “choque de placas tectônicas”<sup>435</sup> nesse mundo de ordens plurais e de ordens jurídicas justapostas torna evidente a necessidade de Diálogo entre as Cortes, com “a fertilização cruzada e uso interconectado de fundamentos”, para se alcançar a harmonia entre as ordens internacional e nacional”.<sup>436</sup>

O autor, contudo, alerta que não basta o reconhecimento da pluralidade das ordens jurídicas e a luta pela harmonia e diálogo sem a discussão do modo pelo qual esse diálogo deve ser travado e, especialmente, com estabelecimento de parâmetros que indiquem se, em determinado caso, houve ou não, o diálogo, sob pena de “que essa técnica seja mero instrumento de retórica doutrinária, sem maior relevo na crítica das decisões judiciais”. Ainda:

parametrizar a harmonia e diálogo entre as ordens internacional e nacional serve para desnudar as *efetivas* opções dos julgadores nacionais, às vezes *distintas* das veiculadas em discursos para a mídia e para o público em geral. Nesse sentido, sugerimos os seguintes parâmetros: 1) menção à existência de dispositivos internacionais convencionais ou extraconvencionais vinculantes ao Brasil sobre o tema; 2) menção à existência de caso internacional contra o Brasil sobre o objeto da lide e as consequências disso reconhecidas pelo Tribunal nacional; 3) menção à existência de jurisprudência anterior sobre o objeto da lide de órgãos internacionais aptos a emitir decisões vinculantes ao Brasil; 4) peso dado aos dispositivos e à jurisprudência internacionais<sup>437</sup>.

---

<sup>435</sup> Expressão que designa o choque entre os ordenamentos, com decisões contraditórias oriundas do plano doméstico e do plano internacional, a partir dos estudos de Ramos em SHANY, Yuval. ***The competing jurisdictions of international courts and tribunals***. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 109. JACOBS, Francis. *Judicial dialogues and cross-fertilization of legal systems: the european court of justice*. ***Texas International Law Journal***, v. 38 p. 547-566, 2003. Vide: RAMOS, André de Carvalho. ***Direitos humanos na integração econômica***. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 458.

<sup>436</sup> RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. ***Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo***, São Paulo, v. 106/107, jan./dez, 2011/2012, p. 513.

<sup>437</sup> RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. ***Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo***, São Paulo, v. 106/107, jan./dez., 2011/2012, p. 513.

Desse modo, “caso a decisão nacional tenha preenchido os quatro parâmetros, houve efetivamente um Diálogo das Cortes”. O primeiro parâmetro é descritivo e exige transparência; nele o “órgão judicial nacional reconhece a incidência de normas internacionais ao caso, fazendo nascer o debate sobre a interpretação dos mesmos”. O segundo parâmetro refere-se à coerência e harmonia, onde o “Estado adere a tribunais internacionais e isso exige dos órgãos nacionais ao menos o reconhecimento do trâmite de casos perante o sistema internacional”. O terceiro parâmetro, por sua vez, atesta a pluralidade normativa atual e o quarto parâmetro dá publicidade à sociedade brasileira do conteúdo da jurisprudência internacional. Esse parâmetro “exige dos julgadores nacionais um esforço argumentativo para convencer a sociedade dos motivos pelos quais o Tribunal nacional contrariou, eventualmente, a interpretação internacional sobre o caso”<sup>438</sup>.

Ao tratar especificamente da relação entre o Supremo Tribunal Federal e CDIH, André de Carvalho Ramos destaca que após a adesão brasileira a mecanismo internacionais de averiguação de respeito a normas de direitos humanos, cabe, agora, “compatibilizar a jurisprudência dos STF sobre os diversos direitos protegidos com a posição hermenêutica dos citados órgãos internacionais”, de modo que a postura do STF seja condizente com os compromissos internacionais de adesão à jurisdição internacional de direitos humanos assumidos pelo Brasil, superando a tradicional fase da ‘ambiguidade’, na qual o Brasil ratifica os tratados de direitos humanos, “mas não consegue cumprir seus comandos normativos interpretados pelos órgãos internacionais”. Para o autor, “é extremamente importante a continuidade da divulgação do conteúdo das deliberações internacionais de direitos humanos, e da possibilidade de seu uso nos diversos processos judiciais relativos a direitos humanos em curso no STF”<sup>439</sup>.

Por fim, o autor não defende como melhor percepção de ordens jurídicas nem a relação horizontal nem vertical. “Ao contrário, há círculos concêntricos, com a ordem de maior amplitude (Direito Internacional) sendo formada pelos Estados para irradiar normas e decisões para as ordens de menor amplitude (Direito Nacional)”.

---

<sup>438</sup> RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 106/107, p. 513, jan./dez., 2011/2012, p. 513.

<sup>439</sup> RAMOS, André de Carvalho. O diálogo das cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Org.). **O STF e o direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 850.

Isso não implica desconsiderar o direito local que é, justamente, nuclear e, assim, por gerar o círculo de maior amplitude, “pode renegá-lo ou modificá-lo, adaptando-o a seus interesses e novos desejos”<sup>440</sup>.

### 5.2.3 Diálogo de Jurisdições

A expressão diálogo de jurisdições é de modo recorrente utilizada por Flávia Piovesan<sup>441</sup>, para definir as trocas realizadas entre as diferentes Cortes com atuação jurisdicional, no âmbito de experiências e jurisprudência. Identifica, na óptica contemporânea, três dimensões desse diálogo. A primeira dimensão seria o diálogo entre as jurisdições regionais (*cross cultural dialogue* entre as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos). A segunda, o diálogo entre as jurisdições regionais e as jurisdições constitucionais. A terceira, o diálogo entre as jurisdições constitucionais.

Especificamente quanto ao diálogo entre jurisdições em matéria de direitos humanos à luz do controle da convencionalidade, a autora entende que

É neste cenário que o sistema interamericano se legitima como importante e eficaz instrumento para a proteção dos direitos humanos, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas. Com a atuação da sociedade civil, a partir de articuladas e competentes estratégias de litigância, o sistema interamericano tem a força catalizadora de promover avanços no regime de direitos humanos<sup>442</sup>.

Ademais, destaca como especial estratégia para o aprimoramento mútuo dos sistemas regionais, o fortalecimento do diálogo entre os sistemas regionais interamericano e europeu. “A partir do diálogo inter-regional será possível identificar as fortalezas, potencialidades, bem como as debilidades e limitações de cada sistema, permitindo intercâmbios voltados ao refinamento de cada sistema”,

---

<sup>440</sup> RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **Coleção direito internacional multifacetado: convergências e divergências entre ordens jurídicas**. v. 5. Curitiba: Juruá, 2015, p. 19.

<sup>441</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 19, jan./jun., 2012, p. 56.

<sup>442</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 19, jan./jun., 2012, p. 75.

constituindo, a partir de referências a jurisprudências recíprocas, “processos de ‘interamericanização’ do sistema europeu e ‘europeização’ do sistema interamericano, na medida em que as agendas de violação de direitos humanos – ainda que diversas – passam a apresentar similitudes”.<sup>443</sup>

No âmbito do diálogo entre as jurisdições regionais de direitos humanos, a questão envolve a influência da jurisprudência de uma Corte regional sobre outra. Nessa senda, entre os sistemas regionais americano e europeu, a troca tem sido cada vez mais intensa, em face dos chamados processos de “interamericanização” do sistema europeu e de “europeização” do sistema interamericano<sup>444</sup>.

A abertura da Corte europeia à jurisprudência americana foi observada com maior expressão a partir da inclusão dos países do Leste Europeu no sistema europeu. Isso porque tais países, com sua agenda própria de violações, exigiram o enfrentamento de questões relativas a graves violações de direitos perpetradas por regimes autoritários, envolvendo a prática de tortura, execução sumária e desaparecimento forçado de pessoas.

No que tange à Corte Interamericana, sua abertura ao Sistema judicial europeu se deu a partir do enfrentamento de novos temas de direitos humanos, emergentes na agenda contemporânea, demandando o uso de precedentes da Corte europeia, como o caso de proibição da discriminação fundada em orientação sexual.

Em sede de diálogo entre as jurisdições constitucionais, ou diálogo horizontal, este ocorre quando a Corte interna de um determinado país se abre para a jurisprudência de outra jurisdição constitucional. No âmbito latino-americano especificamente, este ainda se mostra incipiente, sendo mais comum as alusões ao Direito Comparado europeu e norte-americano e aos seus precedentes.

Como analisa Virgílio Afonso da Silva<sup>445</sup>, “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (do Brasil) é altamente permeável a argumentos utilizados em

---

<sup>443</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 19, jan./jun., 2012, p. 92.

<sup>444</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 19, jan./jun. 2012, p. 94.

<sup>445</sup> SILVA, Virgilio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flavia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Org.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 530.



alguns Tribunais de outros países, mas ignora por completo a jurisprudência dos Tribunais vizinhos”.

Assim, considerando que a região compartilha dos mesmos desafios em relação à consolidação democrática, “baixa densidade do Estado de Direito e precária tradição de respeito dos direitos humanos”, mostra-se essencial avançar e fortalecer o diálogo horizontal entre jurisdições latino-americanas. O caso exemplar nesta esfera se refere à jurisprudência em matéria de direitos sociais fomentada pela Corte Constitucional da Colômbia, que em muito poderia contribuir com a maior proteção judicial desses direitos na região<sup>446</sup>.

Finalmente, tem-se o diálogo entre as jurisdições regionais e as jurisdições constitucionais, que interessa de perto à presente pesquisa. Este se caracteriza pela permeabilidade entre as jurisprudências de uma Corte regional e uma corte interna. Tal diálogo, diferente das duas categorias anteriores, conta com um componente adicional a ser considerado: o aspecto da jurisdição da Corte regional sobre o Estado (e, conseqüentemente, sobre a jurisdição constitucional interna). Em que medida seria apenas um diálogo? Como acomodar a coexistência de dois poderes judiciais que, ainda que com alcances diferentes, têm jurisdição sobre o mesmo Estado?

No caso brasileiro, um estudo realizado em 2009 acerca das decisões do Supremo Tribunal Federal do Brasil, baseadas em precedentes judiciais de órgãos internacionais e estrangeiros, aponta que oitenta casos aludem à jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, ao passo que cinquenta e oito casos aludem à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, enquanto apenas dois casos remetem à jurisprudência da Corte Interamericana<sup>447</sup>.

Percebe-se, pois, que o diálogo (ou ausência dele) entre jurisdições regionais e as jurisdições constitucionais de cada Estado comporta uma série de desafios e questões. Nesse sentido, como opção metodológica, a presente tese adota a expressão genérica “diálogo entre jurisdições” para tratar especificamente do diálogo ente a jurisdição regional interamericana e a ordem local brasileira.

---

<sup>446</sup> PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 19, jan./jun., 2012, p. 6.

<sup>447</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flavia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Org.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 530.

Sempre que se referir ao diálogo entre jurisdições com conotação diversa desta, será devidamente informado no texto.

Algumas reflexões no campo do diálogo de jurisdições, todavia, são importantes. Se internamente o controle de convencionalidade das leis no Brasil ainda apresenta déficit, a inserção do elemento Corte Internacional com jurisdição no território interno é um fenômeno singular. A análise de uma nova engrenagem (a justiça internacional), no já pouco azeitado sistema de freios de contrapesos, tem causado importantes discussões na doutrina, especialmente em face do descompasso entre as decisões internas e internacionais sobre o mesmo caso.

Desde logo, cabe analisar que as responsabilidades do juiz nacional não estão limitadas “à cooperação com os órgãos jurisdicionais internacionais, tampouco à aplicação fática e preponderante da normatividade internacional aos fatos que lhe são apresentados internamente”. A responsabilidade dos juízes nacionais abarcaria “a obrigação de interpretação e concreção do Direito Internacional de maneira sólida, unitária e consistente, observando seus parâmetros autênticos de legitimidade e escapando da tentação de adequá-los aos interesses especificamente nacionais”<sup>448</sup>.

Parece simples, mas não é. Primeiramente, a cooperação entre os órgãos jurisdicionais neste nível exige desde logo que se conheça e estude Direito Internacional. Segundo, conhecendo em profundidade a teoria do Direito Internacional e, sobretudo, do Direito Internacional dos Direitos Humanos, exige-se que o juiz nacional filie-se a esta corrente.

Novamente, parece fácil, dada à franca expansão desses ramos do Direito atualmente. Contudo, se assim fosse, não estariam sendo publicadas com regularidade, decisões judiciais que afrontam tratados internacionais, como é o caso, *v. g.*, do não recebimento de denúncias contra réus acusados de crimes (imprescritíveis) lesa-humanidade.

Não é simples, por certo, exigir do juiz a atuação na dupla função nos moldes prescritos por George Scelle<sup>449</sup>. O juiz nacional, aquele mesmo convidado a

---

<sup>448</sup> CAPUCIO, Camila. *El derecho internacional en su aplicación por las cortes y tribunales: hacia un sistema judicial internacional?* **Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión**. v. 2, n. 3, mar., 2014, p. 160.

<sup>449</sup> SCELLE, Georges. *La doctrine de léon duguit et les fondements du droit des gens*. **Archives de Philosophie du Droit**, 1932, p. 94, defende o instituto do “desdobramento funcional” (*dédoublement fonctionnel*), segundo o qual, ante a falta de estrutura hierárquica institucional da sociedade

exercer a função hercúlea de conferir integridade ao Direito em Dworkin, agora é convidado a fazê-lo sem afrontar as leis internacionais. Beiraria o impossível, não fosse o fato de que a dignidade humana, na concepção contemporânea de direitos humanos (adiante estudada) é única, una, indivisível e, portanto, bebe, interna e internacionalmente, na mesma fonte<sup>450</sup>.

Pois bem, no âmbito do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos estudos percebem uma abertura para o diálogo entre as Cortes. É o que demonstra a pesquisa que analisa o diálogo sob o enfoque da troca de jurisprudências. Examinadas as Constituições e Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela e decisões da Corte, observou-se que “existe um diálogo transconstitucional entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e os Estados que compõe o Sistema Interamericano”. Identifica-se, sobretudo, uma “troca de experiência jurisprudencial no assunto concernente às leis de anistia de crimes cometidos durante a ditadura militar, para utilizar como fundamentação do processo decisório do crime de desaparecimento forçado”<sup>451</sup>.

Ainda, a troca de experiências não está limitada à utilização pela Corte, de jurisprudência e legislação dos Estados, “mas também há casos em que as Cortes dos Estados evocam a jurisprudência da Corte Interamericana como fundamento da decisão”<sup>452</sup>.

Finalmente, quanto à formação de um direito comum em matéria de direitos sociais, destaca-se a necessidade de dinamizar-se o diálogo horizontal entre as jurisdições constitucionais, a partir de um repertório de decisões emblemáticas

---

internacional, um órgão estatal deve se prestar tanto ao Estado como à sociedade internacional, ou seja, os governos nacionais desempenham funções legais e administrativas internacionalmente, constituindo-se em autoridades nacionais e internacionais.

<sup>450</sup> BENEDETTI, Andréa Regina de Moraes; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. O diálogo entre jurisdições frente a uma concepção contemporânea de direitos humanos: ainda a questão da anistia no Brasil. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; SILVA, Karine de Sousa (Orgs.). **I Encontro de Internacionalização do CONPEDI: Atores do desenvolvimento econômico, político e social diante do Direito do século XXI**. v. 5. Barcelona: Ediciones Laborum, 2015, p. 77.

<sup>451</sup> FREITAS, Riva Sobrado; MARÇAL, Julia Dambros. O transconstitucionalismo como meio de fortalecimento do sistema interamericano de direitos humanos e constitucional dos estados latino-americanos. In: Unoesc International Legal Seminar. **Anais do Unoesc International Legal Seminar**. Chapecó-SC: Spring Brasil Alemanha, 2013, v. 2, n. 1, p. 219.

<sup>452</sup> FREITAS, Riva Sobrado; MARÇAL, Julia Dambros. O transconstitucionalismo como meio de fortalecimento do sistema interamericano de direitos humanos e constitucional dos estados latino-americanos. In: Unoesc International Legal Seminar. **Anais do Unoesc International Legal Seminar**. Chapecó-SC: Spring Brasil Alemanha, 2013, v. 2, n. 1, p. 219.

em matéria de direitos humanos no âmbito latino-americano, “como relevante medida para fortalecer o controle de convencionalidade e o *ius commune* regional em matéria de direitos humanos”. Assim, a “abertura da ordem local ao diálogo horizontal com outras jurisdições e ao diálogo vertical com jurisdições supranacionais é condição, requisito e pressuposto para a proteção dos direitos humanos”<sup>453</sup>.

Dito isso, tendo presente o caminho até aqui percorrido quanto aos diálogos envolvendo a atividade jurisdicional, é possível concluir que a queda das barreiras transnacionais não excepcionou o Poder Judiciário, que se vê obrigado a interagir com outras instâncias jurisdicionais. E tal interação tem expressiva denominação de diálogo pela academia, em múltiplas abordagens e diferentes acepções envolvendo o Poder Judiciário como parte neste diálogo.

Entretanto, conhecido o panorama do diálogo em sede de jurisdição e sua grande importância na teoria do Direito e da Constituição, é preciso retomar que ao núcleo da tese interessa tratar do diálogo que deve ser realizado no momento de implementação de sentenças internacionais, especificamente no Brasil. Isso porque, conforme repetido à exaustão, a implementação da maioria das sentenças da CIDH envolve implementação de políticas públicas, que terminam por potencializar alguns efeitos da judicialização da política. Por essa razão, é preciso deixar para trás as teorias de diálogo que envolve somente o Poder Judiciário e avançar para o estudo dos diálogos institucionais, que pressupõem, no mínimo, a participação dos três Poderes, como ferramenta de fundamentação para um órgão híbrido, aberto e plural.

---

<sup>453</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 19, jan./jun., 2012, p. 92.

### 5.3 OS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS NECESSÁRIOS A UM ÓRGÃO HÍBRIDO, ABERTO E PLURAL

A teoria dos diálogos institucionais pode ser definida como um “mecanismo que implica na interação e cooperação de duas ou mais instituições pertencentes a poderes estatais distintos para fins de resolução de controvérsias legais” e implementação de direitos e garantias fundamentais, sem a predefinição da supremacia da atividade decisória de uma dessas instituições em face da outra<sup>454</sup>.

É uma espécie de meio termo entre o controle judicial de constitucionalidade das leis e da soberania do parlamento, “na medida em que esvaziam a unicidade de atuação pacificadora da celeuma legal em face de apenas um dos poderes, culminando em uma necessária atuação dialógica para a provedoria do texto ou fixação de sentido de texto”, sempre tendo como norte a compatibilidade com a ordem constitucional. Os diálogos institucionais são “experiências constitucionais alternativas em resposta à afirmação outrora tida por irreversível de que a supremacia judicial, tal como predominante no Brasil e EUA, seria um caminho sem volta”. Ao contrário, “a busca por soluções que resgatem a atuação cooperativa entre as instituições” são realidades indisfarçáveis de países de relevante histórico constitucional de promoção dos direitos humanos<sup>455</sup>.

Oportuno observar que, mais do que a preocupação com a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, “há uma evidente questão empírica que motiva as soluções intermediárias”, para superar o déficit da fruição da experiência política pelo povo, como ocorre com o controle judicial das leis, “assim como sua educação moral e a virtude de se aprender com os próprios erros”. Assim, “o resgate da autoestima do autogoverno popular é um dos objetivos declarados dos modelos de atuação dialógica, que pretendem neutralizar esse alegado mal que a

---

<sup>454</sup> DIAS JÚNIOR, Eteocles Brito Mendonça. **Soberania parlamentar, judicial review e diálogos institucionais**: do isolamento decisionista à atividade colaborativa entre os poderes na aplicação constitucional. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 77-96.

<sup>455</sup> DIAS JÚNIOR, Eteocles Brito Mendonça. **Soberania parlamentar, judicial review e diálogos institucionais**: do isolamento decisionista à atividade colaborativa entre os poderes na aplicação constitucional. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 77-96.

afeta<sup>456</sup>. Não se pretende promover o escrutínio das teorias sobre diálogos institucionais<sup>457</sup>. Parte-se da noção de diálogos institucionais já amadurecida na doutrina para a proposição de um órgão de implementação das sentenças da CIDH desvinculado do Poder Judiciário.

Assim, pela teoria dos diálogos institucionais, a interação entre os poderes é um fato, não uma escolha ou uma possibilidade. “Não decorre da manifestação de vontade de um poder ou de algum dispositivo institucional específico, mas é consequência necessária da separação de poderes”. E mais, há um “diálogo silencioso” entre as instituições, conduzido de forma consciente ou não, que cabe ao teórico perceber e reconstruir. Desse modo, uma teoria do diálogo “nasce da conjugação de um desenho institucional e de uma cultura política”, já que o desenho institucional cria incentivos para tipos diferentes de interação e tais incentivos não determinam, contudo, o comportamento institucional isoladamente<sup>458</sup>.

Teorias do diálogo tentam escapar da armadilha da última palavra e defendem uma atitude teórica que rompa essa camisa-de-força; propõem-se como uma “terceira via”, um meio-termo. Ademais, o diálogo insterinstitutional pode ser estudado sob vários prismas, como o viés do diálogo no interior da decisão judicial por exemplo. À presente proposta, contudo, interessam os efeitos do diálogo especificamente sob o prisma da separação dos poderes<sup>459</sup>, dado o caráter híbrido da composição do órgão.

---

<sup>456</sup> DIAS JÚNIOR, Eteocles Brito Mendonça. **Soberania parlamentar, judicial review e diálogos institucionais**: do isolamento decisionista à atividade colaborativa entre os poderes na aplicação constitucional. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 77-96.

<sup>457</sup> Já realizado em trabalhos como MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado em Ciências Políticas) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 267.

<sup>458</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado em Ciências Políticas) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 159.

<sup>459</sup> A respeito dos fundamentos teóricos do diálogo como fenômeno estrutural da separação de poderes, Conrado Hübner Mendes analisa os dois ramos principais na literatura: canadense e norte-americano. Para o autor, “a divisão é imperfeita, pois não são ramos independentes, já que influenciam-se mutuamente nos últimos 20 anos, mas opta por começar pela mais antiga e variada: a norte-americana, por ser mais sofisticada metodologicamente e por abordar o fenômeno de modo mais plural. Adverte, ademais, que na falta de uma noção estável de ‘diálogo’, qualquer descrição é necessariamente mais pessoal. Expõe, ainda, a vertente canadense do debate, mais recente, dotada de termos com maior homogeneidade, marcos mais definidos e diretamente conectados com a mudança de regime constitucional em 1982. Assim, ‘diálogo’ é um termo utilizado com frequência por

Destarte, diálogo é uma imagem fecunda e expressiva para a política, que traz consigo um sinal de igualdade, respeito mútuo e reciprocidade. Induz uma relação horizontal e não hierárquica e “carrega um valor sedutor para justificar decisões de autoridade”. Indivíduos dialogam em ambientes formais e informais da política e no interior das instituições, decisões não costumam ser tomadas sem uma prática mínima de diálogo. Mas podem instituições dialogarem entre si?<sup>460</sup>

Teorias defendem que não deve haver competição ou conflito pela última palavra, mas um diálogo permanente e cooperativo entre instituições que, por meio de suas singulares expertises e contextos decisórios, são parceiros na busca do melhor significado constitucional. Assim, não haveria prioridade, hierarquia ou verticalidade entre instituições lutando pelo monopólio decisório sobre direitos fundamentais. Haveria, ao contrário, uma cadeia de contribuições horizontais que ajudariam a refinar, com a passagem do tempo, boas respostas para questões coletivas. Separação de poderes, nesse sentido, envolveria circularidade e complementaridade infinitas<sup>461</sup>.

Mendes<sup>462</sup> analisa uma deliberação interinstitucional (entre parlamentos e cortes) e não intrainstitucional e apresenta maneiras de condução, visto que há momentos em que “a deliberação precisa se encerrar e abrir espaço para uma decisão em face de um desacordo persistente”. Dentro do processo legislativo (ou mesmo num tribunal), isso se resolve pelo voto. Quando um desacordo persistente

---

tradições disciplinares diversas. Optei por dividi-lo em duas partes: na primeira, abordo o grupo conhecido como ‘construção coordenada’, que enfeixa um grande número de autores; na segunda, abordo especificamente Barry Friedman, que dá uma contribuição significativa a esse enfoque sobre a revisão judicial. Interpretação coordenada e a teoria do diálogo de Friedman são partes de um contínuo que tem, num dos extremos, o inimigo comum da supremacia judicial”. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado em Ciências Políticas) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 124.

<sup>460</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado em Ciências Políticas) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 97.

<sup>461</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado em Ciências Políticas) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 20.

<sup>462</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado em Ciências Políticas) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 159.

ocorre entre diferentes instituições, parece importante encontrar um caminho que o resolva, ainda que temporariamente. Qual poderia ser esse caminho?

Para Christine Bateup, a expressão “diálogo institucional” tem sido utilizada para descrever a possibilidade de interação dos tribunais e os poderes políticos, no que diz respeito à interpretação de direitos constitucionais. Assim, a ideia de diálogos institucionais enfatiza que o Judiciário não terá o monopólio na interpretação constitucional e que decisões constitucionais devem ser produzidas por um processo de elaboração compartilhada entre o Poder Judiciário e outros atores constitucionais. Para a autora, as teorias do diálogo oferecem uma forma alternativa de preencher a lacuna de legitimidade democrática, superando a dificuldade contramajoritária do Judiciário. Por esse motivo, essa teoria vem ganhando espaço, principalmente no que diz respeito à discussão da legitimidade democrática associada à jurisdição constitucional<sup>463</sup>.

Bateup também diferencia distintas perspectivas dos diálogos conforme suas características mais marcantes. Primeiramente quanto ao método, compreendido como um comportamento deliberado, consciente, dos juízes para fomentar um debate com os demais Poderes sobre o significado da Constituição. Essa postura metodológica de fomento ao debate por parte dos juízes pode manifestar-se de três formas diferentes: pelo aconselhamento judicial, por meio de medidas processuais e de uma atuação minimalista.

Outra forma de ser abordada a teoria dos diálogos institucionais é a partir de sua característica estrutural, em que se aposta nos mecanismos institucionais que permitem respostas às decisões judiciais, estabelecendo-se, assim, um diálogo mais genuíno, já que ambas as partes sabem que podem ter suas ações e decisões superadas. Essa abordagem estrutural abarca a teoria da construção coordenada, a teoria de princípios jurídicos, a teoria do equilíbrio e a teoria da parceria. Dentre elas Bateup, com contribuições de Barry Friedman, Robert Post e Reva Siegel, considera que a teoria do equilíbrio “é a que melhor possibilita o diálogo, pois compreende a interpretação da constituição como tarefa compartilhada entre os Poderes, sem conferir primazia a nenhum deles”, ressaltando a importância da participação de outros atores, “tais como instituições e o povo em geral”. Na teoria do equilíbrio “o

---

<sup>463</sup> BATEUP, Christine. *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1155-1157.



Poder Judiciário não possui, *a priori*, qualquer capacidade superior para interpretar a constituição. Juízes e cortes atuam como mais uma instância de discussão na definição do sentido da Constituição”<sup>464</sup>.

Sob essa perspectiva, sobressai a importância de um debate público robusto entre instituições e entre elas e o povo para a interpretação da Constituição. Não é por outra razão que o nome dessa perspectiva é justamente teoria do equilíbrio. Nesse passo, outra face da teoria do equilíbrio é a teoria da parceria. Segundo Bateup, a teoria da parceria se concentra sobre as diferentes contribuições que cada um dos Poderes pode dar, segundo suas competências e instrumentos normativos, para a definição do significado da Constituição, sem que se dê uma importância maior à interpretação judicial. Assim como a teoria do equilíbrio, a teoria da parceria também busca estabelecer um debate público robusto na sociedade, mas, por outro lado, também enxerga nos mecanismos institucionais a melhor forma de fortalecer os diálogos interinstitucionais<sup>465</sup>.

Nesse sentido, a teoria da parceria busca combinar a expertise do Poder Legislativo na criação de leis e políticas públicas com a expertise do Poder Judiciário em interpretar e aplicar princípios, sem que haja qualquer preferência de um sobre o outro (como ocorre, por exemplo, na perspectiva que relaciona os princípios e a articulação legislativa para criação de políticas públicas), devendo-se atentar para as necessárias previsões normativas que promovam esse diálogo entre os Poderes. Mas não para que, com tais norma, dê-se enfoque somente sobre a possibilidade de um controle político sobre o Poder Judiciário, mas para que, com a existência de uma previsão normativa adequada, os Poderes se envolvam em um diálogo aberto e profundo sobre a Constituição.

“Diante dessas diferentes abordagens e perspectivas, Christine Bateup propõe uma fusão dialógica da teoria do equilíbrio e da teoria da parceria”, pois as duas perspectivas juntas seriam capazes de promover um diálogo interinstitucional “que não se fundamenta sobre uma superioridade interpretativa prévia de nenhum dos Poderes”, mas que “reconhece as diferentes competências, habilidades e

---

<sup>464</sup> GODOY, Miguel Gualano. **Devolver a constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. Tese. (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2015, p. 159.

<sup>465</sup> GODOY, Miguel Gualano. **Devolver a constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. Tese. (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2015, p. 159.

expertises de cada um dos intérpretes da constituição e ainda acrescenta a necessidade de previsão normativa que incentive esse diálogo entre os eles”<sup>466</sup>.

A teoria do equilíbrio teria a vantagem de promover um debate público robusto, por meio da inclusão de outros órgãos, instituições e do povo e a teoria da parceria de inserir o elemento normativo como requisito fundamental para o incentivo e realização desse debate. A interpretação da Constituição seria, assim, o resultado do confronto de posições “separadas, mas interligadas” de cada um dos Poderes e demais atores que interpretam a constituição. Os desafios para essa perspectiva consistem em pensar propostas normativas viáveis, bem como a inserção de outros atores e instituições nesse diálogo. “E para que tal diálogo não fique dependente do mero voluntarismo de cada Poder ou de seus membros, previsões normativas são necessárias para incentivar e promover esse diálogo”<sup>467</sup>.

As previsões normativas dialógicas não devem induzir a primazia de um Poder sobre o outro, mas forçar cada ente a ser cuidadoso e criterioso em sua tarefa, sempre atento e aberto às proposições vindas dos outros intérpretes e aplicadores da Constituição. Diante disso, é possível perceber que as teorias dos diálogos interinstitucionais se opõem à ideia de supremacia judicial e enfatizam que “o Poder Judiciário não tem (segundo uma abordagem empírica) e nem deve ter (segundo uma abordagem normativa) a última palavra sobre a constituição”. Por essa razão, mostram os limites e as insuficiências das teorias da última palavra e fomentam a possibilidade de coexistência entre parlamentos e cortes, sem que se tenha que escolher necessariamente um em oposição ao outro. Mostram, ainda, “como juízes e cortes, ao realizarem o controle judicial de constitucionalidade das leis, se envolvem ou devem se envolver em um debate dinâmico e dialógico sobre o significado das normas constitucionais”. Respostas sobre o significado da constituição devem ser construídas, e não impostas. “Novamente, a interação é um fato, não uma escolha ou possibilidade”<sup>468</sup>.

---

<sup>466</sup> GODOY, Miguel Gualano. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais**. Tese. (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2015, p. 159.

<sup>467</sup> GODOY, Miguel Gualano. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais**. Tese. (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2015, p. 159.

<sup>468</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 161.

O diálogo não decorre somente da manifestação de vontade de um Poder ou apenas por exigência de algum dispositivo normativo. Deve ser, ao contrário, “o produto dessa tensão entre empirismo e normativismo, que compreendem a separação entre os Poderes como algo dinâmico, e não estanque”, numa conjugação entre um desenho institucional e uma cultura política, de incentivos normativos e disposição dialógica. As teorias do diálogo possuem, portanto, como denominador comum a noção de que não deve haver a supremacia judicial na interpretação da norma constitucional, mas que a última palavra deve ser uma obra conjunta dos Poderes do Estado. Seria, pois, um mecanismo que viabiliza a interação do Legislativo e Judiciário, na qual o diálogo é visto como “um produto necessário da separação de poderes, uma decorrência do desenho institucional e não necessariamente da disposição de qualquer dos poderes para dialogar”<sup>469</sup>.

É neste ponto que se insere a discussão sobre a criação de um órgão de implementação de sentenças das CIDH hírido, aberto e plural. Ora, se na interpretação da Constituição não deve haver supremacia judicial, por que na implementação de decisões judiciais, sobretudo complexas, como as da CIDH, deveria haver tal supremacia, ou mesmo, monopólio?

Para Marques e Lois as teorias dialógicas preconizam “a participação das cortes, dos órgãos legislativos e da sociedade civil em um diálogo sobre princípios e políticas públicas”, promovendo, assim, “uma aproximação entre o discurso jurídico e o discurso político dentro de uma perspectiva de ‘dar e receber’ entre cortes e legislativo no que concerne ao significado dos direitos constitucionais”. Assim, para que se alcance uma democracia cada vez mais sólida, é crucial o aperfeiçoamento das instituições do país e, com base nas teorias dialógicas, existem caminhos alternativos de guarda compartilhada do sentido da norma fundamental<sup>470</sup>.

É preciso reconhecer que a relação entre os Poderes pode ocorrer de formas plurais e que “as considerações sobre os lugares institucionais ocupados por

---

<sup>469</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado em Ciências Políticas) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 107.

<sup>470</sup> MARQUES, Gabriel Lima; LOIS, Cecilia Cabalero. Reforma política e diálogos institucionais: novas possibilidades de superação da judicialização da política no Brasil. In: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; FIUZA, Cesar Augusto de Castro; ROVER, Aires José. (Org.). Sistema Jurídico e Direitos fundamentais individuais e Coletivos. Uberlândia – MG. **Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 15.

cada um dos Poderes não podem mais ser utilizadas como sinônimo de fronteiras intransponíveis”, sendo possível e necessário considerar o diálogo intra e interinstitucional. “As fronteiras entre o direito e a política se atenuaram com a possibilidade da submissão de questões políticas para o Judiciário”, e pouco pode ser feito para que “as coisas voltem a um lugar idealizado em que o Judiciário decide estritamente questões técnicas e o Legislativo delibera apenas sobre questões políticas”. Outros caminhos podem ser buscados, e isso é sinal de amadurecimento das instituições democráticas, que “passam a admitir desacordos entre os cidadãos e os traduzem nos termos institucionais adequados para abordar a questão”. Ademais, a concepção de que o Judiciário deve possuir a palavra *final* para a resolução dos conflitos precisa ser mitigada. “O Judiciário pode vir a ser o *locus* final de um conflito, mas, não necessariamente” e a alternativa que considera a importância da manutenção das instituições, sem que isso signifique um conservadorismo autorreferenciado, precisa ser “complementada pela abertura de tais instituições para aportes epistêmicos provenientes dos outros Poderes e das partes atingidas pelas decisões”<sup>471</sup>.

Clève observa, ainda, que

A reflexão sobre o Judiciário como detentor da palavra definitiva é importante para evitar a imobilização e a manutenção de um *status quo* injustificável. Diante da demanda para que os parlamentares observem os direitos fundamentais na formulação de seus projetos legislativos, também pode ser formulada a demanda para que os juízes respondam os conflitos que lhes são apresentados de maneira dialógica. Em razão da perspectiva única que os juízes podem fornecer para os casos e da expectativa de maior durabilidade das respostas formuladas por eles para questões constitucionais, precisa-se considerar, em termos mais amplos, a necessidade da continuidade da conversa entre os ramos do Poder e o povo, ou seja, a manutenção dos espaços públicos de deliberação. O amadurecimento do Estado Democrático de Direito possui como teste sua capacidade de manter um conjunto institucional ao longo do tempo, mas, de igual sorte, fazer com que tais instituições possam ser objeto de atualizações, de mudanças estruturais que venham a adequar a tensão entre o direito e a política. Assim, ainda que a estrutura institucional da decisão judicial demande que as partes defendam seus casos com argumentações como se elas pudessem ser objeto de respostas definitivas, a busca por consensos no espaço jurídico não pode ofuscar o Judiciário para os fatos políticos que pulsam na vida social e que animam a vida em sociedade. Eis que, a discordância a respeito das decisões judiciais pode sempre reavivar controvérsias políticas e, até onde a vista alcança, as

---

<sup>471</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**. v. 2, n. 3, set./dez., 2015, p. 202.

formas mais aprimoradas de resolução das tensões entre direito e política ocorrem através da dialógica institucional<sup>472</sup>.

Destarte, é preciso pensar em modelo intermediário ao Judiciário como superego da sociedade, que não encampe a superposição de uma função em relação às outras. Ao contrário, os poderes públicos devem ser exercitados de forma harmônica e interdependente. E imagina-se que esse modelo seja possível em um Estado onde o Judiciário esteja orientado à possibilidade de “o equilíbrio entre os Poderes ser alcançado por um sistema dialógico de interpretação da Constituição, no qual a última palavra acerca do sentido da norma constitucional não é de titularidade exclusiva do Judiciário nem do Legislativo, mas é descoberta por meio de constantes diálogos institucionais”<sup>473</sup>.

A concretização da Constituição passa necessariamente pelo controle judicial das normas e atos políticos, mas o Poder Judiciário, embora seja um intérprete qualificado e necessário para a definição de sentido e conteúdo das normas constitucionais, não pode e não deve ser isoladamente considerado como única entidade responsável por tamanha atribuição. “A autoridade conformadora das normas e a legitimidade democrática da jurisdição constitucional decorrem também da sua pretensão de ser assim considerada por todos os cidadãos que fundamentam na Constituição, de modo direto ou indireto, os seus direitos e deveres<sup>474</sup>. O diálogo institucional é um fato que precisa ser reconhecido pela academia jurídica e pelos operadores do Direito para ser melhor entendido e vivenciado. Acredita-se que o Congresso Nacional deve ser estimulado a retomar o debate das grandes questões e o diálogo institucional é o veículo ideal para isso<sup>475</sup>.

Nesse sentido, digna de nota é a pretensão teórica de Häberle de estender a leitura da Constituição para além do Judiciário, de modo a abranger a

---

<sup>472</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba. v. 2, n. 3, set./dez., 2015, p. 202.

<sup>473</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade: Limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. **Revista de informação legislativa**. v. 51, n. 202, abr./jun. 2014, p. 13.

<sup>474</sup> SILVA, Lorena Mesquita. Poder judiciário: de guardião a poder constituinte? **Revista Jurídica da Presidência Brasília**. v. 16, n. 110, out./ jan. 2014-2015, p. 620.

<sup>475</sup> VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional, democracia e estado de direito**: o debate entre o supremo tribunal federal e o congresso nacional sobre a interpretação da constituição. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 120.

sociedade civil e os demais agentes políticos, pois quanto mais aberta aos diálogos sociais, mais consistente e compatível é a decisão judicial à realidade constitucional. Desse modo, a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição colabora decisivamente para a preservação da unidade política e a manutenção da ordem jurídica, garantindo que as respostas hermenêuticas aos questionamentos judiciais perpetrados pela sociedade sejam mais adequadas ao alcance e ao sentido instituinte das normas e valores constitucionais<sup>476</sup>. Pela mesma razão, a sociedade aberta dos implementadores das decisões pautadas na Constituição pode garantir melhores respostas em sede de direitos fundamentais e humanos.

Por fim, a criação de um órgão híbrido, aberto e plural numa concepção dialógica é uma medida que pode superar ou mesmo minimizar os efeitos do paradoxo do cumprimento pelo violador. Tal superação do paradoxo passa, ainda, pela crítica formulada por Godoy quanto ao Poder Judiciário brasileiro, para quem esse Poder tem a competência para guardar a Constituição, o que não significa que o conteúdo da constituição seja sempre definido finalmente pelo Supremo Tribunal Federal. Guardar a constituição implica ter a última palavra sobre seu significado. Concluir que apenas ao Poder Judiciário cabe, em caráter final, estabelecer o significado da constituição, “é uma conclusão ilógica, moralmente controversa, empiricamente falsa e afronta os nossos compromissos mais fundamentais com a democracia, o republicanismo e a igualdade”<sup>477</sup>.

A tese do autor consiste em devolver a (interpretação da) Constituição ao povo, como crítica à supremacia judicial e defesa de maior participação do povo “a fim de possibilitar uma efetiva interpretação da constituição que seja distribuída entre os Poderes, os órgãos, as instituições e entre todos eles e o povo”. Desse modo, “tira-se a exclusividade das cortes e compartilha-se a tarefa de interpretar a Constituição”, eis que, ainda que muito importante, sobretudo porque é feita por especialistas, deve ser encarada como mais uma, e não como a única correta. Pauta-se, primeiramente no constitucionalismo popular e posteriormente, no

---

<sup>476</sup> SILVA, Lorena Mesquita. Poder judiciário: de guardião a poder constituinte? **Revista Jurídica da Presidência Brasília**. v. 16, n. 110, out./ jan., 2014-2015, p. 622.

<sup>477</sup> GODOY, Miguel Gualano. **Devolver a constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. Tese. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2015, p. 87.

constitucionalismo democrático<sup>478</sup>, para defender que o conteúdo, alcance e os limites das previsões dos direitos fundamentais só podem ser realmente estabelecidos em um ambiente público e radicalmente democrático<sup>479</sup>.

A partir desses fundamentos, é possível fechar a construção do aporte teórico e normativo das bases para a criação de um mecanismo de implementação das sentenças do Corte Interamericana de Direitos Humanos híbrido, aberto e plural. Isso porque o diálogo entre a jurisdição constitucional e a atuação política, a permanente tensão constitucionalismo *versus* democracia, é retroalimentada e, caso se pretenda criar um órgão de implementação de sentenças internacionais no país, não é possível escapar dessa condição.

Se Godoy propõe devolver a Constituição ao povo quando trata da jurisdição constitucional, a presente tese propõe entregar ao povo o órgão de implementação das sentenças da CIDH. Isso consiste em criar um órgão de implementação de sentenças internacionais que opere com maior legitimidade democrática, *ab initio*, numa espécie de correção institucional do problema da participação popular na implementação da Constituição. Ora, se “a interpretação e aplicação da Constituição devem ser uma tarefa dialógica e cooperativa entre os Poderes e não uma competição entre adversários”<sup>480</sup> por que a implementação das decisões da CIDH, tão complexa, o seriam?

Os mesmos limites que são impostos ao juiz na interpretação da Constituição dissociada do povo, como seu ator fundamental, necessariamente

---

<sup>478</sup> “A compreensão do constitucionalismo popular como movimento teórico crítico da ideia de supremacia judicial, última palavra e defensor de um papel central para o povo na interpretação da Constituição, agrega autores como Akhil Amar, Mark Tushnet, Richard Parker e Larry Kramer e busca desafiar a ideia de supremacia judicial na interpretação da Constituição. Reúne, portanto, autores de diferentes matizes com um ponto de interseção: ‘a crítica contundente ao monopólio interpretativo da Constituição por parte do Poder Judiciário e o resgate do povo como ator fundamental na tarefa de interpretação da Constituição. O constitucionalismo democrático parte das críticas do constitucionalismo popular para se debruçar sobre as capacidades ativas de juízes e cortes para efetivar a Constituição. O constitucionalismo democrático se nega a aceitar a perspectiva excludente entre exercício da jurisdição e exercício da política democrática. GODOY, Miguel Gualano. **Devolver a constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. Tese. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2015, p. 16-17.

<sup>479</sup> GODOY, Miguel Gualano. **Devolver a constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. Tese. (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2015, p. 89.

<sup>480</sup> GODOY, Miguel Gualano. **Devolver a constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. Tese. (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2015, p. 24.

serão impostos a um órgão de implementação das sentenças da CIDH que não seja híbrido, plural, multifacetado e dinâmico, especialmente quando envolver implementação de políticas públicas. Então por que reservar ao Judiciário o monopólio exclusivo desta tarefa eminentemente deliberativa?

A discussão alberga, portanto, a necessidade de reformas institucionais no país, próprias de uma justiça de transição, entendida não apenas como um período de medidas transitórias de adequação de um período ditatorial para um momento democrático, mas, sobretudo, como um processo de consolidação de entendimento estrutural de um país, acerca de sua nova realidade.

A implementação das sentenças da CIDH no Brasil não pode, se a pretensão for o fortalecimento do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos, prescindir de uma ruptura no pensamento tradicional. A simples criação de um órgão de implementação de cumprimento, como uma espécie de secretaria de execução de sentenças internacionais, *longa manus* do Judiciário, a ele subordinada, não trará a necessária efetividade para a consolidação da proteção da pessoa no plano interno, conforme apregoa a concepção contemporânea de direitos humanos.

Isso porque “um direito mutante e mutável, capaz da visão com perspectiva, passa a ser compreendido como instrumento de luta, entendimento que é fundamental para o direito internacional em matéria de direitos humanos”<sup>481</sup>. E mais:

No sentido da horizontalidade e da transversalidade que deve prevalecer na aplicação dos direitos, uma visão em perspectiva depende de todos os atores, poderes, instituições, organismos públicos e privados imersos no mesmo pacto de convivência humana e de suas responsabilidades compartilhadas por uma sociedade onde possam caber todos e todas.<sup>482</sup>

Nesse passo, ciente do alerta sobre a importação descuidada de teorias nascidas distantes da realidade brasileira, é preciso insistir em perscrutar sobre de que povo está a se falar. Se para interpretar a Constituição as teorias que defendem a participação do povo o enquadram numa categoria política em permanente

---

<sup>481</sup> PRONER, Caroline. Prefácio. In: SANTOS, Alberto Silva. **A internacionalização dos direitos humanos e o sistema interamericano de proteção**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. XIII.

<sup>482</sup> PRONER, Caroline. Prefácio. In: SANTOS, Alberto Silva. **A internacionalização dos direitos humanos e o sistema interamericano de proteção**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. XIII.



construção, ressignificada, reconstruída e redefinida a partir das demandas e conflitos existentes em uma sociedade, o povo que participa da implementação das decisões da CIDH é definido a partir das experiências colhidas junto aos atores que conhecem a realidade da jurisdição da CIDH, em seus aspectos interno e internacional. Ou seja, junto aos atores que conhecem os desafios enfrentados no cumprimento das decisões internacionais promovidos até o momento. Ainda, deve ser dinâmico, para colher tantos especialistas quanto bastem para dar conta da variabilidade dos temas que as decisões internacionais podem enfrentar, escolhido junto àqueles atores de implementação descritos na primeira parte deste capítulo.

Um órgão de implementação de sentenças internacionais precisa nascer ligado a uma perspectiva plural e dialógica, para que se desligue, desde logo, do sofisma de que a supremacia e o monopólio judicial decorrem de uma opção institucional feita pela Constituição. E é justamente por isso que a criação de um mecanismo de implementação de sentenças da CIDH híbrido, aberto e plural e não meramente subordinado ao Poder Judiciário, não viola o conceito de República e nem o princípio da separação entre os Poderes. Ao contrário, é a supremacia de um Poder em relação a outro que pode desequilibrar esse arranjo. Fere-se o princípio republicano ao se estabelecer que um órgão não eleito, sem mandatos periodicamente renovados e sem prestação de contas à população defina, com exclusividade, como *ultima ratio*, as questões da vida pública em uma sociedade e da implementação de sentenças internacionais. E essa ferida se agrava quando nascida a partir de ilícitos perpetrados por esse mesmo Poder Judiciário e, sobretudo, quando implicam manejos legislativos e de políticas públicas.

Não se descuida, por certo, das mazelas que acometem os demais Poderes, como o caso do Legislativo, com o déficit de representação efetiva, a baixa credibilidade popular, atuação autointeressada e corporativa, dentre outras, que tornam injustificável a confiança na atuação parlamentar como o meio exclusivo de interpretação e garantia da Constituição<sup>483</sup>. E é justamente neste flanco que se insere a concepção plural de um órgão de implementação. Para além da presença dos três Poderes da República, deve conter a representação dos setores diretamente relacionados à condenação, sobretudo aquele qualificados em ativismo

---

<sup>483</sup> GODOY, Miguel Gualano. **Devolver a constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. Tese. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2015, p. 88.

e militância de grupos vulneráveis vítimas de violações de direitos humanos por parte do Estado e do Poder Judiciário.

É certo que propostas de reforma que limitem a atuação do Poder Judiciário devem ser vistas com extrema cautela e dois pontos se destacam na discussão sobre a escolha do povo que participará da implementação das sentenças da CIDH no Brasil: a questão relacionada ao direito ao desenvolvimento, já tratado quando se abordou a universalização parcial dos direitos humanos, e os limites reais da participação popular no país. Mas em que sentido?

Primeiramente, no âmbito da universalização parcial dos direitos humanos, um argumento importante se destaca. A inclusão e participação do povo na implementação das sentenças da CIDH pressupõe, necessariamente, a efetivação de direitos fundamentais mínimos que, em sociedades desiguais como a brasileira, costumam ser negados. Reivindicar o resgate de um papel protagonista do povo na interpretação e aplicação da Constituição não significa ignorar essa situação de privação, desigualdade e exclusão. Justamente por conta da existência dessas desigualdades, pelo inconformismo com situações como essas deve ser exigido ainda mais o cumprimento da Constituição e a necessária inclusão do povo.

Os valores fundamentais assumidos por uma sociedade, por meio do compromisso Constitucional, só podem ser definidos mediante uma participação popular direta e ativa do povo que, em conjunto com outros atores, representantes e instituições, determinará os rumos da vida pública e coletiva da comunidade. Por essa razão, a criação de um órgão de implementação das sentenças da CIDH híbrido, aberto e plural, também pode ser entendida como medida promotora do direito ao desenvolvimento e, conseqüentemente, como meio de diminuir o espaço de efetivação entre direitos civis e políticos e os direitos sociais e econômicos.

Em segundo lugar, os cuidados na escolha do povo que participará da implementação exige pensar quanto aos limites reais da participação popular. Impende afastar, pois, a ingenuidade pueril de que o uso genérico do termo povo possa se revestir de panaceia para todos os males de legitimidade democrática. A proposta aqui apresentada abriga uma ruptura: afastar do Poder Judiciário o monopólio do cumprimento das sentenças internacionais. A leitura da proposta, contudo, deve ser cuidadosa, fundamentada e tomada no contexto. Retira-se de um Poder o monopólio do cumprimento contencioso, mas o entrega para o titular maior para reequilibrar o sistema de freios e contrapesos: o povo. Quem é o povo? Aquele

atuante nos órgãos e movimentos que conhecem e participam diretamente na implementação das sentenças já cumpridas pelo Brasil e todos os demais órgãos e instituições que detenham meios e conhecimentos necessários para a implementação.

Ainda, como operacionalizar a participação do povo sem prejuízo da estabilidade? A partir de um mecanismo de implementação das sentenças da CIDH instituído ante uma base plural e aberta a substituição por novos atores, não exclusivamente judicial. Esses atores devem ser cambiáveis, renováveis, conforme a demanda de implementação que se apresentar.

Não se pode ignorar que a implementação das decisões da CIDH desestruturam a questão da legitimidade, sobretudo se oriunda de ato ilícito praticado pelo Poder Judiciário interno. Como aceitar, em termos de legitimidade, que apenas um Poder detenha a última palavra se esse Poder já atraiu para o Estado a responsabilidade internacional? Além de a legitimidade parecer ter ferido também o pacto firmado com o constitucionalismo, já que o piso mínimo de direitos do gênero humano é ferido em sua dimensão de direito fundamental e humano, quando se nega o acesso a uma ordem jurídica ética e justa.

E justamente para não importar modelos sem o devido cuidado e recair no equívoco de ignorar demandas institucionais locais é que a base teórica para o órgão de implementação aqui defendido parte de uma perspectiva de diálogo interinstitucional, que não enxerga uma oposição entre os Poderes e sim, soma as capacidades de cada um. A última palavra sobre direitos, portanto, é apenas parte da história, não toda ela. O que se reivindica é encarar que a Constituição tem seu significado construído e reconstruído todos os dias, pela atuação dos mais diversos atores e, especialmente, pela atuação de cada um dos Poderes da República. Basta pensar que há menos de seis meses, não seria possível pensar em possibilidade de rupturas democráticas sérias no país, o que atualmente se revela como uma possibilidade para setores expressivos da academia.

E é por isso que o conceito de democracia invocado para fundamentar a atuação das instituições e avaliar a legitimidade de suas decisões se funda em uma concepção deliberativa de democracia, pois tem a melhor relação com uma faceta dialógica das instituições. A partir da deliberação pelos entes envolvidos nas violações é possível colher um potencial epistêmico de alcançar melhores respostas e ao mesmo tempo estabelecer um parâmetro para avaliar a legitimidade de suas

decisões. O Poder Judiciário não atua como um ente meramente reativo e impositivo por meio de suas decisões judiciais e nem o Poder Legislativo se mostra complacente e submisso. Ambos são partes de um processo dialógico e deliberativo, que pode persuadir o outro por meio do melhor argumento.

“A comparação entre a qualidade deliberativa e a legitimidade democrática da decisão de cada um dos Poderes torna-se, assim, mais aferível”. Admite-se, contudo, que o jogo não acontece sem conflitos, riscos ou erros. “No entanto, ele se mostra não apenas mais genuíno e transparente, mas também mais democrático ao encarar de frente os conflitos e as contradições desse processo, ao invés de se esconder sob retóricas justificativas de supremacia e última palavra”<sup>484</sup>.

Nesse passo, a criação de um órgão de implementação pode fornecer uma posição privilegiada para fazer com que sejam incluídas e ouvidas vozes de sujeitos, em geral, alijados do processo democrático. Em sociedades periféricas e profundamente desiguais como as latino-americanas, uma parte considerável da população tem sua voz marginalizada, quando não ignorada, pelo sistema institucional. É o caso dos índios, dos presos, dos homossexuais, dentre outros, que dada sua baixa representatividade, são vítimas de um processo que ao invés de ampará-los ante a tirania da maioria, os isola e desprotege.

Ademais, quando se fala em diálogos interinstitucionais é preciso destacar a distância entre as instituições e seus agentes públicos e o povo em geral, numa representação política que não é produto da democracia, mas avessa a ela. No Brasil, é justamente a falta de mecanismos de participação direta do povo na vida político-institucional do país e a falta de meios eficazes de controle popular sobre os representantes que demonstram como a atual representação política segue apartada do povo.

Quando se alija o povo de um diálogo sobre a Constituição e deixam-se as principais decisões de uma comunidade somente nas mãos de representantes e agentes governamentais distantes do povo, como o são juízes e cortes, por exemplo, nega-se o fundamento da própria Constituição – o de que todo o poder emana do povo e por ele também deve ser exercido diretamente. Enquanto essas distorções permanecerem, a defesa da instituição de um diálogo genuíno entre as instituições e entre estas e o povo deve vir necessariamente acompanhada de uma análise crítica do nosso sistema

---

<sup>484</sup> GODOY, Miguel Gualano. **Devolver a constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. Tese. (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2015, p. 168.

institucional, atualmente bastante avesso a esse diálogo tão desejado e necessário<sup>485</sup>.

É a partir dessas constatações que se reforça a presença do diálogo institucional no *modus operandi* do mecanismo de implementação das sentenças da CIDH. Os diálogos interinstitucionais ajudam a compreender a separação entre os Poderes como algo dinâmico e não estanque e ver o diálogo como aperfeiçoamento entre um desenho institucional e uma cultura política, que possam potencializar incentivos normativos e disposição dialógica.

Assim, o diálogo institucional pode ajudar a proteger as já nominadas partes alijadas do processo democrático, por sua baixa ou nenhuma representatividade e não deverá ser, justamente na implementação das sentenças da CIDH no Brasil, que tal aporte seja desconsiderado. Os diálogos interinstitucionais entre os Poderes e, especialmente, entre estes e o povo devem ser vistos como uma possibilidade (dentre outras possíveis, que refogem aos limites desta pesquisa), para se experimentar um aprofundamento da democracia, revisitando os tradicionais arranjos institucionais, especialmente da separação entre os Poderes.

Por meio de uma cidadania ativa<sup>486</sup> e deliberativamente democrática esse rearranjo institucional deve ser buscado, não apenas como mera manifestação protocolar, a exemplo das audiências públicas no STF, mas a partir de um diálogo genuíno entre os Poderes e, entre estes, população. É preciso considerar, ainda, o desenho institucional de boa parte dos países da América Latina, marcado por uma concepção pluralista de democracia, um sistema de freios e contrapesos destinado a evitar a guerra (ao invés de ser destinado a promover a cooperação entre os Poderes) e uma distância entre o povo, seus representantes e as instituições<sup>487</sup> e, a partir dele, redesenhar os arranjos institucionais.

---

<sup>485</sup> GODOY, Miguel Gualano. **Devolver a constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. Tese. (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2015, p. 186.

<sup>486</sup> Balizada pelas experiências dos atores envolvidos na implementação das sentenças da CIDH, no Brasil.

<sup>487</sup> GARGARELLA, Roberto. *Deliberative democracy, dialogic justice and the promise of social and economic rights*. In: GARCÍA, Helena Alviar; KLARE, Karl; WILLIAMS, Lucy A. (Orgs). **Social and economic rights in theory and practice: a critical assessment**. London & New York: Routledge, 2015, p. 108-109.

E, considerando que o sistema de freios e contrapesos não oferece canais eficientes para os diálogos, esse sistema deve ser revisto. Rever não significa abolir, por certo, e sim redefinir. Mudar a perspectiva do muro de separação entre os Poderes para uma ideia de incentivo, não mais sob a óptica da ingerência e usurpação de competência. É preciso reconhecer que, na prática, com a expansão do Poder Judiciário na tarefa de interpretação e aplicação da Constituição brasileira, as fronteiras e os limites entre os Poderes já caíram de modo significativo, já existe a troca (para não se reconhecer precocemente o diálogo). É necessário, contudo, migrar ou progredir, do diálogo/troca entre agente públicos, eminentemente, para incluir o povo de modo prático e direto, nesse diálogo.

Nesse passo, daquele órgão deve participar o povo, numa concepção radicalmente democrática, qual seja, o povo representado não somente pelo Poder Legislativo, mas também pelos órgãos e movimentos que conhecem e atuam diretamente na implementação das sentenças já cumpridas pelo Brasil. A partir das experiências colhidas junto a esses atores sociais e institucionais deve ser pensado um órgão de implementação das sentenças da CIDH, no Brasil.

Noutro aspecto, muito se discute sobre a necessidade de o Poder Legislativo retomar sua parte na política, mas um dado muito importante a se considerar, num órgão de implementação das sentenças da CIDH híbrido, aberto e plural, é justamente a inserção do Poder Executivo na engrenagem da última palavra em efetivação de direitos.

Explica-se: “uma abordagem integral da separação de poderes através da perspectiva dialógica requer também a análise de como o Executivo participa nesse processo”. Contudo, pesquisas importantes concentram-se na relação entre parlamentos e cortes, tidas como a opção tradicional da teoria constitucional e que tem uma razão de ser: “o Poder Executivo nunca foi considerado um candidato para a última palavra em questões de direitos fundamentais”<sup>488</sup>.

Ocorre que o cenário da última palavra, em sede de implementação de sentenças da CIDH pode, por vezes, subverter o processo. Isso porque o Poder Judiciário internacional acaba por determinar providências de vulto e amplitude que

---

<sup>488</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado em Ciências Políticas) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 107.

podem transferir ao Executivo a decisão, na prática, pela última palavra em direitos fundamentais.

Por exemplo, a sentença Gomes Lund dispõe que o Estado deve realizar todos os esforços para determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas e, se for o caso, identificar e entregar os restos mortais a seus familiares. Pergunta-se: na prática, quais os limites da expressão ‘todos os esforços’? A última palavra (formal) dada pela CIDH, mas a implementação da sentença, numa espécie de última palavra material, pertence a quem? Ao Executivo, por certo, que deverá dotar o orçamento necessário às operações que concretizem ‘todos os esforços para determinar o paradeiro das vítimas. Na mesma sentença, observa-se a condenação do Estado em oferecer o tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico que as vítimas requeiram. Quais as medidas para esse cumprimento? A oferta via Sistema Único de Saúde (SUS), *per se*, cumpre a última palavra dada pela CIDH?

Todas as razões aqui elencadas evidenciam que o caminho para uma implementação de sentenças da CIDH no Brasil passa pela criação de um órgão híbrido, aberto e plural, atuante numa dinâmica dialógica, que supera o paradoxo do cumprimento pelo violador e não onera o Poder Executivo ao impor que este, isoladamente, dê conta dos comandos judiciais, internos e internacionais. Uma concepção crítica do funcionamento das instituições e das condições de (i)maturidade democrática do Brasil autorizam um repensar dos dogmas e das fictas cláusulas pétreas.

As condições de desigualdade social, a irresponsabilização penal de agentes que, em nome do Estado perpetraram torturas no período ditatorial, as degradantes condições dos estabelecimentos prisionais são amostras das graves violações a direitos humanos que podem ser observadas no cotidiano brasileiro. Medidas que subvertam o pensamento tradicional podem, paradoxalmente, recompor a ordem.

## CONCLUSÕES

Este trabalho oferece um aporte teórico e normativo para lidar com a questão da possibilidade/necessidade de criação, no Brasil, de um órgão de implementação de sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), híbrido, aberto e plural.

Para isso, apresentou as premissas essenciais que devem pautar a discussão sobre um órgão dessa natureza, dada a incipiência do debate quanto à implementação das sentenças da CIDH no Brasil. Nesse sentido, discutiu a fundamentação dos direitos humanos, a internacionalização do direito constitucional, a conformação jurídica da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil e a relação do Poder Judiciário interno brasileiro com a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A partir desses argumentos, propôs a criação de um órgão de implementação híbrido, aberto e plural, das sentenças da CIDH no Brasil.

Os dois primeiros argumentos (fundamentação e internacionalização), trabalhados nos dois primeiros capítulos, constituíram o núcleo intitulado *possibilidade* de criação de um órgão específico de implementação das sentenças da CIDH no Brasil. O terceiro e o quarto argumentos (conformação jurídica e relação do Poder Judiciário interno) trataram da *necessidade* de criação de um órgão de implementação das sentenças da CIDH no país. Juntos, *possibilidade* e *necessidade* formaram o binômio que sustentou a tese e abriram caminho para a proposição das bases teóricas e normativas de um órgão de implementação híbrido, aberto e plural.

Ora, o Direito Internacional dos Direitos Humanos (aí incluída a atuação das Cortes internacionais) oferta uma importante proteção à dignidade humana e precisa ser concretizado internamente. Essa concretização interna é possível em face da internacionalização do direito constitucional, com abertura do direito interno ao direito internacional, inclusive em sede constitucional. Tais argumentos tornam *possível* a implementação das sentenças da CIDH no Brasil.

A CIDH possui jurisdição no Brasil, é uma realidade jurídica e suas sentenças são válidas internamente. Desse cenário decorrem interações entre o Poder Judiciário interno e o internacional que podem culminar em atuações conflitantes, indesejáveis ao fortalecimento dos direitos humanos. Tais argumentos demonstram a *necessidade* de criação de um órgão de implementação das



sentenças da CIDH no país e o binômio *possibilidade/necessidade* de implementação apontam para a criação de um órgão de implementação de caráter híbrido, aberto e plural, que possa dar conta dos desafios identificados e, nesse sentido, destacam-se os seguintes pontos conclusivos:

1. A CIDH possui jurisdição obrigatória no Brasil, devendo o país cumprir suas decisões. Tal conclusão é normativamente extraída do fato que o Estado brasileiro reconheceu a competência da CIDH em 1998, por meio do Decreto Legislativo n.º 89, de 1998, obrigando-se a cumprir suas decisões. Além disso, está previsto na Constituição Federal de 1988 a prevalência dos direitos humanos como um dos princípios regentes das relações internacionais do Brasil e o devido respeito aos tratados no capítulo dos direitos e das garantias individuais. Tais dispositivos apontam para o necessário respeito, pelo Brasil, aos tratados internacionais que assina e impõem, ainda, o reconhecimento pelo Estado brasileiro da validade prática das normas internacionais de proteção aos direitos humanos.

2. A chamada concepção contemporânea dos direitos humanos, inaugurada no pós-Guerra, em que pese seus limites e possibilidades, serve de esteio para uma proposta de implementação das sentenças da CIDH, no Brasil, uma vez que oportuniza a criação de um órgão de implementação híbrido e plural. Isso porque a concepção contemporânea de direitos humanos tem o ser humano ocupando a centralidade do discurso e do sistema, e disso decorre a relativização da soberania, já que a proteção da pessoa deixa de ser estritamente doméstica e passar a ter relevo internacional. O Direito Internacional também se aprimora, com o aperfeiçoamento de sanções às suas violações, de modo que o ato ilícito internacional passa a gerar a responsabilidade internacional do Estado que a cometeu. Tal cessão de espaço da soberania, em favor da pessoa humana, reconhece a dignidade humana como valor inexpugnável e culmina na institucionalização de Cortes Internacionais, a exemplo da CIDH, como instrumento de garantia desta proteção, sempre temperados pela alteridade. Nesse quadrante, a elaboração de normas, a formulação de políticas públicas e a formulação de decisões judiciais no âmbito da concepção contemporânea de direitos humanos devem louvar o princípio da boa-fé no âmbito internacional, buscando sempre harmonizar a ordem doméstica à luz dos parâmetros protetivos mínimos assegurados na ordem internacional no campo dos direitos sociais.

3. Identifica-se um importante desafio na implementação das sentenças da CIDH relacionado à universalização parcial dos direitos humanos. Se a própria noção de universalidade já é problemática do ponto de vista teórico, merecendo sempre um filtro crítico na discussão do lugar da fala dos direitos humanos, o espaço de realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, que ficaram alijados de sua 'universalidade de fato', em consequência de seu menor reforço normativo, em comparação aos direitos civis e políticos, é patente. Tal discussão envolve a eleição de políticas públicas relevantes para o Estado. Essa eleição de políticas pode conflitar ou ser afetada pelo gerenciamento de políticas públicas exigido para implementação de sentenças da CIDH, que determinem obrigações também na seara legislativa e executiva do Estado. Uma possível resposta a esse desafio que pode, teoricamente, diminuir a discrepância no espaço de realização dos direitos passa pelo direito ao desenvolvimento, como instrumento de expansão das liberdades substanciais dos sujeitos, que propicia o empoderamento político e material, dando voz ativa aos sujeitos no processo de discussão e significação de seus destinos, emergindo daí possibilidades emancipadoras.

4. O fenômeno da internacionalização do direito constitucional demonstra o infiltrar das regras internacionais na ordem interna dos Estados, de modo efetivo, no final da sua cadeia de produção: a execução das sentenças internacionais. Tal fenômeno é importante para justificar juridicamente como um Poder da República (Judiciário) pode encontrar limites frontais ao exercício de sua função típica, impostos por uma decisão internacional. Assim, as teorias da internacionalização do direito constitucional mostram que o tratamento conferido pelos Estados às normas garantidoras de direitos humanos, é capaz de medir o quanto esses Estados estão alinhados a uma concepção de primazia da defesa da pessoa humana. O modo como os países signatários de documentos protetivos de direitos humanos os implementam internamente, pode definir se a defesa da dignidade em seus territórios é parte de um discurso meramente retórico, ou, se suas instituições estão preparadas para absorver as transformações e complexidades contemporâneas. De igual modo, o controle de convencionalidade das leis é a pedra de toque dessa problemática.

5. O paradoxo do cumprimento pelo violador consiste no fato de que o Poder Judiciário brasileiro, como Poder da República, pode praticar ato ilícito internacional, capaz de atrair para o Estado a responsabilidade internacional e,

consequentemente, uma condenação advinda de sentença internacional. Os mecanismos atuais de cumprimento e execução interna contenciosa das decisões da CIDH no Brasil, necessariamente, seguem as mesmas regras de execução da sentença interna, pelo Poder Judiciário. Ou seja, não existe, no país, um órgão específico de implementação das sentenças da CIDH. Entrega-se ao violador (mesmo que por ato indireto) o cumprimento da sentença internacional, e tal situação não se coaduna com os vetores de proteção da dignidade humana, pilar da concepção contemporânea de direitos humanos.

6. Uma forma de superar, ou, quando menos, minimizar o paradoxo do cumprimento pelo violador, é a criação de um órgão de implementação das sentenças proferidas pela CIDH, híbrido, aberto e plural. O Poder Judiciário interno, via Supremo Tribunal Federal, não detém a última palavra em termos de interpretação da Constituição. O povo, a partir de uma faceta dialógica, deve participar dessa interpretação e o órgão de implementação das sentenças da CIDH não pode ser subordinado ao Poder Judiciário. Deve ser autônomo, de constituição híbrida, aberta e plural e, para isso, dele deve participar o povo, numa concepção radicalmente democrática.

7. Qual povo deve compor este órgão de implementação? O povo, a partir de uma perspectiva de democracia deliberativa, envolvendo não apenas a representação pelo Poder Legislativo, mas também a participação de órgãos e movimentos que conhecem e atuam diretamente na implementação das sentenças já cumpridas pelo Brasil. Um povo identificado a partir das experiências colhidas junto aos atores sociais e institucionais envolvidos com a implementação das sentenças da CIDH, no Brasil, até o momento. Isso implica promover uma reforma institucional hábil a dar conta da transição democrática ainda não aperfeiçoada no país, além de constituir mola propulsora para o fortalecimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

8. Em síntese, ao se problematizar a implementação das sentenças da CIDH no Brasil, há que se ter em conta os direitos humanos como fruto de correlações institucionais, políticas, econômicas e culturais, em determinado momento histórico. Uma visão crítica do seu lugar de fala, portanto. Assim, direitos humanos são processos de luta e, por isso, apresentam resultados sempre provisórios. A execução das sentenças internacionais não pode escapar à lógica da necessária visão panorâmica exigida pelos direitos humanos. A execução das

sentenças da CIDH também precisa enxergar o entorno, o contexto, a historicidade, razão pela qual deve ser promovida por um órgão híbrido, aberto e plural.

Enfim, a contribuição entregue pela presente pesquisa, de cunho teórico, repousa na necessidade de abertura do espaço acadêmico para discussões de cunho prático. Muito já se debateu academicamente sobre a redefinição da teoria da separação dos poderes, sobre os limites da visão universal de direitos humanos, sobre a dificuldade de se responsabilizar o Poder Judiciário por seus atos. É preciso que se abra espaço para propostas que tentem minimizar esses déficits e avançar para o campo das decisões práticas.

O momento político presente no Brasil, demonstra claramente a imaturidade democrática de nossas instituições e, não se pode admitir que, aquele que foi concebido como Poder Guardião dos direitos seja imunizado, na prática, de maiores responsabilidades.

Frise-se, à exaustão, que o objeto dessa tese é o Poder Judiciário como violador de direitos humanos. Isso, por óbvio não desonera os demais Poderes da República de sua imensa parcela de responsabilidade. Contudo, no âmbito do Poder Judiciário é preciso que medidas de fôlego sejam tomadas para que ele não se desnature de seu papel democrático, contramajoritário, essencialmente comprometido com o ser humano.

Ainda, essa não é uma demanda exclusiva dos jurisdicionados ou da academia. Grande parcela dos juízes espera que sua carreira não se desvirtue da vocação de defesa democrática e constitucional, perdida em meio a privilégios financeiros e posturas inaceitáveis, a comportamentos midiáticos que em nada acrescentam às demandas judiciais, a decisões questionáveis do ponto de vista dos direitos humanos provindas dos Tribunais Superiores e da instância máxima de decisão judicial no país, sem qualquer comprometimento com a integridade de sua jurisprudência.

A classe política do país está devastada pela descrença da população em sua honestidade e competência. Não se pode admitir que o Poder Judiciário sucumba à sedução que desvirtuou aqueles Poderes. Ora, se Executivo e, especialmente o Legislativo, possuem penduricalhos excessivos em seus vencimentos, diárias de valores elevadíssimos se comparados com outras carreiras, férias e recessos desproporcionais, é preciso corrigir os excessos e jamais tentar igualar as carreiras (e aqui é preciso incluir o fiscal da lei e sua vocação para o

silêncio quando o assunto são as desmedidas do Poder Judiciário). Ora, admitir-se como punição máxima a um integrante de uma carreira a aposentadoria compulsória com vencimentos proporcionais, quando não integrais, é de uma afronta a qualquer regime constitucional democrático.

O mito da intangibilidade do Poder Judiciário precisa ser mitigado, para que esse passe a ser visto tão somente como ele é: uma instituição que serve à democracia e ao povo, que zela pela guarda da Constituição e das leis, como mais um servidor da República e não uma casta encastelada e distante da população.

Isso tudo para dizer que a presente tese apresenta, sim, uma proposta que diminui os Poderes do Poder Judiciário, retirando dele o monopólio da implementação das decisões da CDIH. Apresenta, sim, uma proposta ousada do ponto de vista da separação dos poderes, mas que busca fazer frente ao déficit democrático da instituição que deve zelar pela Constituição, sobretudo porque, como aqui demonstrado, o Poder Judiciário pode atuar como violador de direitos humanos.

## REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, Victor. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. **Sur Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo, v. 2, n. 2, 2005.
- ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo; ALVARENGA, Roberta Vieira; BELLATO, Sueli Aparecida. Justiça de transição no Brasil: o papel da comissão de anistia do ministério da justiça. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. n. 1, jan./jun. 2009.
- ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Nascimento. **Manual de direito internacional público**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- AFONSO, Livia de Paiva Ziti. A efetividade dos direitos fundamentais sociais pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: caso Brasil. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. v. 28, jan./jun. 2009.
- AGAMBEN, Giorgio. **Meios sem fim**: notas sobre a política. Tradução Davi Pessoa Carneiro. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade política e social dos juízes nas democracias modernas. **Revista Ajuris**, v. 24, n. 70, jul. 1997.
- ALVARADO, Paola Andrea Acosta. *El pluralismo constitucional como respuesta a los desafíos de la protección multinivel en Latinoamérica: comentarios a la propuesta de René Urueña*. **Revista Derecho del Estado**. n. 31, jul./dic. 2013.
- ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Cia das Letras, 1989.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; BENEDETTI, Andréa Regina de Moraes; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. A recepção no Brasil das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos: desafios ao estado brasileiro. **Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo**. v. 14, 2014.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; SILVA, Diogo Bacha e; PEDRON, Flávio Quinaud; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Presunção de Inocência: uma contribuição crítica à controvérsia em torno do julgamento do Habeas Corpus n.º 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal. **Empório do direito**, São Paulo, 24 fevereiro 2016. Disponível em: <[http://emporiiododireito.com.br/presuncao-de-inocencia-uma-contribuicao-critica\\_/24/02/2016](http://emporiiododireito.com.br/presuncao-de-inocencia-uma-contribuicao-critica_/24/02/2016)>. Acesso em: 27/02/2016.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; SILVA, Diogo Bacha e; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Sobre o poder judiciário brasileiro e o risco do estado de exceção no Brasil: em defesa do regime constitucional democrático em tempos de “Morogate”. **Empório do direito**, São Paulo, 20 março, 2016. Disponível em: < [http://emporiiododireito.com.br/sobre-o-poder-judiciario-brasileiro-e-o-risco-do-estado-de-excecao-no-brasil-em-defesa-do-regime-constitucional-democratico-em-tempos-de-morogate1-por-alexandre-gustavo-melo-fra/#\\_ftnref16](http://emporiiododireito.com.br/sobre-o-poder-judiciario-brasileiro-e-o-risco-do-estado-de-excecao-no-brasil-em-defesa-do-regime-constitucional-democratico-em-tempos-de-morogate1-por-alexandre-gustavo-melo-fra/#_ftnref16) >. Acesso em: 25/03/2016.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, v. 1, n. 1, 2001.

BASTOS JÚNIOR, Ronaldo Carvalho; ALMEIDA, Leonardo Monteiro Crespo. Conciliação entre o universalismo e o imperialismo dos direitos humanos na era da “sociedade mundial”. **Revista Crítica de Direito**. v. 62, n. 4, ago./out. 2014.

BATEUP, Christine. *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*. **Brooklyn Law Review**. v. 71, 2006.

BENEDETTI, Andréa Regina de Moraes. Anistia, inimigo e Judiciário: (im) possibilidades do acordo político no estado de exceção. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, n. 64, jan./jun. 2014.

\_\_\_\_\_. **Judicialização da política**: a construção de um conceito constitucional nos cenários de expansão do Poder Judiciário. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

BENEDETTI, Andréa Regina de Moraes; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. O desafio da justiça de transição para o estado brasileiro: verdade e reparação a partir da revisão da lei de anistia pelo Poder Judiciário. In: MUNIZ, Iranice Gonçalves; SILVA, Edjane Esmerina Dias da. (Org.). **A humanização do Direito e a horizontalização da Justiça no século XXI**. João Pessoa-PB, 23. ed. Florianópolis-SC: CONPEDI, 2014.

\_\_\_\_\_. As fontes de direito e o cumprimento das decisões da corte interamericana de direitos humanos no Brasil: o caso Gomes Lund. **Revista UNIFAMMA**, v. 14, 2015.

\_\_\_\_\_. Lei de anistia nos tribunais superiores: o estado da arte do necessário diálogo entre jurisdições no Brasil. In: CUNHA, José Sebastião Fagundes (Org.). **O direito nos tribunais superiores**: com ênfase no novo direito processual civil - estudos em homenagem a Sérgio Luiz Kukina. Curitiba-PR: Bonijuris, 2014, v.1.

\_\_\_\_\_. O diálogo entre jurisdições frente a uma concepção contemporânea de direitos humanos: ainda a questão da anistia no Brasil. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; SILVA, Karine de Sousa (Orgs.). **I Encontro de Internacionalização do CONPEDI**: Atores do desenvolvimento econômico, político e social diante do Direito do século XXI. v. 5. Barcelona: Ediciones Laborum, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BITENCOURT, Vania Barbosa Adorno. Em dia de terror, supremo rasga a constituição no julgamento de um HC. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 18 fevereiro 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bittencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao>>. Acesso em: 25/02/2016.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOSON, Gerson de Britto Mello. **Constitucionalização do direito internacional: internacionalização do direito constitucional e internacional brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BOTTINO, Thiago. Os problemas da decisão do STF sobre execução provisória da pena. **Jota**, São Paulo, 18 fevereiro 2016. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/os-problemas-da-decisao-do-stf-sobre-execucao-provisoria-da-pena.>>. Acesso em: 5/03/2016.

BRANDÃO, Marco Antônio Diniz; BELLI, Benoni. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e seu aperfeiçoamento no limiar do século XXI. In: GUIMARÃES, Samuel Pinheiro; PINHEIRO, Paulo Sergio. **Direitos humanos no século XXI**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BRANDÃO, Pedro Augusto Domingues Miranda. **O novo constitucionalismo pluralista latino-americano**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2015.

BRASIL. **Comissão Nacional da Verdade**. CNV inicia consulta sobre recomendações do relatório final. Brasília: CNV. 2014. Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/outros-destaques/520-cnv-inicia-consulta-sobre-recomendacoes-do-relatorio-final.html>>. Acesso em: 20/03/2016.

\_\_\_\_\_. **Comissão Nacional da Verdade**. Comissão da verdade divulga balanço de um ano dia 21. Brasília: CNV. 2013. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/outros-destaques/270-comissao-da-verdade-divulga-balanco-de-um-ano.html>. Acesso em: 20/03/2016.

\_\_\_\_\_. **Comissão Nacional da Verdade**. Relatório da comissão nacional da verdade: mortos e desaparecidos políticos. v. 3. Brasília: CNV, 2014. Disponível em: <[http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume\\_3\\_digital.pdf](http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_3_digital.pdf)>. Acesso em: 20/03/2016.



BRASIL. Governo do Estado de Pernambuco. **Em audiência pública, MPPE propõe medidas para melhoria do sistema prisional**. Recife: Governo do Estado de Pernambuco, 2016. Disponível em: <<http://www.mp.pe.gov.br/mppe/index.php/comunicacao/noticias/ultimas-noticias-noticias/5566-em-audiencia-publica-mppe-propoe-medidas-para-melhoria-do-sistema-prisional>>. Acesso: 20/03/2016

\_\_\_\_\_. Governo do Estado de Pernambuco. **Idosos do Complexo do Curado terão atendimento diferenciado**. Recife: Governo do Estado de Pernambuco, 2014. Disponível em: <<http://www.pe.gov.br/blog/?articleId=clmbfued&offset=478>>. Acesso: 20/03/2016.

BRASIL. Ministério Público do Estado de Pernambuco. **MPPE recomenda não enviar novos reeducandos para o Complexo do Curado sem autorização judicial**. Recife: MPPE, 2014. Disponível em: <<http://www.mppe.mp.br/mppe/index.php/comunicacao/noticias/ultimas-noticias-noticias/2536-mppe-recomenda-nao-enviar-novos-reeducandos-para-o-complexo-do-curado-sem-autorizacao-judicial>>. Acesso: 20/03/2016.

BRASIL. Poder Judiciário. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. Relator: Desembargador Federal Ivan Athié. **Autos nº 201402010056847**. 30 de julho de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial 1.434.498**. Relator Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 01/09/2014

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 18686**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4640253>>. Acesso em: 10/04/2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. STF. **RESP Nº 466.343/SP**. Brasília, 2009. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 06/04/2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência**, 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 8/09/2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 20/03/2016.

BRASIL. Relatório de cumprimento da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Júlia Gomes Lund e outros: guerrilha do Araguaia vs. Brasil**. 2011. Disponível em: <<http://2ccr.pgr.mpf.mp.br/coordenacao/grupos-de-trabalho/justica-de-transicao/relatorios-1/Escrito%2014%20de%20dezembro%20de%202011.pdf>> Acesso em: 08/09/2014.

BRITISH COUNCIL BRASIL. Clínicas do Testemunho - edital 2015-16. **BRITISH COUNCIL**, São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://www.britishcouncil.org.br/newton-fund/chamadas/clinicas-do-testemunho-2015-2016>>. Acesso em: 20/03/2016.

BUBER, Martin. **Eu e tu**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 1979.

BUERGENTHAL, Thomas. **Internacional human rights**. Minnesota: West publishing, 1988.

\_\_\_\_\_. Prólogo. In: TRINDADE. Antonio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

CAJU, Oona de Oliveira. A concepção de direitos humanos em Jurgen Habermas e a compreensão crítica em Joaquín Herrera Flores. **Revista Crítica do Direito**, v. 58, n. 3, mar./abr. 2014.

CALDAS, Roberto de Figueiredo. Poder judiciário, desafios transicionais e leis de anistia: a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **Coleção direito internacional multifacetado: convergências e divergências entre ordens jurídicas**. v. 4. Curitiba: Juruá, 2015.

CALOYANNI, Mégalos A. *L'Organisation de la cour permanente de justice et son avenir*. **Recueil des cours de l'académie de droit international**, 1931.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo Judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPUCIO, Camila. *El derecho internacional en su aplicación por las cortes y tribunales: hacia un sistema judicial internacional?* **Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión**. v. 2, n. 3, mar. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade: Limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. **Revista de informação legislativa**. v. 51, n. 202, abr./jun. 2014.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 12. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. A incorporação e a hierarquia dos direitos fundamentais sediados em tratados internacionais. **Revista científica Internacional - Inter Science Place**. v. 1, n. 28, jan./mar. 2014. D.O.I: 10.6020/1679-9844/2802.

CASARA, Rubens. Pesquisa revela a ilusão do duplo grau de jurisdição. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 24 fevereiro 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-24/rubens-casara-pesquisa-revela-ilusao-duplo-grau-jurisdicao>>. Acesso em: 05/03/2016.

CAVALLARO, James Louis. ***Hacia una visión crítica y práctica de la eficacia de las instancias e intervenciones internacionales de los derechos humanos en las Américas: una reevaluación del sistema interamericano y las comisiones de la verdad en las transiciones.*** TESIS (Doctorado en Derecho). Programa de Postgrado *Stricto Sensu en Derecho*, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2014.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**. v. 2, n. 3, set./dez. 2015. DOI: [http:// dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44534](http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44534).

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CONI, Luis Claudio. **A Internacionalização do poder constituinte**. Porto Alegre: SAFE, 2006.

CORREIA, Theresa Rachel Couto. **Corte interamericana de direitos humanos**. Curitiba: Jurua, 2008.

COSTA, Luciana da Silva. **A revisitação do princípio da separação de poderes: dialogicidade e tensão como elementos conformadores da identidade constitucional brasileira**. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

CUNHA, José Ricardo (Org.). **Direitos humanos, poder judiciário e sociedade**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011.

CUNHA, José Ricardo. Direitos humanos e justiciabilidade: pesquisa no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, vol. 2, n. 3, dec. 2005.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Le pluralisme ordonné**. Paris: Seuil, 2004.

\_\_\_\_\_. *Les forces imaginantes du droit(II).* **Le pluralisme ordonné**. Paris: Seuil, 2006.

DIAS JÚNIOR. Eteocles Brito Mendonça. **Soberania parlamentar, judicial review e diálogos institucionais: do isolamento decisionista à atividade colaborativa entre os poderes na aplicação constitucional**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. 2. ed. Lisboa: Fundacao Calouste Gulbenkian, 2003.

DODGE, Raquel Elias Ferreira. **Grupo de trabalho justiça de transição**: atividades de persecução penal desenvolvidas pelo Ministério Público Federal: 2011-2013. Brasília: MPF/2ª CCR, 2014. p. 1. Disponível em: <<http://2ccr.pgr.mpf.mp.br/coordenacao/grupos-de-trabalho/justica-de-transicao/relatorios-1/Relatorio%20Justica%20de%20Transicao%20-%20Novo.pdf>>. Acesso em: 22/11/2015.

DOR, Georges. *Contribution à l'étude du problème de l'internationalisation des règles de droit public interne*. In: **Mélanges MAHAIM**. Tome 2. Paris: Sirey, 1935.

DULCE, María Jose Fariñas. *Claves para el diálogo entre culturas*. **El país**. Opinión, 2005.

\_\_\_\_\_. *La tensión del pluralismo desde la perspectiva filosófica intercultural*. **Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas**, ano 8, n. 12, p. 221, 2000.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão. Petrópolis: Vozes, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010

FACHIN, Melina Girardi. **Direito humano ao desenvolvimento**: universalização, ressignificação e emancipação. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. Universalismo versus relativismo: superação do debate maniqueísta acerca dos fundamentos dos direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**. v. 16, 2010.

\_\_\_\_\_. **Verso e anverso dos fundamentos contemporâneos dos direitos humanos e dos direitos fundamentais**: da localidade do *nós* à universalidade do outro. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

FARIA, José Eduardo. Prefácio. In: FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

FARMER, Paul. **Pathologies of power**: health, Human Rights, and the New War on the Poor, pref. de Amartya Sen. Berkeley, Los Angeles e Londres: University of California Press, 2005. DOI: 10.1525/nad.2003.6.1.1.

FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del estado de derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos**. Madrid: Trotta, 2007.

FLORES, Joaquim Herrera. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade da resistência. In: WOLKMER, Antônio Carlos. (Org.). **Direitos Humanos e Filosofia Jurídica na América Latina**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

\_\_\_\_\_. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. **Revista Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos**. Florianópolis. v. 23. n. 44, 2002. Disponível em: <<http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330>>. Acesso em: 10/01/2016.

\_\_\_\_\_. **Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

FLORES, Joaquin, Herrera. *Hacia una visión compleja de los derechos humanos*. In: \_\_\_\_\_. (Coord.). **El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica da la razón liberal**. Bilbao: Desclée, 2000.

FRASIER, Nancy. Repensando a questão do reconhecimento: superar a substituição e a reificação na política cultural. In: BALDI, César Augusto (Org). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

FREITAS, Riva Sobrado; MARÇAL, Julia Dambros. O transconstitucionalismo como meio de fortalecimento do sistema interamericano de direitos humanos e constitucional dos estados latino-americanos. In: Unoesc International Legal Seminar. **Anais do Unoesc International Legal Seminar**. Chapecó-SC: Spring Brasil Alemanha, 2013. v. 2. n. 1.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. Por um direito internacional crítico e emancipatório: o direito internacional público e o direito internacional privado no Brasil em busca de suas identidades. In: RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **Coleção direito internacional multifacetado: convergências e divergências entre ordens jurídicas**. v. 5. Curitiba: Juruá, 2015.

\_\_\_\_\_. Proteção dos direitos humanos: constitucionalização do direito internacional ou internacionalização do direito constitucional? **Revista Brasileira de Direito Internacional da UFPR**, Curitiba, v. 8, n. 8, jul./dez. 2008.

\_\_\_\_\_. Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: uma análise a partir do caso Damião Ximenes Lopes. **Revista Brasileira de Direito Internacional da UFPR**, Curitiba, v. 2, n. 3, jan./jun. 2006.

GALLI, Maria Beatriz; DULITZKY, Ariel. A comissão interamericana de direitos humanos e o seu papel central no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. In: GOMES, Luiz Flavio; PIOVESAN, Flavia. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GAMA, Marcos Vinícius Pinta. A inserção do Brasil no sistema interamericano de direitos humanos. Instituto Rio Branco. **Curso de Altos Estudos**, Brasília. 2001.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião de promessas. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARGARELLA, Roberto. *Deliberative democracy, dialogic justice and the promise of social and economic rights*. In: GARCÍA, Helena Alviar; KLARE, Karl; WILLIAMS, Lucy A. (Orgs). **Social and economic rights in theory and practice: a critical assessment**. London & New York: Routledge, 2015.

GARGARELLA, Roberto. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. **Universidad de Palermo**, 2016. Disponível em: <[http://www.palermo.edu/Archivos\\_content/derecho/pdf/Constitucionalismo\\_atinoamericano.pdf](http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Constitucionalismo_atinoamericano.pdf)>. Acesso em: 20/ 01/2016.

GIUNCHETTI, Camila Serrano. **Globalização e direitos humanos – estudo acerca da influência da corte interamericana de direitos humanos sobre as instituições domésticas**: o caso do presídio Urso Branco. Tese (Doutorado em Relações Internacionais) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Relações Internacionais, Universidade de Brasília, Brasília-DF, 2011.

GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia**: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Devolver a constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. Tese. (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2015.

GONÇALVES, Vinicius de Almeida de Almeida. A figura do bloco de convencionalidade nas decisões proferidas pela corte interamericana de direitos humanos. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 8, n. 2, 2013. DOI: 10.5902/1981369410793

GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. A responsabilidade internacional do estado e a corte interamericana de direitos humanos. **Revista de Direito Brasileira**. v.1 n. 1, 2011.

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

\_\_\_\_\_. *Mexico y los contornos de un derecho constitucional común americano: un ius commune americanum*. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. **De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano**. Trad. Héctor FixFierro. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003.

HENKIN, Louis et al. **International law: cases and materials**. 3. ed. Minnesota: West Publishing, 1993.

HESPANHA, Antonio Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. Lisboa: EuropaAmérica, 1997.

JACOBS, Francis. *Judicial dialogues and cross-fertilization of legal systems: the european court of justice*. **Texas International Law Journal**, v. 38, p. 547-566, 2003.

JAYME, Fernando Gonzaga. **Direitos humanos e sua efetivação pela corte interamericana de direitos humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

KOLLER, Peter. Soberania nacional e justiça internacional. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. (Org.) **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

KOSKENNIEMI, Martti. *The fate of public international law: between technique and politics*. **The modern law review**. v. 70, n. 1, p. 1-30, jan. 2007.

KUMM, Matthias. *Constitutionalism and the cosmopolitan state*. **Indiana Journal of Global Legal Studies**. v. 20, n. 2, oct. 2013.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

\_\_\_\_\_. **Comércio, desarmamento e direitos humanos**: reflexões sobre uma experiência diplomática. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

\_\_\_\_\_. Prefácio ao livro de José Augusto Lindgren Alves, **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 2003.

LAMY, Marcelo. **Metodologia da pesquisa jurídica**: técnicas de investigação, argumentação e redação. São Paulo: Elsevier, 2009.

LASCALA, Maria Carolina Florentino. A relativização da soberania em prol dos direitos humanos. **Revista de Direito Público, Londrina-PR**, v. 6, n. 2, p. 87-102, 2001.

LEDESMA, Hector Faúndez. **Administración de justicia y derecho internacional de los derechos humanos: el derecho a um juicio justo**. Caracas: U.C.V. 1992.

LE MOS, Eduardo Xavier. Revisitando Herrera Flores: compreensões acerca da teoria crítica de direitos humanos. **Revista Crítica de Direito**, v. 58, n. 3, mar./ abri. 2014.

LEVINÁS, Emmanuel. **Entre nós**: ensaios sobre a alteridade. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.

\_\_\_\_\_. **Humanismo do outro homem**. 3 ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2009.

LUCHETE, Felipe. Membro do MP vai a comissão da OEA contra prisão antes de trânsito em julgado. **Consultor jurídico**, 26 de fevereiro de 2016. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-fev-26/membro-mp-corte-oea-prisao-antes-coisa-julgada>>. Acesso em: 27/03/2016.

MALISKA, Marcos Augusto. A cooperação internacional para os direitos humanos entre o direito constitucional e o direito internacional: desafios ao estado constitucional cooperativo. In: XVI Congresso nacional do conselho nacional de pesquisa e pós-graduação em direito. 2007. Belo Horizonte-MG. **Anais do XVI CONPEDI**. Florianópolis-SC: Fundação Boiteux, 2007.

MARKESINIS, Sir Basil; FEDTKE, Jorg. *The judge as comparatist*. **Tulane Law Review**. v. 80, n. 1, p. 11-167, 2005.

MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil: do diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 45, p. 71 e ss, jan./mar. 2003.

\_\_\_\_\_. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.) **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012.

MARQUES, Gabriel Lima; LOIS, Cecilia Cabalero. Reforma política e diálogos institucionais: novas possibilidades de superação da judicialização da política no Brasil. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; FIUZA, Cesar Augusto de Castro; ROVER, Aires José (Org.). Sistema Jurídico e Direitos fundamentais individuais e Coletivos. Uberlândia – MG. **Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

MARTINS, Ana Maria Guerra. **Direito internacional dos direitos humanos**. Coimbra: Almedina, 2006.

MARTINS, Tahinah Albuquerque. **A influência da corte interamericana de direitos humanos e a declaração de nulidade da lei de anistia**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Universidade de Brasília, Brasília-DF, 2011.

MAZIAU, Nicolas. *L'Internationalisation du pouvoir constituant: essai de typologie, le point de vue heterodoxe du constitutionnaliste*. **Revue Générale de Droit International Public**. n. 106, p. 549-579, 2002-3.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes**. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.



MÉDICI, Alejandro. *Teoría constitucional y giro decolonial: narrativas y simbolismos de las constituciones - Reflexiones a propósito de la experiencia de Bolivia y Ecuador*. **Otros Logos: Revista de estudos críticos**. Buenos Aires, Argentina, año I, n. 1, p. 94-124, 2011 p. Disponível em: <<http://www.ceapedi.com.ar/otroslogos/revistas/0001/medici.pdf>>. Consulta em: 10/01/2016.

MEIERHENRICH, Jens. *Judicial networks: coletânea organizada por Anthony J. Langlois e Karol Edward Soltan*. **Global democracy and its difficulties**. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2009.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Responsabilidade internacional do estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito internacional publico**. 15. ed. rev. ampl. v. 1. São Paulo: Renovar, 2004.

M\_\_\_\_\_. **Direito constitucional internacional: uma introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELLO, Celso. Democratização do Poder Judiciário e acesso à justiça. **Justiça e democracia - Revista de Informação e Debates**. São Paulo, n. 4, 2001.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado em Ciências Políticas) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

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**. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2012.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Claudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Mariana Almeida Picanço de; CUNHA, José Ricardo. **Poder judiciário brasileiro e a proteção dos direitos humanos: aplicabilidade e incorporação das decisões da Corte Interamericana de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade, 2010.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Bóris. **Novas tendências do direito constitucional**. Tradução de Candido Motta Filho. São Paulo: Nacional, 1933.

MORAIS, José Luís Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MORAIS, Jose Luís Bolzan de; HOFFMAM, Fernando. Por uma identidade constitucional comum. **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**, v. 20, n. 3, set./dez. 2015.

MORIN, Edgard. **Introdução ao pensamento complexo**. Portugal: Instituto Piaget, 1995.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. Comissão nacional da verdade oficializa parceria com o PNUD. **ONUBR**, Brasília, 2013. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/comissao-nacional-da-verdade-oficializa-parceria-com-o-pnud/>>. Acesso em: 20/03/2016.

NASCIMENTO, Valéria Ribas. **O tempo de reconfigurações do constitucionalismo**: os desafios para uma cultura cosmopolita. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2010.

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

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 2003.

NUSSBAUM, Martha. **Justicia poética**. Santiago do Chile: Andrés Bello, 1997.

OLIVEIRA, Diogo Pignataro de. Aplicação das sentenças de cortes internacionais no Brasil: a busca pela efetividade das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Digital Constituição e Garantias de Direitos**, v. 4, n. 2, p. 5, 2011.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão interamericana de direitos humanos. **Petição 1532. Caso P-283-16**. 23/02/2016. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/casos.asp>>. Acesso em: 18/04/2016.

\_\_\_\_\_. Comissão interamericana de direitos humanos. **Resolução 1/2013**. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion1-2013esp.pdf>. Acesso em: 20/02/2016.

\_\_\_\_\_. Comissão interamericana de direitos humanos. **Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas**. 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/2dff8787e6cad98d4ed545b438a42673.pdf>>. Acesso em: 22/11/2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Fondo. Sentencia de 29 de Júlio de 1988. Serie C No. 4. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf)>. Acesso em: 05/02/2016.

\_\_\_\_\_. Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 31 de agosto de 2004. **Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay**. 2004. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_111\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf)>. Acesso em: 22/11/2015.

\_\_\_\_\_. Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 02 de julho de 2004. **Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica**. 2004. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_107\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf)>. Acesso em: 22/11/2015.

\_\_\_\_\_. Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 26 de setembro de 2006. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. 2006. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)>. Acesso em: 20/11/2015.

\_\_\_\_\_. Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 24 de novembro de 2010. **Caso Gomes Lund e outros: guerrilha do Araguaia vs. Brasil**. 2010. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf)>. Acesso em: 22/11/ 2015.

\_\_\_\_\_. Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 31 de outubro de 2010. **Caso Rosendo Cantú y otra vs. México**. 2010. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_216\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf)>. Acesso em: 20/11/2015.

\_\_\_\_\_. Corte interamericana de direitos humanos: resolución de la corte interamericana de derechos humanos de 17 de mayo de 2010. **Caso Ximenes Lopes vs. Brasil**. Supervisión de cumplimiento de sentencia. 2011. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/jspui/handle/1234/45283>>. Acesso em: 22/11/ 2015.

\_\_\_\_\_. Corte interamericana de direitos humanos: resolução de la corte interamericana de direitos humanos de 17 de outubro de 2015. **Medidas provisórias a respeito do Complexo Penitenciário de Curado**. 2015. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2015/10/Resolucao-Corte-Interamericana-de-Direitos-Humanos-Complexo-Penitencia.pdf>>. Acesso em: 22/11/2015.

OST, François. A tese de doutorado em Direito: do projeto à defesa. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 7, n. 2, p. 98-116, mai./ago. 2015. doi: 10.4013/ rechtd.2015.72.01.

PÁDUA, Antônio de Maia. Supervisão e cumprimento das sentenças interamericanas. **Cuestiones constitucionales**. Universidad Nacional Autónoma de México Distrito Federal, México. n. 15, p. 180, jul./dez. 2006.

PASQUALUCCI, Jo. ***The practice and procedure of the inter-american court on human rights***. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

PEREIRA, Micheli. **Responsabilidade jurídica, política e social do poder judiciário e do magistrado no contexto da judicialização da política**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

PERNICE, Ingolf. *The global dimension of multilevel constitutionalism: a legal response to the challenges of globalisation*. In: DUPUY, Pierre Marie (ed). ***Völkerrecht als Wertordnung: festschrift für christian tomuschat***. Kehl: Engel, 2006.

PETERS, Anne. *Compensatory constitutionalism: the function and potential of fundamental norms and structures*. ***Leiden Journal of International Law***. v. 19, n. 3, 2006.

\_\_\_\_\_. *Global constitutionalism revisited*. ***International Legal Theory***. v. 11, n. 39, 2005.

\_\_\_\_\_. *The merits of global constitutionalism*. ***Indiana Journal of Global Legal Studies***. v. 16, n. 2, 2009.

PIOVESAN, Flavia. *Diálogo no sistema interamericano de direitos humanos*. ***Revista Campo Jurídico***. n. 1, mar. 2013.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos e diálogo entre jurisdições*. ***Revista Brasileira de Direito Constitucional***. n. 19, jan./jun. 2012.

\_\_\_\_\_. ***Direitos humanos e direito constitucional internacional***. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas*. In: BALDI, César Augusto (Org). ***Direitos humanos na sociedade cosmopolita***. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_. *Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF*. ***Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico***. 2011. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/16470/16034>>. Acesso em: 13/11/2014.

\_\_\_\_\_. ***Direitos humanos e Justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano***. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flavia. *Justiça de transição, reformas institucionais e consolidação do estado democrático de direito: o caso brasileiro*. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MEYER, Emílio Peluso Neder (Org.). ***Justiça de transição nos 25 anos da Constituição de 1988***. Belo Horizonte: Initia Via, 2014.

PIZARELLO, Gerardo. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la constitución venezolana de 1999: balance de una década*. **Revista Derecho del Estado**. n. 28, pp. 55-75, enero-junio, 2012, Disponível em: <<http://www.rebellion.org/docs/96201.pdf>>. Acesso em: 25/01/2016.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo democrático**: por una reconciliación entre Constitución y pueblo. Trad. Leonardo García Jaramillo. Buenos Aires: Siglo XXI, 2013.

PRONER, Caroline. Prefácio. In: SANTOS, Alberto Silva. **A internacionalização dos direitos humanos e o sistema interamericano de proteção**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

\_\_\_\_\_. **Sistema de direitos humanos precisa ser reformado?** 2012. Disponível em: <<http://cartamaior.com.br/?/Editoria/Direitos-Humanos/Sistema-Interamericano-de-Direitos-Humanos-precisa-ser-reformado-/5/25281>>. Acesso em: 20/02/2016.

PRONER, Caroline; AVELAR, Daniel. A natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos sua harmonização e aplicabilidade no ordenamento brasileiro. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 38-87, jul./dez. 2011. p. 68-69. Disponível em:<<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/32/31>>. Acesso: 01/03/2016.

RAMINA, Larissa. Direito internacional dos direitos humanos, direito internacional geral e direito estatal: breves apontamentos. In: RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **Coleção direito internacional multifacetado**: convergências e divergências entre ordens jurídicas. v. 5. Curitiba: Juruá, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo. v. 106/107, p. 497 - 524 jan./dez. 2011/2012.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos na integração econômica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. O Brasil no banco dos réus: dez anos do reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 16, n. 190, set. 2008.

\_\_\_\_\_. *Rule of law* e a judicialização do direito internacional: da mutação convencional as guerras judiciais. In: BEDIN, Gilmar Antonio (Org.). **Estado de direito, jurisdição universal e terrorismo**. Ijuí: Unijui, 2009, v.1.

\_\_\_\_\_. Supremo tribunal federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo. v. 104, p. 241- 286, jan./dez. 2009.

\_\_\_\_\_. **Processo internacional de direitos humanos**: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAMOS, André de Carvalho. Realizando convergência entre o nacional e o internacional: os círculos concêntricos da pluralidade das ordens jurídicas no Brasil. In: RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **Coleção direito internacional multifacetado**: convergências e divergências entre ordens jurídicas. v. 5. Curitiba: Juruá, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. O diálogo das cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do e JUBILUT, Líliliana Lyra (Org.). **O STF e o direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

REIS, Taciana Mara Corrêa Maia. Três desafios do direito constitucional contemporâneo. **Revista Videre**, v. 06, n. 11, p. 51-64, jan./jul. 2014.

ROPP, Stephen; SIKKINK, Kathryn. *International norms and domestic politics in Chile and Guatemala*, In: RISSE, Thomas Stephen; ROPP, Stephen C.; SIKKINK, Kathryn. **The power of human rights: international norms and domestic change**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

ROUSSEAU, Charles. **Derecho internacional público**. Barcelona: Ariel, 1966.

SALAZAR, Katya (Org.). *La reforma de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. **Aportes - Revista de la Fundación para el Debido Proceso (DPLF)**, n. 19, ano 7, abr. 2014. Disponível em: <[http://www.dplf.org/sites/default/files/aportes\\_19\\_web\\_0.pdf](http://www.dplf.org/sites/default/files/aportes_19_web_0.pdf)>. Acesso em: 20/02/2016.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O dever do STF de controlar a convencionalidade. **Justificando**, São Paulo, 29 fevereiro 2016. Disponível em: <<http://justificando.com/2016/02/29/o-dever-do-stf-de-controlar-a-convencionalidade/>>. Acesso em: 10/03/2016.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes, BRUM, Márcio Morais. A margem nacional de apreciação e sua (in) aplicação pela corte interamericana de direitos humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado? *Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas*. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**. México, v. XV, p. 195-238, 2015.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; SILVA, Maria Beatriz Oliveira da; MELLO, Rafaela da Cruz. Novas geometrias jurídicas e a construção de um direito comum pluralista: uma análise da aplicação da margem nacional de apreciação pelo tribunal europeu dos direitos do homem. **Revista Culturas Jurídicas**, v. 2, n. 3, 2015.

SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SCELLE, Georges. *La doctrine de león duguit et les fondements du droit des gens. Archives de Philosophie du Droit*, p. 80-119, 1932.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Editora Schwarcz, 2007.

SHANY, Yuval. **The competing jurisdictions of international courts and tribunals**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

SILVA, Lorena Mesquita. Poder judiciário: de guardião a poder constituinte? **Revista Jurídica da Presidência Brasília**, v. 16, n. 110, p. 619-646, out./ jan. 2014-2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flavia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Org.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

SITO, Santiago Artur Berger; VIEIRA, Gustavo Oliveira; PENNA, Luciana Rodrigues. Da sociedade em rede à interconstitucionalidade: a interlocução entre Castells e Canotilho. **Publica Direito**, 2006. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/santiago\\_artur\\_berger\\_sito.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/santiago_artur_berger_sito.pdf)>. Acesso em: 12/01/ 2016.

SLAUGHTER, Anne-Marie. *A global community of courts. Harvard International Law Review*. v. 44, 2003.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Atlas, 2002.

SOUZA, Ielbo Marcos Lobo; DA ROS, Patrick Lucca. A responsabilidade internacional do estado brasileiro por ato do Judiciário: o alcance das obrigações convencionais de direitos humanos. In: ROCHA; Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 17 fevereiro 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>>. Acesso em: 19/02/2016.

TEITEL, Ruti. *Transitional justice genealogy. Harvard Human Rights Journal*. v. 16, p. 69-94, 2003.

TEIXEIRA, Carla Noura. **Direito internacional público, privado e dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2007.

TEUBNER, Gunther. A lei em tempos de globalização. **Instituto Humanitas Unisinos**, São Leopoldo - RS, 28 set. 2009. Entrevista. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/noticias-anteriores/26013-a-lei-em-tempos-de-globalizacao-entrevista-com-gunther-teubner>>. Acesso em: 02/02/2016.

TOURARD, Hélène. *L'internationalisation des constitutions nationales*. Paris: LGDI, 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito das organizações internacionais**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional**. In: MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Arquivos de direitos humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O legado da declaração universal e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos. In: AMARAL JUNIOR, Alberto; PERRONE-MOISÉS, Claudia (Orgs.). **O cinquentenário da declaração universal dos direitos do homem**. São Paulo: Edusp, 1998.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; ROBLES, Manuel Ventura. *El futuro de la corte interamericana de derechos humanos*. 2. ed. atualizada e ampliada, San José/Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos e ACNUR, 2004.

TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. O papel do direito nas sociedades contemporâneas: uma proposta para conciliação entre direitos humanos e multiculturalismo. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 64, fev. 2015. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao064/PauloMario\\_Neto.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao064/PauloMario_Neto.html)>. Acesso em: 22/01/2016.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ (UFPR). **Fórum paranaense de resgate da verdade, memória e justiça**. 2013. Disponível em: <<http://www.forumverdade.ufpr.br>>. Acesso em: 28/07/2013.

URUEÑA, René. *Constitucionalismo sin constitucion, pluralismo sin pluralidad: una replica a Paola Andrea Acosta Alvarado*. **Revista Derecho del Estado**, n. 31, p. 369, jul./dic. 2013.

VALADÉS, Diego (Org). Conversas acadêmicas com Peter Häberle. Trad. Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva/IDP, 2009.



VAN ZYL, Paul. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, n. 1, p. 32, jan./jun. 2009.

VASCONCELLOS, Marcos de; ROVER, Tadeu. Juízes pedem veto a artigo que traz regras para fundamentação de decisões. **Consultor jurídico**. São Paulo, 24 de abril, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao>>. Acesso em: 24/04/2016.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional, democracia e estado de direito**: o debate entre o supremo tribunal federal e o congresso nacional sobre a interpretação da constituição. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

VIEIRA, Gustavo Oliveira. **Constitucionalismo na mundialização**: desafios e perspectivas da democracia e dos direitos humanos. Ijuí: Unijuí, 2014.

VIEIRA, Gustavo Oliveira; MORAIS, José Luis Bolzan de. A internacionalização do direito a partir dos direitos humanos: reflexões iniciais para o futuro do constitucionalismo. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 4, n. 2, p. 175-184, jul./dez. 2012. DOI: 10.4013/rechtd.2012.42.07.

VIVIANI, Maury Roberto. **Constitucionalismo global**: crítica em face da realidade das relações internacionais no cenário de uma nova ordem mundial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

\_\_\_\_\_. **O constitucionalismo global no cenário de uma nova ordem mundial**: uma crítica a partir de uma teoria forte em face da realidade das relações internacionais. Tese. (Doutorado em Ciência Jurídica) – Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2014.

WALKER, Neil. *Big 'C' or Small 'c'?* **European Law Journal**. v. 12, n. 1, p. 12–14, Jan. 2006. DOI: 10.1111/j.1468-0386.2006.00304.x

\_\_\_\_\_. *Constitutionalism and pluralism in global context*. In: Avbelj, Matej; Komárek, Jan (Eds.) **Constitutional pluralism in the European Union and beyond**. Oxford: Hart Publishing Ltd., 2012.

WALZER, Michel. **Esferas da justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WOLKMER, Antônio Carlos. Contribuições históricas sobre o direito na América luso-hispânica. In: DAL RI, Luciene; DAL RI Jr., Arno. (Orgs.). **Latinidade da América Latina**: enfoques históricojurídicos. São Paulo: Hucitec, 2008.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. O STF violou direitos humanos. **Empório do direito**, São Paulo, 27 fevereiro 2016. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/o-stf-violou-direitos-humanos-por-leonardo-isaac-yarochewsky/>>. Acesso em: 20/03/2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ***La pachamama y el human.*** Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, Ed. Colihue, 2012.