

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DOUTORADO**

LUIS CARLOS DOS SANTOS LIMA SOBRINHO

**CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE SOB A ABORDAGEM DA
TRANSJURIDICIDADE NO SISTEMA INTERAMERICANO DE
PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

**JOÃO PESSOA
2017**

LUIS CARLOS DOS SANTOS LIMA SOBRINHO

**CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE SOB A ABORDAGEM DA
TRANSJURIDICIDADE NO SISTEMA INTERAMERICANO DE
PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

Tese apresentada à Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba para fins de Exame Final, como critério para a obtenção do grau de Doutor em Ciências Jurídicas.

Área de Concentração

Direitos Humanos e Desenvolvimento

Linha de Pesquisa

Inclusão Social, Proteção e Defesa dos Direitos Humanos

Orientador

Prof. Dr. Luciano Mariz Maia

JOÃO PESSOA

2017

L732c Lima Sobrinho, Luis Carlos dos Santos.
 Controle de convencionalidade sob a abordagem da
 transjuridicidade no sistema interamericano de proteção dos
 direitos humanos / Luis Carlos dos Santos Lima Sobrinho. -
 João Pessoa, 2017.
 246 f.: il. -

 Orientador: Luciano Mariz Maia.
 Tese (Doutorado) - UFPB/ CCJ

 1. Direitos Humanos. 2. Transjuridicidade. 3. Sistema
 Interamericano. 4. Controle de Convencionalidade. I. Título.

UFPB/BC

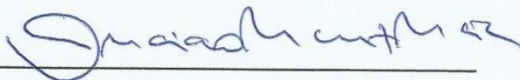
CDU: 342.7(043)

LUIS CARLOS DOS SANTOS LIMA SOBRINHO

**CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE SOB A ABORDAGEM DA
TRANSJURIDICIDADE NO SISTEMA INTERAMERICANO DE
PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

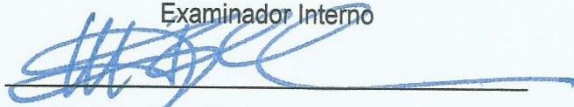
Aprovado em: 2 / 6 / 2017

BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Luciano Mariz Maia
PPGCJ/UFPB
Orientador/Presidente

Prof. Dr. Fredys Orlando Sorto
PPGCJ/UFPB
Examinador Interno



Prof. Dr. Marcilio Toscano Franca Filho
PPGCJ/UFPB
Examinador Interno

Profª. Dra. Giuliana Dias Vieira
CCBSA/UEPB
Examinadora Externa

Prof. Dr. Eugênio José Guilherme de Aragão
Faculdade de Direito/UnB
Examinador Externo

Dedico este trabalho à minha esposa Ana Angélica e à minha filha Ana Lívia, sem as quais eu o teria concluído um ano atrás (mas sem amor ao meu redor...).

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pelo dom da vida e por gozar de saúde durante toda a empreitada que envolveu esse processo de doutoramento.

À minha esposa, Ana Angélica, que me acompanhou desde a preparação para a seleção do doutorado até a revisão final desta singela tese, tendo me presenteado com a maior riqueza que poderia existir: Ana Lívia, nossa filha, fruto de muito amor e fonte de inspiração e motivação durante o transcorrer dessa jornada.

À minha Mãe, Magnólia, por demonstrar que a fé consiste em acreditar não apenas no que se vê, mas na essência das coisas que estão por vir. Sem seu amor e compreensão incondicionais, não teria me preparado para esse momento.

Ao meu pai, Roberto Adamastor Lima (*in memoriam*), por acreditar em meu potencial mais do que eu poderia conceber. Seus valores, carinho e amizade permeiam minha mente e coração a todo instante, na certeza de que, um dia, estaremos juntos novamente.

Aos meus irmãos e sobrinhos, por alegrarem meus dias e se fazerem presentes de forma una, mesmo nos momentos de discordância, mas sempre consubstanciando um núcleo estruturante de nossa vida em sociedade denominado “família”.

Aos amigos-irmãos que me brindam com sua inteligência, humor e companheirismo durante os bons e maus momentos dessa vida, em especial Galdino Toscano, Antonio Toscano, Thiago Porto, Bruno Bastos, Leopoldo D’assunção, Gerard Heineken e Fabiano Miranda, dentre outros que me farão incorrer na injustiça de não os citar. Vocês trouxeram uma riqueza que dinheiro algum é capaz de comprar.

Ao amigo e Diretor de Tese, Luciano Mariz Maia, pela extrema confiança depositada desde minha designação como seu orientando, perpassando nossas conversas e planos relacionados ao processo de orientação até a realização dessa banca de defesa. Sua amizade e sabedoria me acompanharão durante toda minha jornada.

Aos Professores internos e externos ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas que agregaram conhecimentos substanciais a minha carreira profissional, a exemplo de Otacilio Silveira, Luciano Nascimento Silva, Lorena Freitas e Marcílio Franca, com destaque para Sven Peterke, Giuliana Dias Vieira e Fredys Sorto devido às importantes críticas e contribuições resultantes da banca de qualificação.

Aos amigos e Professores Gustavo Rabay e Romulo Palitot, por cada conversa descontraída sobre a temática dessa tese, sempre regadas a bons vinhos.

À minha sogra, Bernadete Moreira, por me proporcionar melhores condições de estudo, bem como pelas imprescindíveis traduções de obras estrangeiras.

Aos colegas de departamento da Universidade Federal da Paraíba e à União Federal, que me concederam o direito de afastamento para capacitação, fundamental à melhor condução desse estudo e à produção de frutos dele decorrentes.

Aos líderes do Grupo de Pesquisa Labirint, por me apresentarem a temática da transjuridicidade e seu potencial inovador para o desenvolvimento do Direito, notadamente com sua associação ao controle de convencionalidade.

Ao Professor Fernando Ribeiro Delgado, por permitir ao banco de dados da *Harvard Law School* e viabilizar futuro ingresso em seu *Visiting Researcher Program*.

Enfim, a cada envolvido nesse doutoramento, expresso meus agradecimentos!

“A dúvida é o preço da pureza.”

(Jean-Paul Sartre)

RESUMO

O presente estudo de natureza aplicada, abordagem qualitativa, método dedutivo e enfoque exploratório e descritivo se vale de procedimentos técnicos como pesquisa bibliográfica e documental e análise de conteúdo para analisar o emprego do controle de convencionalidade no espaço interamericano segundo as ferramentas comuns ao fenômeno da interculturalidade jurídica. Inicialmente, abrangem-se questões como justiciabilidade e funcionalidade dos paradoxos, modelos de interação e integração normativa e considerações em torno do conceito de direitos humanos que pautam os sistemas geral e regionais de proteção e promoção. Compreendendo que a consolidação desses regimes perpassa o cumprimento dos direitos e liberdades fundamentais enunciados, identificam-se problemas decorrentes da incompatibilidade entre normas de direito interno e internacional, o que compromete sobremaneira a efetividade de seus preceitos, evidenciando o âmbito operacional do controle de convencionalidade e justificando sua assunção. Sob a abordagem da transjuridicidade, parte-se da hipótese de que este recurso pode ser estrategicamente empreendido com o estabelecimento de novas formas de interação entre Estados e organizações organizacionais, superando as limitações comuns aos modelos juspositivistas e funcionalistas e ampliando seu espectro de atuação e os intercâmbios normativos resultantes por meio da compreensão de técnicas e procedimentos mais adequados à realidade transnacional da proteção dos direitos humanos. Enquanto parâmetros de compatibilização que vinculam a atuação de todos os agentes e órgãos de caráter jurisdicional, o direito e a jurisprudência convencional podem ver seus efeitos potencializados em um contexto de pluralidade e entrelaçamento de ordens jurídicas e de mundialização dos processos cognitivos que envolve aspectos como transconstitucionalismo, governança global, teoria de redes, diálogos entre juízes e Cortes, ativismo judicial, empréstimos judiciais e transplantes legais, dentre outros. Ao lado de renomadas obras científicas nacionais e estrangeiras, interpretam-se as principais normas que compõem uma espécie de corpo jurídico ou direito comum interamericano, bem como os casos emblemáticos julgados pela respectiva Corte regional no exercício de sua competência. Tendo como matérias de fundo regime convencional e jurisdição contenciosa, integração normativa e efetivação de direitos e liberdades fundamentais, legitimação e exercício do controle de convencionalidade,

repercussão geral da jurisprudência convencional e anticonvencionalidade, expansão do direito convencional e interação jurisdicional, constata-se uma série de condenações impostas aos Estados-Partes do Sistema interamericano de Proteção dos Direitos Humanos como resultado da não incorporação desses preceitos por seus órgãos de administração de justiça. Com relação ao Brasil, que pode ser novamente responsabilizado em virtude da existência de casos pendentes de julgamento perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, também se verifica a insuficiência material da atuação de sua Suprema Corte, que comumente se limita a mencionar julgados estrangeiros esparsos e totalmente desconexos em relação à temática. Como medida de justiça social e de mudança de paradigmas teórico-práticos na esfera social e acadêmica, conclui-se pela imprescindibilidade do exercício do controle de convencionalidade sob a abordagem da transjuridicidade, em atenção aos primados de eficácia plena, aplicabilidade imediata, progressividade e prevalência da norma mais favorável à dignidade humana no espaço transnacional.

Palavras-chave: Controle de Convencionalidade. Transjuridicidade. Sistema Interamericano. Direitos Humanos.

ABSTRACT

The present study, which is of an applied nature, qualitative approach, deductive method as well as of exploratory focus, relies on technical procedures such as bibliographical and documentary research and also on content analysis in order to survey about the use of the conventionality control in the Inter-American background in accordance with the common tools that are attached to the juridical interculture. Initially, issues – like justiciability and functionality of paradoxes, interaction models and normative integration, and considerations about the concept of human rights which are the basis for both general and regional protection and promotion systems – are enclosed. There has to be the understanding that the consolidation of such judicial systems refers to the fulfilling of risen fundamental rights and freedoms, problems – resulted from incompatibility between internal and international rights' rules – are identified. This fact mostly undermines the effectiveness of their precepts, illustrating the operational sphere of the conventionality control, then, explaining its improvement. Under the transjuridicity approach, it starts with the hypothesis that this appeal can be strategically effected with the establishment of new interaction ways between States and management organizations, by surpassing the common restrictions in relation to jus-positivistic models and functionalistic patterns expanding their performance specter and normative exchanges that result from the understanding of more proper techniques and procedures as to the transnational context of human rights' protection, while regarded as compatibility parameters which unite the performance of all agents and organs of jurisdictional trait, the right and conventional jurisprudence can see their effects enhanced in a background of plurality and interconnection of juridical orders and of globalization of the cognitive processes which enclose aspects such as transconstitutionalism, global government ship, net theory, dialogues between judges and Courts, judicial activism, judicial borrowing and legal transplants, among others. Along with well-known national and foreigner scientific works, the main rules are interpreted. These ones constitute a kind of juridical body of common Inter-American right, as well as the emblematic cases that are judged by the respective regional Court in the exercise of its competence. Having as underlying issues conventional regime and contentious jurisdiction, the normative integration and the effectiveness of fundamental rights and freedoms, the legitimating and the exercise of the conventionality control, general

repercussion of the conventional right and anti-conventionality, expansion of the conventional law and the jurisdictional interaction, a series of imposed condemnations, towards the States that are part of the Inter-American System of Human Rights, is identified as a result of the non-incorporation of these precepts to its justice management organs. In relation to Brazil, which, again, can be charged due to the existence of open judgment cases before the Inter-American Court of Human Rights. Furthermore, what is observed is the material insufficiency in the performance of its Supreme Court, which is commonly limited to mention scarce – and totally disconnected about the issue – judged foreigners. As social justice action and change of theoretical-practical paradigms in the social and academic context, this study gets to the conclusion about the imprescindibility of the conventionality control under the transjuridicity approach, by taking for granted the rules of law of the whole efficiency, the immediate applicability, the progressiveness and the prevalence of the more favorable regulation for human dignity in the transnational background.

Keywords: Conventionality Control. Transjuridicity. Inter-American System. Human Rights.

RESUMEN

El presente trabajo de naturaleza aplicada, abordaje cualitativo, método deductivo y enfoque exploratorio y descriptivo se vale de procedimientos técnicos como investigación bibliográfica y documental y análisis de contenido para analizar el empleo del control de convencionalidad en el espacio interamericano según las herramientas comunes al fenómeno de la interculturalidad jurídica. Inicialmente, se abarcan cuestiones como justiciabilidad y funcionalidad de las paradojas, modelos de interacción e integración normativa y consideraciones alrededor del concepto de derechos humanos que pautan los sistemas general y regional de protección y promoción. Comprendiendo que la consolidación de esos regímenes atraviesa el cumplimiento de los derechos y libertades fundamentales enunciados, se identifican problemas resultantes de la incompatibilidad entre normas de derecho interno e internacional, lo que compromete muchísimo la efectividad de sus preceptos, evidenciando el ámbito operacional del control de convencionalidad y justificando su asunción. Bajo el abordaje de la transjuridicidad, se parte de la hipótesis de que este recurso puede ser estratégicamente emprendido con el establecimiento de nuevas formas de interacción entre Estados y organizaciones organizacionales, superando los límites comunes a los modelos juspositivistas y funcionalistas y, ampliando su gama de actuación y los intercambios normativos resultantes, por medio de la comprensión de técnicas y procedimientos más adecuados a la realidad transnacional de la protección de los derechos humanos. Como parámetros de compatibilización que vinculan la actuación de todos los agentes y órganos de carácter jurisdiccional, el derecho y la jurisprudencia convencional pueden ver sus efectos potencializados en un contexto de pluralidad y entrelazado de órdenes jurídicas y de mundialización de los procesos cognitivos que abarca aspectos como transconstitucionalismo, gobernanza global, teoría de redes, diálogos entre jueces y Cortes, activismo judicial, préstamos judiciales y trasplantes legales, entre otros. Al lado de renombradas obras científicas nacionales y extranjeras, se interpretan las principales normas que componen una especie de cuerpo jurídico o derecho común interamericano, bien como los casos emblemáticos juzgados por la respectiva Corte regional en el ejercicio de su competencia. Teniendo como materias de fondo, el régimen convencional y la jurisdicción contenciosa, integración normativa y efectucción de derechos y libertades fundamentales, legitimación y ejercicio del

control de convencionalidad, repercusión general de la jurisprudencia convencional y anticonvencionalidad, expansión del derecho e interacción jurisdiccional, se constata una serie de condenaciones impuestas a los Estados-Partes del Sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos como resultado de la no incorporación de esos preceptos por sus órganos de administración de justicia. Con relación a Brasil, que puede ser nuevamente responsabilizado en virtud de la existencia de casos pendientes de juzgamiento delante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, también se verifica la insuficiencia material de la actuación de su Suprema Corte, que comúnmente se limita a mencionar juzgados extranjeros extendidos y totalmente desconectados en relación a la temática. Como medida de justicia social y de cambio de paradigmas teóricos-prácticos en la esfera social y académica, se concluye por la imprescindibilidad del ejercicio del control de convencionalidad bajo el abordaje de la transjuridicidad, en atención a los primados de eficacia plena, aplicabilidad inmediata, progresividad y prevalencia de la norma más favorable a la dignidad humana en el espacio transnacional.

Palabras clave: Control de Convencionalidad. Transjuridicidad. Sistema Interamericano. Derechos Humanos.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CADH	Convenção Americana sobre Direitos Humanos
CADHP	Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CEDH	Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais
CEJ	Corte Europeia de Justiça
CIDFP	Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CIPPT	Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura
Comissão IDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CVDT	Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados
DADDH	Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem
DIDH	Direito Internacional dos Direitos Humanos
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
EC	Emenda Constitucional
HC	Habeas Corpus
Mercosul	Mercado Comum do Sul
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OEA	Organização dos Estados Americanos
OMPI	Organização Mundial da Propriedade Intelectual
ONU	Organização das Nações Unidas
PIDCP	Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos
PIDESC	Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
RE	Recurso Extraordinário
SEPDH	Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos
SIPDH	Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos
STF	Supremo Tribunal Federal

SUPDH	Sistema Universal de Proteção dos Direitos Humanos
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TIDH	Tratados Internacionais de Direitos Humanos
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	17
1 SISTEMAS JURÍDICOS NACIONAIS E INTERNACIONAIS.....	26
1.1 Direito positivo, estruturalismo e funcionalismo sistêmico.....	26
1.1.1 O problema da justiça no contexto dos ordenamentos jurídicos.....	30
1.1.2 Funcionalidade dos paradoxos para os sistemas de direito em geral.....	32
1.1.3 Funcionalidade dos paradoxos para os sistemas de direitos humanos.....	36
1.2 Inter-relações entre os sistemas de direito interno e internacional.....	41
1.2.1 Modelos monista e dualista de interação sistêmica.....	42
1.2.2 Expansão dos métodos de interpretação de tratados.....	47
1.2.3 Soberania estatal e pluralidade de ordens jurídicas.....	50
1.3 Integração normativa no Brasil.....	53
2 DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS.....	57
2.1 Reflexões em torno do conceito de direitos humanos.....	57
2.1.1 Estratégias de justificação, <i>human rights foundationalism</i> e <i>rights talk</i>	58
2.1.2 O desafio relativista à ideia de direitos humanos.....	61
2.1.3 Reinvenção dos direitos humanos: do discurso à prática.....	64
2.2 Sistema Universal de Proteção dos Direitos Humanos.....	69
2.2.1 Tese dos poderes implícitos e criação do direito convencional.....	74
2.3 Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.....	77
2.3.1 O papel da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	83
2.3.2 Métodos de interpretação do <i>corpus juris</i> interamericano.....	93
3 O FENÔMENO DA TRANSJURIDICIDADE.....	98
3.1 Transnacionalidade.....	98
3.1.1 Transconstitucionalismo.....	101
3.2 Governança global e redes transnacionais.....	108
3.2.1 Redes executivas transgovernamentais.....	112
3.2.2 Redes legislativas transgovernamentais.....	113
3.2.3 Redes judiciais transgovernamentais.....	115
3.3 Diálogo interjurisdicional.....	128
3.3.1 Ativismo judicial e <i>judicial borrowing</i>	131

4	CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.....	141
4.1	Breve histórico.....	141
4.2	<i>Leading cases</i> do controle de convencionalidade interamericano.....	147
4.2.1	Regime convencional e jurisdição contenciosa.....	148
4.2.2	Integração normativa e efetivação de direitos e liberdades fundamentais.....	155
4.2.3	Legitimação e exercício <i>ex officio</i> do controle de convencionalidade.....	164
4.2.4	Repercussão geral da jurisprudência convencional e anticonvencionalidade.....	174
4.2.5	Expansão do direito convencional e interação jurisdicional.....	181
4.3	Controle de convencionalidade no contexto transnacional.....	201
4.4	Corte Interamericana e Supremo Tribunal Federal.....	209
4.4.1	Experiência de incorporação do direito e da jurisprudência convencional.....	213
	CONCLUSÕES.....	219
	REFERÊNCIAS.....	225

INTRODUÇÃO

No mundo contemporâneo, a salvaguarda dos direitos humanos constitui-se em medida fundamental para o progresso das nações. Nessa linha, o Direito Público caminha rumo ao fortalecimento das relações entre os ordenamentos jurídico-constitucionais dos Estados e os sistemas universal e regionais de proteção internacional. No entanto, se estes visam a promover avanços no plano interno, resta esclarecer como é possível alcançar tal objetivo sem que suas normas sejam efetivadas pelos Estados, que com elas se comprometeram livremente e de boa-fé.

No plano interamericano, em que pese a existência de numerosos diplomas legais, a luta pela efetivação dos direitos e liberdades fundamentais consiste em uma tarefa árdua, por subsistir um modelo de desconformidade entre ordens de direito interno e internacional. Não só a Convenção Americana de Direitos Humanos, mas também seus protocolos facultativos e demais diplomas correlatos acabam sendo objeto de interpretações conflitantes por parte dos poderes públicos estatais, que recorrentemente desrespeitam seus princípios e finalidades por ação ou omissão.

Significa dizer que diversas medidas são adotadas internamente em sentido contrário à normativa de proteção dos direitos humanos ou simplesmente não são criadas com o fito de assegurá-la. Some-se a isso a insuficiência do controle de constitucionalidade nos casos em que tais normas não gozam de hierarquia constitucional, como comumente ocorre no Brasil. Outro ponto crucial reside na incongruência das manifestações de órgãos legislativos e jurisdicionais quanto às disposições da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, mitigando sensivelmente a efetividade do *corpus juris* interamericano.

Particularmente, a produção normativa dos órgãos do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos é submetida a um modelo de internalização retrógrado por parte de Estados-Partes como o Brasil, que se valem de mecanismos de controle político e judicial fundados em uma inexata compreensão de aspectos como soberania e jurisdição. Nega-se, assim, o caráter de primazia das normas de direitos humanos e os princípios *pro homine* ou *favor persona* e *favor libertatis*, que exigem a aplicação da interpretação mais favorável ao indivíduo.

Demandando uma interpretação conforme dos direitos humanos, o controle de convencionalidade se presta não somente a verificar a compatibilidade da normativa interna em relação às determinações dos órgãos de supervisão e controle

da Organização dos Estados Americanos. Sob a abordagem da transjuridicidade, ele converte-se em mecanismo promotor de novas formas de interação global, regional e local não apenas de caráter vertical, como também horizontal e multidirecional, capaz de alcançar uma maior força ou autoridade persuasiva com a incorporação de técnicas e parâmetros adequados à realidade transnacional da proteção dos direitos humanos.

Enquanto manifestação da interculturalidade jurídica, a transjuridicidade surge como estratégia de consolidação do controle de convencionalidade ao ampliar os intercâmbios normativos e o espectro de atuação de organismos vocacionados à defesa do ideal humanístico. Potencializando a influência recíproca entre os diversos sistemas de direito, fenômenos como transconstitucionalismo, governança global, formação de redes executivas, legislativas e judiciais transnacionais, ativismo judicial, empréstimos judiciais e diálogo interjurisdicional contribuem decisivamente para a consolidação de um universo interconectado de ideias e experiências multifacetadas, em que ganhos operacionais são visíveis nos respectivos sistemas de proteção.

Essa associação permite uma melhor compreensão dos fundamentos teórico-práticos que pautam as decisões administrativas, legislativas e judiciais perante os diversos órgãos que exercem funções jurisdicionais vocacionadas à questão dos direitos humanos. Ao passo em que o controle de convencionalidade exige a conformidade das disposições de direito interno quanto à normativa internacional de proteção dos direitos e liberdades fundamentais em respeito aos princípios *pacta sunt servanda* e *bona fides*, a abordagem da transjuridicidade consente que a jurisprudência e o direito convencional sejam debatidos em diferentes graus e níveis de influência sob a perspectiva da mundialização dos processos cognitivos, maximizando seu poder e influência perante as diversas instâncias envolvidas.

Dado o recorrente descaso e desrespeito quanto à incidência e eficácia das normas de conteúdo humanístico que obrigam os Estados perante a comunidade internacional, o presente trabalho se digna a investigar, a título de problema: de que forma o controle de convencionalidade pode ser empreendido a fim de assegurar uma maior interação entre os sistemas de direito interno e internacional e a consequente realização dos direitos humanos no espaço interamericano? A fim de responder ao questionamento central da pesquisa, pretende-se verificar a hipótese de que a operacionalização do controle de convencionalidade sob a abordagem da transjuridicidade será capaz de proporcionar uma maior efetividade do *corpus juris* vigente na esfera do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

Como objetivo geral, almeja-se analisar o emprego do controle de convencionalidade no espaço interamericano segundo as técnicas e ferramentas comuns à transjuridicidade. Especificamente, espera-se: i) descrever o processo de interação entre os sistemas de direito sob a égide do positivismo jurídico e do funcionalismo sistêmico; ii) evidenciar o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos e de seus sistemas universal e regionais de proteção sob a ótica dos Estados e das organizações internacionais; iii) identificar as principais técnicas e ferramentas teórico-práticas que compõem o universo da interculturalidade jurídica; e iv) determinar as bases do controle de convencionalidade alicerçado na transjuridicidade do *corpus juris* interamericano em matéria de direitos humanos.

A pesquisa se destina a gerar conhecimentos para aplicação prática, dirigidos à otimização de processos comuns ao entrelaçamento de ordens jurídicas em matéria de direitos humanos. Já a abordagem qualitativa presta-se a proporcionar esclarecimentos e enriquecimento das informações coletadas a partir do método dedutivo. Enquanto a pesquisa exploratória permite ao pesquisador adquirir um maior grau de conhecimento sobre o problema de pesquisa a fim de desenvolver, esclarecer ou modificar conceitos relacionados à temática do controle de convencionalidade sob a abordagem da transjuridicidade, a pesquisa descritiva se presta a delinear as características desse fenômeno segundo a atuação dos diversos organismos estatais e internacionais envolvidos na efetivação do direito e da jurisprudência convencional.

O delineamento da pesquisa envolve como técnicas de coleta de dados tanto a pesquisa bibliográfica quanto documental, associadas à análise de conteúdo. Faz-se uso dos principais livros, periódicos e demais publicações científicas nacionais e estrangeiras que tratam de temas como sistemas jurídicos, Direito Internacional dos Direitos Humanos, transjuridicidade e controle de convencionalidade. Também são sopesados: a legislação aplicável; 17 (dezessete) *leading cases* sobre a evolução do direito convencional quanto aos países que participam do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e reconhecem a jurisdição contenciosa de sua Corte; 5 (cinco) condenações internacionais do Estado brasileiro em decorrência da não incorporação do direito convencional por seus órgãos de administração de justiça, podendo consubstanciar 10 (dez) quando do julgamento de casos pendentes; e 12 (doze) acórdãos relativos à aplicabilidade por parte do Supremo Tribunal Federal da jurisprudência convencional interamericana em matéria de direitos humanos.

Com a finalidade de melhor compreender os aspectos referidos, a tese se divide em quatro capítulos. O primeiro discorre inicialmente sobre os sistemas jurídicos nacionais e internacionais, versando sobre direito positivo, estruturalismo e funcionalismo sistêmico. São retratadas questões relativas ao problema da justiça no contexto dos ordenamentos jurídicos, em termos de: compreensão do Direito como ciência ou técnica de pacificação social; diferenciação epistemológica entre Ciência do Direito e Teoria do Direito na forma de solução adaptativa e contingencial; e concepção estrutural e funcional dos sistemas de caráter estático e dinâmico.

A partir da organização que fundamenta a natureza, os entes responsáveis pelas sanções e suas formas de execução, abordam-se problemas no campo da nomostática e da nomodinâmica, a exemplo de: vigência, validade e eficácia; unidade, coerência e completude; solução de antinomias de primeira e de segunda ordem por meio dos critérios cronológico, hierárquico e da especialidade; preenchimento de lacunas com o uso de heterointegração e autointegração; análise de cenários, confrontos de avaliações e de juízos de valor; além da legitimação da justiça.

Quanto à operacionalidade dos sistemas jurídicos, são retratados os seguintes paradoxos do Direito: “paradoxo inicial dos sistemas sociais”; “paradoxo da improbabilidade”; “paradoxo funcional da política”; “paradoxo funcional do Direito”; “paradoxo da autofundação do Direito enquanto sistema social”; “paradoxo constitutivo do sistema jurídico”; “paradoxo do racismo”; “paradoxo da exclusão”; “paradoxo da igualdade”; “paradoxo da globalização”; “paradoxo das redes governamentais”; “paradoxo da governança”; e “paradoxo da função judicial e jurisdicional do Direito”. Igualmente, são explicitados alguns paradoxos dos direitos humanos: “paradoxo da afirmação de expectativas normativas”; “paradoxo da segurança”; “paradoxo da afirmação dos direitos humanos”; “paradoxo do discurso mítico e pós-histórico dos direitos humanos”; “paradoxo da positivação do direito natural”; “paradoxo da consolidação do humanismo”; “paradoxo da afirmação-negação dos direitos humanos”; e “paradoxo da igualdade de direitos”.

Posteriormente, evidencia-se a relação entre sistemas de direito interno e internacional quanto a: unidade ou dualidade na forma de monismo e pluralismo jurídicos; métodos de interpretação de tratados; concepções de soberania e pluralidade de ordens jurídicas na forma de “constitucionalismo multinível”, “interconstitucionalidade”, “transconstitucionalismo”, *cross-constitucionalism* e “constitucionalismo transnacional”; e o modelo de integração normativa brasileiro.

O segundo capítulo versa sobre o Direito Internacional dos Direitos Humanos sob a égide da *human rights-based approach*, tratando inicialmente das principais reflexões em torno da ideia de direitos humanos. Abordam-se suas estratégias de justificação, significado e eventual problemática de seu discurso, seu caráter religioso ou não religioso, universalismo, relativismo ou pluralismo de suas proposições e sua consideração enquanto direitos absolutos e incomensuráveis. Reconhece-se que o processo de deliberação a respeito de problemas comuns no campo da proteção e promoção dos direitos humanos se assenta no conceito de *global deliberative equality*, superando a noção de *human rights foundationalism* com vistas ao enfrentamento da transgressão da ordem normativa subjacente e de eventuais consequências no campo das relações entre direito doméstico e Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Outrossim, a indagação a respeito do que seria um direito humano remonta ao questionamento quanto ao sentido da função comunicativa e retórica dos direitos, priorizando o estudo da linguagem de natureza político-moral que embasa o discurso jurídico em geral e aquele próprio do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Identificam-se, assim, dilemas ligados à não-diferenciação entre *moral rights talk* e *legal rights talk*, ao desafio relativista à ideia de direitos humanos e à necessidade de sua reinvenção segundo mecanismos voltados à sua efetivação.

Ponto crucial reside no Sistema Universal de Proteção dos Direitos Humanos, inaugurado com a Organização das Nações Unidas para fins de criação e expansão de um *corpus juris* de interesse da comunidade internacional a partir da dignificação da figura humana. Abarcando a tese dos poderes implícitos e a superação da margem de apreciação nacional, analisa-se a criação do direito convencional em matéria de direitos humanos no seio das Nações unidas, a exemplo de sua Carta Constitutiva, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

O Sistema Universal de Proteção dos Direitos Humanos ainda estabelece uma ordem jurídica de proteção de caráter autônomo, independente e regional, com destaque para o Sistema Regional Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos na esfera da Organização dos Estados Americanos. Busca-se diferenciar o regime inaugurado pela Carta da Organização dos Estados Americanos e pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem daquele próprio da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, com ênfase no respeito aos direitos e liberdades elencados e na adoção de disposições de direito interno necessárias à sua efetivação.

Nessa seara, abrange-se a competência para conhecer de possíveis violações aos direitos humanos na região, partindo da submissão de casos perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos até seu eventual encaminhamento à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Também se destaca a discussão quanto à aplicabilidade dos métodos de interpretação existentes em relação aos posicionamentos firmados por este órgão perante as Cortes de Justiça nacionais enquanto intérprete autêntico da Convenção e de todo o *corpus juris* interamericano.

O terceiro capítulo compreende o fenômeno da transjuridicidade segundo uma racionalidade mais abrangente, deslocando a autoprodução operativa do Direito para ordens jurídicas globais heterárquicas e pluralistas. Destaca-se o núcleo básico do processo normativo transnacional, consistente em dimensões que ultrapassam as fronteiras do Estado e assumem um *status* vinculante marcado por um processo de internalização política, social e jurídica mais intenso do que o modelo eminentemente dispositivo do Direito Internacional Público, pautado em *jus cogens*, princípio *erga omnes* e novas regulações do comércio internacional.

Especificamente, aborda-se o transconstitucionalismo com o fito de evidenciar o desenvolvimento de *rule of law* e *due process of law* em domínios diferenciados de comunicação. Com ênfase na pluridimensionalidade dos direitos humanos, são retratadas formas de interação entre ordens jurídicas de caráter internacional, supranacional, regional e estatal, bem como os riscos decorrentes de aspectos como: hiperpolitização da proteção internacional; divisão de poderes e de competências entre órgãos nacionais e internacionais; déficits democrático e do Estado de Direito; importação acrítica de modelos jurisdicionais; e falta de integração sistêmica.

Também se descreve o papel das redes transgovernamentais formadas por instituições que atuam por meio de persuasão e informação em direção vertical e horizontal e que desempenham funções de legiferação, adjudicação e administração. Tais redes promoveriam cooperação e estimulariam o conflito positivo para alcançar maior paz e prosperidade, melhorar a capacidade de gestão e atingir padrões mínimos de dignidade humana. Interagindo no campo da diplomacia, regulação econômica e direitos humanos, aquelas instituições embasariam uma concepção de governança global pautada em uma ordem mundial desagregada. Ganha relevo a proeminência de redes executivas de informação, apoio e harmonização; redes judiciais de estímulo a disputas interpretativas equilibradas, cooperação internacional e participação no diálogo transnacional como forma de solução de problemas comuns e de construção

autoconsciente de uma comunidade judicial global; e redes legislativas que representam interesses nacionais e objetivam integração política e conformação legal.

No campo do diálogo interjurisdicional, nota-se a influência de aspectos como *judicial comity* e negociação judicial em um contexto de *tangled hierarchies*, vislumbrando uma comunidade global de intérpretes por meio do ativismo judicial, inclusive transnacional, e do *judicial borrowing*, que não se limitaria ao uso indiscriminado de *legal transplants* ou *legal grafts*. Esse “paradigma dialógico” poderia estender a competência dos órgãos jurisdicionais e permitir o alargamento do discurso jurídico e o enriquecimento da jurisprudência quanto à efetivação de direitos humanos em um ambiente complexo e policêntrico, apesar dos riscos inerentes à onipotência, à discricionariedade e ao papel criativo de juízes e Cortes, além da tentativa de sobreposição de ordens hegemônicas.

O quarto capítulo versa sobre o controle de convencionalidade, que se presta a verificar a compatibilidade entre as normas de direito interno e internacional definidoras de direitos e liberdades fundamentais e a revelar, no espaço interamericano, o grau de cumprimento das obrigações *erga omnes* comuns ao regime inaugurado pela Convenção Americana de Direitos Humanos, em consonância com os princípios *pacta sunt servanda* e *bona fides*, implicando na adoção de medidas legislativas, judiciais e administrativas e na remoção de obstáculos ao seu pleno gozo. A fim de evidenciar a base argumentativa do controle de convencionalidade, abrange-se o teor da Convenção e dos demais diplomas que compõem o *corpus juris* interamericano, com destaque para as sentenças da correspondente Corte regional.

Foram analisados 17 (dezessete) *leading cases*: i) *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, ii) *Tibi vs. Ecuador*, iii) *Vargas Areco vs. Paraguay* e iv) *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia*, tratando de regime convencional e jurisdição contenciosa; v) *Cepeda Vargas vs. Colômbia*, vi) *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, vii) *Fernández Ortega y Otros vs. México* e viii) *Rosendo Cantú y Otra vs. México*, relativos a integração normativa e efetivação de direitos e liberdades fundamentais; ix) *Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*, x) *Boyce y Otros vs. Barbados*, xi) *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Perú* e xii) *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, referindo-se à legitimação e ao exercício *ex officio* do controle de convencionalidade; xiii) *La Cantuta vs. Perú*, xiv) *Vélez Loor vs. Panamá* e xv) *Radilla Pacheco vs. México*, versando sobre repercussão geral da jurisprudência convencional e anticonvencionalidade; e, por fim, xvi) *Gomes Lund y Otros (Guerrilha*

do Araguaia) vs. *Brasil* e xvii) *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, concernentes à expansão do direito convencional e à interação interjurisdicional.

Considerando a operacionalização do controle de convencionalidade no contexto transnacional, identifica-se a obrigação consuetudinária de que um Estado que celebre um tratado deve proceder às alterações necessárias em sede de direito interno, não sendo lícito vincular parte de seus órgãos ou subtrair a responsabilidade que fundamenta o direito de proteção integral dos indivíduos e dimensiona as consequências em caso de violações. Para tanto, a jurisdição interamericana não se constitui em instância de revisão e demanda o esgotamento de recursos de direito interno e o trâmite do devido processo convencional, além de exigir manifestações de ordem pública conducentes à observância dos preceitos convencionais e à sua adequada aplicação nas esferas judicial, legislativa e administrativa.

Ocorre que, em Estados como o brasileiro, a incompatibilidade que tem minorado o alcance e o sentido da normativa convencional não se limita a situações emblemáticas a exemplo do *Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Há que se atentar para a existência de condenações anteriores perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos casos *Ximenes Lopes vs. Brasil*, *Nogueira de Carvalho y Otro vs. Brasil*, *Escher y Otros vs. Brasil* e *Garibaldi vs. Brasil*, ao passo que novas situações-problema podem advir dos seguintes casos pendentes de julgamento: *Trabajadores de la Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, *Cosme Rosa Genoveva, Evandro de Oliveira y Otros (Favela Nova Brasília) vs. Brasil*, *Pueblo Indígena Xucuru y sus Miembros vs. Brasil* e *Vladimir Herzog y Otros vs. Brasil*.

Tendo aderido formalmente à Convenção Americana de Direitos Humanos em 6 de novembro de 1992 e aceitado a competência da respectiva Corte regional em 10 de dezembro de 1998, é possível afirmar que a experiência de incorporação do *corpus juris* interamericano por parte do Estado brasileiro é bastante limitada. Desde esse último marco temporal, o Supremo Tribunal Federal fundamentou suas decisões no direito e na jurisprudência convencional vigente em apenas 25 (vinte e cinco) casos, destacando-se 12 (doze) deles: i) Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 144/DF; ii) Ação Popular nº 3.388/RR; iii) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF; iv) Recurso Extraordinário nº 511.961/SP; v) Pedido de Extradicação nº 1.126 da República Federal da Alemanha; vi) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ; vii) *Habeas Corpus* nº 105.348/RS; viii) Ação Penal nº 470/MG; ix) Vigésimo Quinto Agravo Regimental na Ação Penal nº 470/MG; x) Ação

Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815/DF; xi) Recurso Extraordinário nº 592.581/RS; e xii) Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378/DF.

Tratando da construção intercultural do controle de convencionalidade, espera-se conferir maior efetividade às normas de direitos humanos com o aperfeiçoamento dos procedimentos de compatibilização normativa e de interação jurisdicional. Em atenção aos princípios *pro homine* e *favor libertatis*, deve-se efetuar a interpretação mais favorável ao efetivo gozo de direitos e liberdades fundamentais e estender o exercício desse controle a todos os órgãos ou autoridades que exerçam funções jurisdicionais, incluindo-os como intérpretes da normatividade convencional.

Dessa forma, a pesquisa procura rediscutir postulados clássicos no campo da dogmática jurídica e as consequências advindas da aplicabilidade do controle de convencionalidade enquanto ferramenta de interação sistêmica no espaço transnacional. Para além da concepção compartimentalizada dos sistemas jurídicos, cabe investigar suas diferentes camadas e compatibilizar as normas de proteção dos direitos humanos tomando por base as influências e confluências advindas de diversas fontes nacionais e internacionais, muitas vezes com *status* supranacional.

Nesse contexto plural e multifacetado, os limites da organização piramidal dos ordenamentos jurídicos devem ser compreendidos em face da potencialidade imanente a novos arquétipos ou formatações, a exemplo de mosaicos de direitos, redes multidirecionais e pontes de negociação e diálogo interjurisdicional. Essa tarefa prospectiva merece especial atenção em sistemas regionais como o interamericano, porquanto busca-se superar questões semânticas ou retóricas de cunho limitativo quanto ao discurso ou ideia de direitos humanos a fim de garantir a prevalência, autoexecutoriedade, expansividade e efetividade de seus núcleos estruturantes.

Cientes da eventual incidência de limitações temporais, espaciais, formais e materiais, a presente pesquisa almeja contribuir com a identificação de novos cursos de ação ou possibilidades de consolidação dos direitos humanos. Longe de esgotar a temática, a concepção do controle de convencionalidade sob a abordagem da transjuridicidade tem o condão de explorar a maior fluidez e versatilidade comum ao paradigma dialógico para se converter em um instrumento de efetivação do direito e da jurisprudência convencional no espaço interamericano e, quiçá, em outros domínios comunicativos, com a devida apuração metodológica advinda da experiência dos atores envolvidos no exercício do poder jurisdicional ao redor do globo.

1 SISTEMAS JURÍDICOS NACIONAIS E INTERNACIONAIS

Durante séculos, o Direito se distinguiu da moral por meio de seu: objeto, entendido sob os auspícios do debate entre ações externas e internas; fim, compreendendo a dualidade entre bens coletivos e individuais; e tipo de sanção, alcançando aquelas externas e institucionalizadas em contraposição às internas e difusas. Posteriormente, a distinção tomou por base a questão estrutural dos sistemas jurídicos, abarcando a discussão entre sistemas estáticos e dinâmicos. Já quanto à sua função, o Direito passou a ser entendido como um subsistema do sistema social global de extrema relevância para a vida em sociedade, com base no senso de justiça.

1.1 Direito positivo, estruturalismo e funcionalismo sistêmico

Com a fragmentação do direito universal em direitos particulares interdependentes, surge o *ius positivum*, base do pensamento jurídico moderno. O conceito de positivismo jurídico define o conjunto de comandos emanados de um poder soberano com base no elemento único da validade. Considera-se, portanto, como normas jurídicas aquelas emanadas de um procedimento formal que independe de sua aplicação efetiva no meio social, ou seja, de sua eficácia.

Chamando a atenção para a correlação e, também, diferenciação entre os conceitos de positivismo jurídico e de realismo jurídico, Bobbio (2006) explica que existe uma corrente jurídica surgida no início do século passado que pode ser considerada pertencente ao positivismo jurídico entendido em sentido amplo, embora se diferencie do positivismo em sentido estrito.

Trata-se da Escola Realista do Direito, segundo a qual é Direito o conjunto de regras efetivamente seguido em determinada sociedade, sendo insuficiente a definição baseada no requisito único da validade e exigindo-se o requisito da eficácia. Logo, uma norma que não seja aplicada, isto é, que não seja eficaz, não é, consequentemente, Direito. Seus problemas gerais partem da consideração das normas jurídicas como um todo que basta a si mesmo, prescindindo de algo mais vasto, vez que estas não existem isoladamente, mas são marcadas por relações de dependência recíproca no âmbito do ordenamento jurídico.

No cerne do realismo jus-filosófico, encontra-se o desejo de compreender o Direito de acordo com ideias, problemas e métodos elaborados pela filosofia empirista.

Tendências filosóficas como o empirismo lógico, a escola de Upsala, a escola de Cambridge e outras têm seu fundamento comum na rejeição da metafísica, no conhecimento especulativo baseado numa apreensão *a priori* pela razão e, do ponto de vista de tais pressupostos, é inadmissível uma validade específica, seja em termos de uma ideia material de justiça, seja como uma categoria formal.

Isolando os problemas comuns às normas jurídicas (nomostática) daqueles próprios do ordenamento jurídico (nomodinâmica), Kelsen (2001) determinou a eficácia normativa a partir de uma complexa organização envolvendo a natureza das sanções, as pessoas que devem exercê-las e sua execução. No campo da relação entre validade e eficácia, do ponto de vista da norma jurídica isolada, esta poderia ser considerada válida sem ser eficaz pelo simples fato de ter sido legitimamente produzida; já sob o prisma da norma jurídica como parte de um sistema de normas, tais problemas seriam amenizados, vez que a eficácia seria o fundamento da validade.

A partir dos conceitos de escalonamento normativo e de norma hipotética fundamental, as normas esparsas se relacionariam com o todo, constituindo um “ordenamento jurídico”. Estando as normas jurídicas ligadas entre si devido a critérios materiais ou formais, seriam arquitetados sistemas estáticos ou dinâmicos e de maior ou menor complexidade, cabendo verificar em que condições seus componentes se encontrariam em relação de coerência a fim de excluir a incompatibilidade normativa.

A solução de antinomias por meio dos critérios cronológico, hierárquico e da especialidade, ou mesmo no caso de conflito entre os critérios existentes, situação ensejadora de antinomias de segunda ordem, viria a garantir a coerência dos ordenamentos jurídicos. Nessa linha, a coerência não seria mera condição de validade, mas de “justiça” do ordenamento. Ou seja, ainda que se entenda que duas normas incompatíveis, de mesmo nível hierárquico e contemporâneas sejam válidas, apenas uma delas deve ser considerada eficaz, afastando-se a outra.

Já a completude dos ordenamentos jurídicos depende da existência de normas que regulem qualquer caso que se lhe apresentem, ou seja, da ausência de lacunas reais, de *iure conditio*. Trata-se de situação discutida por correntes que a compreendem como dogma, como espaço jurídico vazio ou como dualidade entre uma norma geral exclusiva e outra inclusiva. Para Canelutti (2010), há que se utilizar a heterointegração ou a autointegração nos casos de lacunas do direito positivo. Na primeira situação, seu preenchimento derivaria da busca de fontes que não as

legislativas, como o direito natural, os usos e costumes e a atividade criativa do juiz; na segunda situação, a solução residiria no uso de analogia *legis* e *iuris*.

Ainda que se confira à atividade legiferante a capacidade de dirimir qualquer situação no âmbito dos ordenamentos jurídicos, ou mesmo que tal incumbência seja confiada à livre criação dos juízes, restariam possíveis as lacunas ideológicas, *de iure condendo*, materializadas em soluções insatisfatórias ou em normas injustas aplicáveis a cada caso concreto. Em suma, o que se procura estabelecer é a unidade negativa com a eliminação das contradições e a unidade positiva com o preenchimento das lacunas.

Com base nas proposições de Ernest Rudolf Bierling, Rudolph von Jhering, Philip Heck e Karl Bergbohm, Ferraz Jr. (2012) afirma que o sentido restrito de positivismo apresenta uma notável concepção de sistema, em que pese a diversidade das suas formas. Em primeiro lugar, essa totalidade tende a fechar-se em si mesma, fazendo com que as lacunas aparentes sofram uma correção no ato interpretativo não por meio da criação de nova lei especial, mas da redução de determinado caso à lei superior na hierarquia lógica. Manifestando uma unidade imanente e acabada, essa ideia ganha o caráter de ficção jurídica necessária, isto é, o sistema jurídico é considerado como uma totalidade sem lacunas apenas *per definitionem*.

A Teoria Geral dos Sistemas, idealizada por Ludwig von Bertalanffy, consiste em uma oposição ao pensamento científico reducionista marcado pelo paradigma linear do pensamento tradicional cartesiano que parte da premissa de que os fenômenos podem ser mais bem compreendidos quando reduzidos às partes que os constituem. Para Luhmann (2009), trata-se de uma visão baseada na integração e na dependência recíproca com a função de promover a interdisciplinaridade científica fundamentada em três premissas básicas: os sistemas existem dentro de sistemas, os sistemas são abertos e as funções de um sistema dependem de sua estrutura.

Há que se compreender que tanto o enfoque estrutural quanto o funcionalista abrangem os ordenamentos jurídicos como parte integrante do sistema social. No primeiro caso estar-se a tratar de questões como interpretação do sentido das normas e integração de lacunas, enquanto que, no segundo, a problemática envolve análise de cenários, confrontos de avaliações e de juízos de valor e formulação de regras. Assim, o funcionalismo sistêmico permitiria compreender a ciência jurídica segundo uma nova identidade epistemológica. Se, por um lado, essa nova identidade poderia

reduzir o Direito a uma mera técnica social, por outro abriria espaço para a elucidação de indagações econômicas, sociológicas e políticas de grande relevância.

Já o acoplamento estrutural incidiria em relações duradouras, estáveis e de influência recíproca estabelecidas entre sistemas autônomos para possibilitar interfluências entre ambientes autônomos de comunicação. A criação de acoplamentos entre os sistemas político e jurídico viria a reduzir os efeitos da complexidade social por meio de uma racionalidade transversal, interpretada por Silva (2013, p. 59) como “(...) uma metódica que propõe sua realização através de pontes de transição entre as esferas heterogêneas, ou seja, pelo aprendizado e intercâmbio recíprocos entre nacionalidades parciais mediante interferências estruturais.”

Por conseguinte, o movimento constitucionalista teria servido como semântica materializada na pressão estrutural por diferenciação entre política e Direito no âmbito dos Estados modernos, constituindo uma relação de complementação e tensão mútua traduzida na legitimação política do Direito e na legitimação jurídica da política. Presentes os riscos da judicialização da política e da politização do Direito, a noção de justiça atuaria enquanto contingência ou racionalidade específica baseada na associação entre abertura cognitiva e fechamento normativo.

A respeito da discussão epistemológica entre Teoria do Direito e Ciência do Direito, De Giorgi (2010b) defende que a epistemologia pode superar o obstáculo da contingência se dispuser de instrumentos de legitimação da própria contingência. Isso ocorreria por meio da construção de sistemas distintos. O primeiro deverá elaborar hipóteses sobre o Direito, partindo do fato de que a validade do direito positivo é ligada à contingência, além de legitimar a contingência como relação de sentido e valor; já o segundo deverá fazer com que o direito positivo organize a racionalidade interna, ou seja, colhendo e utilizando a contingência de modo a articular uma estrutura unitária e orgânica da qual surgiria a coerência interna do direito positivo.

Em se tratando do conteúdo do ordenamento jurídico, as normas jurídicas serviriam como um esquema interpretativo para um conjunto correspondente de atos sociais, correspondente ao Direito em ação, um todo coerente em termos de significado e motivação. Nesse sentido, a função da ciência do Direito seria expor um sistema individual e racional de normas divididas de acordo com seu conteúdo imediato em dois grupos: normas de conduta e normas de competência, consecutórias do aparato estatal comum ao monopólio do exercício da força.

Dessa forma, o conceito de Direito envolve dois aspectos: em primeiro lugar, trata de regras relativas ao exercício da força; em segundo lugar, versa sobre normas de conduta e de competência que estabelecem um conjunto de atitudes públicas e o consequente exercício da força para garantir seu cumprimento. Infere-se que Direito e poder não se opõem, vez que o poder não deve ser interpretado como algo que se sobrepõe ao Direito, mas que é exercido por meio deste.

Contudo, Hart (2009) sustenta uma posição intermediária entre as teorias que, historicamente, se propuseram a explicar a ciência jurídica por meio da simples ideia de uma ordem sustentada por ameaças, de uma complexa noção de moral e, não raras vezes, de uma indispensável norma de reconhecimento. Trata-se da reunião de normas primárias e secundárias e de sua problemática no campo do direito nacional e internacional enquanto supostos sistemas.

Dessa premissa decorre a conclusão de que um sistema de normas seria vigente tão somente se fosse capaz de servir como um esquema interpretativo de um conjunto correspondente de ações sociais. Em regra, é tênue a linha divisória entre os enunciados cognoscitivos concernentes ao direito vigente e a atividade político-jurídica exercida pelo aplicador da norma. Somente os fenômenos jurídicos no sentido estrito determinariam sua vigência, situação em que o conteúdo real de suas proposições abrangeria as ações dos tribunais sob certas condições.

Enquanto estrutura formal fechada e acabada do pensamento jurídico, a concepção positivista de sistema não seria absoluta. Revelando-se o Direito na forma de uma complexa pluralidade de dimensões que aponta para uma estrutura aberta e de historicidade imanente, tem-se que o simples transporte de esquemas lógicos das ciências da natureza para o seu campo, a exemplo de dedução, redução, indução e classificação, poderia falsear as nuances do pensamento jurídico e acarretar prejuízo à sua metodologia. Cabe, assim, compreender o problema da justiça em termos de fundamentação dos sistemas de direito interno e internacional.

1.1.1 O problema da justiça no contexto dos ordenamentos jurídicos

Sob as diferentes perspectivas brevemente apresentadas, incide um antigo dilema comum ao Direito, seja este entendido como ciência ou técnica de pacificação social: conferir justiça às relações sociais. Em termos materiais, essa ideia constitui o direito positivo e lhe outorga uma margem de apreciação, conferindo-lhe força

obrigatória ou validade; já sua variedade formal se expressa fundamentalmente no modelo kelseniano, dissociando-se da censura ética que o direito natural exerce sobre o direito positivo e aceitando como Direito qualquer ordem vigente no mundo dos fatos.

Intitulando-as “fórmulas vazias”, Kelsen (2001, p. 2) criticou as teorias platônica, aristotélica e kantiana de justiça devido à tautologia, aos sofismas e a seu suposto caráter metafísico-religioso, realçando o grau de incerteza da teoria marxista e a impropriedade da doutrina do direito natural e aduzindo que “o anseio por justiça é o eterno anseio do homem por felicidade. Não podendo encontrá-la como indivíduo isolado, procura essa felicidade dentro da sociedade.”

Tal noção corresponderia à regulação social de caráter jurídico-político, mas não necessariamente a um elemento constitutivo do Direito, o que implicaria visualizá-lo como um subsistema do sistema social global que se distingue em função da sociedade que o criou. E, ainda que exista unanimidade quanto ao juízo de valor dominante enquanto critério de justiça, não haveria como garantir sua infalibilidade.

Tratando de decisões tomadas sob circunstâncias de desacordo, Waldron (1993) questiona como seria possível existir uma sociedade, ordenando e governando a si mesma, tomando iniciativas e funcionando como um agente autônomo, diante da pluralidade de seus membros e dos desentendimentos que eles têm uns com os outros sobre a questão do que deve ser feito em termos de justiça.

Existindo teorias concorrentes de justiça e de direitos, a autoridade seria oferecida por meio de conselhos concorrentes, apresentados como o melhor “produto” disponível; assim, as “teorias dos direitos” precisariam ser complementadas por adequadas “teorias de autoridade” para lidar com o problema da premência de formas majoritárias de tomada de decisão, inclusive judiciais.

Apesar de reconhecer conexões entre Direito e justiça, Ross (2000, p. 320) afirma que “a ideologia da justiça é uma atitude militante de tipo biológico-emocional, para a qual alguém incita a si mesmo à defesa cega e implacável de certos interesses”, não podendo ser encarada como um padrão jurídico-político ou um critério último para julgar uma norma, já que sua ideologia não permitiria um exame racional de seu valor.

Outrossim, debilitar a pretensão do idealismo dizendo que, em todos os casos, o direito positivo teria de consistir em uma tentativa de realizar a justiça, introduziria entre os fatos objetivos do Direito um fator subjetivo de difícil explicação. Ao fazer da validade uma relação internormativa, evitou-se lidar com o problema central da relação entre o conteúdo ideal normativo e a realidade social subjacente.

Nessa linha, apesar de as fórmulas correntes de justiça pretenderem servir de padrões orientativos ao aplicador do Direito, seu conteúdo não pode ser extraído simplesmente do princípio de igualdade, tendo que derivar de outro elemento que figura nas fórmulas de justiça: os critérios materiais pressupostos. Apresentá-las como uma exigência fundada na equidade consiste em um hábil método que colima conferir a postulados determinados pelo interesse a evidente aparência de igualdade.

Sobre a impropriedade desse conceito para a construção da ideia de justiça, sua exigência não deve ser tomada em sentido formal, mas o fato decisivo é se a limitação ocorre de acordo com características distintivas bem fundadas, razoáveis ou justas. Com isso, quer-se dizer que o conceito de igualdade desvanece para ser substituído por uma referência ao que se considera justo segundo uma opinião subjetiva e emocional, desprovida de razão.

Os filósofos que tentaram uma exposição mais teórica da noção de justiça enquanto norma suprema para a criação do direito positivo redundaram em formulações tautológicas ou despojadas de significado, introduzindo no princípio jusnaturalista postulados dogmáticos ocultos, de cunho político-jurídico. Desse modo, o que carecia de significado teria adquirido um conteúdo aparente e este, por sua vez, teria obtido uma evidência ilusória.

Direito e administração de justiça, portanto, estão determinados formalmente por um conflito dialético. Por um lado, a tendência à generalização e à decisão em conformidade com critérios objetivos própria da justiça formal e, por outro, a tendência à individualização e à decisão à luz das valorações e apreciações subjetivas da consciência jurídica comum à equidade concreta de uma sociedade.

1.1.2 Funcionalidade dos paradoxos para os sistemas de direito em geral

Influenciada pela Teoria Geral dos Sistemas de Bertalanffy, a abordagem construtivista compreende os paradoxos não como contradição, mas como condição de operacionalidade dos sistemas em geral. Magalhães (2014) explica que, no nível da linguagem, o paradoxo seria produto de sua autorreflexividade, podendo figurar como implicação recíproca entre uma proposição e sua negativa ou assumir a forma de uma tautologia, na qual algo é o que é.

Sua errônea compreensão resultaria de uma epistemologia descritiva dos objetos e na impossibilidade de reconhecimento de contradições ou zonas de

incerteza, característica fundamental do Direito enquanto ciência social. Entretanto, os paradoxos não deveriam ser evitados por constituírem a própria realidade, cabendo observá-los e descrevê-los de acordo com as contingências.

Para Luhmann (2009), a sociedade é um sistema aberto provido de autorregulações internas que tende à adaptação ao seu ambiente de entorno, em um processo autopoietico. Sua teoria consiste na diferença entre sistema e ambiente aplicada a cada operação de diferenciação feita pelo próprio sistema, situação em que o observador é o não observável que prescinde de um observador de segunda ordem capaz de criar distinções em relação à observação de primeira ordem.

Para observar, a ciência precisaria constituir-se em um sistema, de modo que toda a descoberta resultante seria aplicada ao próprio sistema, redundando em uma espécie de “paradoxo inicial dos sistemas sociais”. Assim, os paradoxos se tornariam evidentes no momento em que o conhecimento tenta observar a si próprio e se depara com o problema da unidade do distinguido, de modo que o sistema seria forçado a propor uma resolução do paradoxo capaz de manter a sua operacionalidade.

Com sua teoria do agir comunicativo, Habermas (1993) critica a abordagem luhmanniana devido à autorreferencialidade do sujeito em vez do sistema, além da noção de totalidade, que se desprenderia de qualquer pretensão racional. No que seria um “jogo de linguagem cibernético”, o funcionalismo sistêmico elaboraria “sentido” a partir de suas próprias premissas, mas sem conseguir lidar com seu próprio *status* de universalidade e diversidade.

A comunicação seria paradoxal na medida em que sempre comunica algo incomunicável. O pensamento complexo nasce com essa atitude do homem e gera o “paradoxo da improbabilidade”, em que a sociedade visualiza a si como improbabilidade marcada por uma imprevisibilidade que surpreende a ela própria; tal paradoxo ainda explicita que a teoria é escrita a partir de si, o que significaria dizer que ela parte do que já foi iniciado e nunca é concluída porque sempre fora concluída.

Da análise do pensamento de von Förster, para quem a ciência torna-se experiência linguística no âmbito de uma epistemologia da liberdade, tem-se que: “verdade” (*wahrheit*) seria a invenção de um mentiroso; “paradoxo” (*paradox*) consistiria naquilo que mina as bases do ortodoxo; “ciência” (*wissenschaft*) viria a ser a arte do distinguir; “realidade” (*wirklichkeit*) seria uma comodidade que nasce do diálogo; “diálogo” (*dialog*) significaria se ver com os olhos de um outro; por fim, o “observador” (*beobachter*) construiria um universo a partir de uma distinção.

De Giorgi (2006, p. 99) considera que “assim, a ciência se torna poesia, porque cognição é comportamento, conhecimento é construção, invenção de si que inventa o mundo, invenção da máquina na qual a percepção percebe a si mesma.” Logo, a tentativa de negar cientificamente essas formas de segurança se fragmenta a ponto de não se saber onde está o mundo além daquilo que se constrói a partir de si, ou seja, os homens não veem que não veem.

Quaestando o caráter científico do Direito, Barreto (1892, p. 28) aduz que:

O direito é um instituto social; é um dos modos de vida social, a vida pela coacção, até onde não é possível a vida pelo amor (...). Não basta apprehende-lo como ideia e sentimento nos limites da vida interior; o que importa sobretudo é encara-lo como função, como actividade, como força. É o que dá lugar à uma physiologia e a uma morfologia do direito (...). Em face do avanço immenso que levam todos os outros ramos de conhecimentos humanos, não sôa como uma ironia fallar de uma sciencia jurídica, fallar de uma sciencia social, quando nem uma nem outra estão no caso de satisfazer as exigências de um verdadeiro systema scientifico?

Analogamente, subsistiria o “paradoxo funcional da política”, relacionado com o fato de que a legitimidade como forma de contingência motivadora da ação e da comunicação no sistema político também não poderia ser superada por completo, mas apenas controlada e solucionada em situações específicas, além do “paradoxo da integração”, em que a maior integração social ou o acesso de um maior número de pessoas aos benefícios dos sistemas funcionais resultaria em uma menor integração sistêmica ou maior grau de liberdade em relação aos sistemas.

Luhmann (1985) também retrata o “paradoxo funcional do Direito”, em que o aumento da consistência jurídica implica necessariamente na redução da adequação social do Direito e vice-versa. Como forma de contingência, sua superação nunca seria plena, vez que implicaria no fim do Direito enquanto sistema social autônomo. Sob a égide de uma teoria sociológica centrada essencialmente em sua positivação e na renúncia de sua fundação na natureza, o Direito valeria enquanto posto como tal.

Renunciando a uma referência externa a si mesmo, o Direito assume o “paradoxo da autofundação do Direito enquanto sistema social” ao traduzir a autofundação de um sistema social a partir de si mesmo, ou seja, considerando o Direito uma ciência social aplicada à própria sociedade, tautologia inescapável à sua estruturação como subsistema do sistema social. Magalhães (2014) destaca a

realização de três pesquisas destinadas a desvelar esse paradoxo¹, correlacionando-o, ainda, ao “paradoxo constitutivo do sistema jurídico”, em que a diferença entre Direito e não Direito esconde problemáticas questões de fundo, como a admissão da possibilidade de que o Direito seja ilícito ou de que o ilícito seja Direito.

Em um primeiro momento, descobriu-se como, ao decidir com base em princípios gerais do direito, a Corte Europeia de Justiça (CEJ) acabaria por criar os princípios que dizia aplicar; posteriormente, a partir do debate travado entre Luhmann e Habermas na década de 90, verificou-se que a soberania popular consistiria em uma forma de tautologia em que, o povo, como soberano, corresponderia ao vértice do direito e da política exatamente porque, como povo, ele nada poderia decidir; finalmente, os direitos humanos foram entendidos como um paradoxo que alicerçou a fundação do direito e da política na natureza humana para permitir e disciplinar, com o abandono da natureza, as diferenças entre os homens.

De Giorgi (2010a) adiciona outros paradoxos aos sistemas sociais. É o caso do “paradoxo do racismo”, que penetraria toda forma de diferença no campo da universalidade dos valores, do “paradoxo da exclusão”, que se revelaria na inclusão programada por aqueles a que serve e do “paradoxo da igualdade”, que se materializaria na prática cotidiana da reconquista do direito ao privilégio.

No campo político-normativo, Slaughter (2004, p. 8) atenta para o que Renaud Dehousse e Robert Keohane chamaram de “paradoxo da globalização”, aduzindo que *“we need more government on a global and a regional scale, but we don’t want the centralization of decision-making power and coercive authority so far from the people actually to be governed.”*² Esse paradoxo se torna ainda mais complexo devido à preocupação com a *accountability* dos Estados quanto à incidência de normas que não emanam de um poder centralizado, mas de uma pluralidade de ordens jurídicas.

Igualmente se destaca o “paradoxo das redes governamentais”, no qual, assumida a forma horizontal, esse tipo de rede seria mais brando e menos coercitivo, uma vez que o poder permaneceria principalmente nas mãos dos Estados por meio de seus oficiais. Já na forma vertical, a formação de redes governamentais poderia

¹ Tais pesquisas compreendem uma dissertação de mestrado desenvolvida na Universidade Federal de Santa Catarina em 1994, uma tese de doutorado na Universidade Federal de Minas Gerais em 2000 e uma tese de doutorado na Universidade de Lecce em 2004.

² “Nós precisamos de mais governo em uma escala global e regional, mas não queremos a centralização do poder decisório e da autoridade coercitiva tão distante das pessoas a serem de fato governadas.” (Tradução nossa).

conferir real poder a organizações supranacionais, como ocorre no campo das relações entre Cortes supranacionais e domésticas, ou entre agências regulatórias supranacionais e suas equivalentes estatais.

No caso de formações jurisdicionais de caráter transnacional como a União Europeia (UE), seria preciso lidar com o “paradoxo da governança”, em que certa uniformidade seria necessária, mas uma grande centralização seria politicamente inconcebível e indesejável. A resposta seria a regulação por redes de oficiais nacionais, o que ensejaria dúvida quanto à interpretação a ser dada pelos diversos modelos de democracia do continente aos processos de decisão dessas redes de cooperação, ainda que não se tratasse de abrir mão da identidade e da soberania estatal, entendida esta em seu aspecto externo como uma reivindicação de universalidade limitada a certo espaço geográfico, algo paradoxal.

Também se identifica o “paradoxo da função judicial e jurisdicional do Direito”, que remete ao problema da autonomia e da autoafirmação do Direito. Na opinião de Neves (1998, p. 2), “o próprio apelo e importância atribuídos à jurisdição em geral revelaria na jurisdição existente a falta de jurisdição para que se apela.” Logo, o poder judicial, a função judicial e a jurisdição se tornaram problemas centrais e paradoxais do universo jurídico: se, por um lado, alargam-se o domínio e a importância da intervenção institucionalizada das instâncias judiciais, por outro, percebe-se uma inegável insatisfação quanto ao fato de que a jurisdição se tornou um objeto.

Referindo-se não a sua validade, mas a sua funcionalidade para os sistemas jurídicos, De Giorgi (2010b) explica que os paradoxos impedem que as estruturas sobre as quais são construídos operem sem pressupostos. Se a ordem do mundo não corresponde à razão, não há como controlar a complexidade de organizações ordenadas segundo justiça e Direito em um horizonte de irreduzíveis determinações. Como solução, representam-se esquemas que preveem instituições nacionais, internacionais e supranacionais que celebram os “direitos do homem.”

1.1.3 Funcionalidade dos paradoxos para os sistemas de direitos humanos

Constituindo os direitos humanos um programa de recuperação de atitudes valorativas dependente da solidariedade em relação a seu programa axiológico, sua retórica implicaria na reinvenção e justificativa de seu próprio conceito, transcendendo as fronteiras dos sistemas de direito ao criar distinções em termos de justiça e injustiça

no espaço internacional, marcado por tratados e sistemas de proteção que influenciam diretamente os ordenamentos jurídico-constitucionais.

Em virtude da prática que os contraria recorrentemente, é possível afirmar que os sistemas de direitos humanos se encontram cada vez mais dependentes da funcionalidade do “paradoxo da afirmação de expectativas normativas”. Para Neves (2005), tais direitos definem seu objeto primário e acesso universal ao Direito enquanto subsistema social na forma de expectativas de inclusão jurídica de toda e qualquer pessoa na sociedade mundial. Todavia, as condições para seu surgimento relacionar-se-iam com a emergência de um dissenso estrutural, emanado da complexidade traduzida em uma pluralidade de esferas de comunicação com pretensão de autonomia e heterogeneidade de expectativas, interesses e valores.

Acerca da força simbólica dos direitos humanos, certas formas de sua expressão enquanto direitos “frágeis” ainda não teriam atravessado a fronteira do sistema jurídico no âmbito abrangente da sociedade mundial, por lhes faltar o mínimo de institucionalização jurídica, de positivação e de condições de implementação processual e procedimental. Já em relação aos direitos “fortes”, essa fronteira teria sido ultrapassada e o desafio atual seria lutar por sua concretização e efetivação.

Para De Giorgi (2006, p. 174), “da ideia da universalidade da razão decorria a ideia da expansão da ordem política e jurídica que se afirmava na realização das nações, compreendidas, conjuntamente, pelos sistemas político e jurídico dos Estados.” Segurança passa a ser a palavra de ordem, vez que o progresso da humanidade conduziria os povos, inexoravelmente, a uma existência segura no seio de uma comunidade mundial, parte de um projeto utópico da modernidade.

Ocorre que o “paradoxo da segurança” se traduz na convivência entre esse ideal universalista e o delineamento de uma nova semântica da individualidade fechada. Sua face real manifesta-se em guerra de proporções épicas e nas subsequentes tentativas de firmamento de um estado de paz mundial e aparelhamento de estruturas de poder. Recorrendo ao Direito, as nações teriam encontrado a racional justificação do controle do consenso, tanto da perspectiva interna quanto externa. No entanto, são justamente esses pressupostos racionais da coexistência na comunidade mundial que a tornam impossível.

Abordando o triunfo dos direitos humanos no campo de sua genealogia, Douzinas (2009) retrata alguns paradoxos explícitos e implícitos. Em primeiro lugar, refere-se ao que se pode intitular “paradoxo da afirmação dos direitos humanos.”

Quer-se dizer que, em que pese a conclusão quase unânime em torno da imprescindibilidade das organizações e declarações internacionais de conteúdo humanístico, estas são legitimadas indefinidamente por meio da descrença, do ceticismo e do desrespeito por parte dos Estados e da própria comunidade internacional, em um claro distanciamento entre a teoria e a prática.

Se o Século XX corresponde à Era dos direitos humanos, seu triunfo é, no mínimo, um paradoxo, vez que teria produzido mais violações de seus princípios do que qualquer período anterior e “menos iluminado.” O Século XX seria o Século do massacre, do genocídio, da limpeza étnica, do Holocausto. Em nenhuma outra época teria existido um hiato maior entre pobres e ricos, entre Norte e Sul, no mundo ocidental. Não é de espantar que as preocupações de governos e organizações internacionais sejam frequentemente tratadas com escárnio e ceticismo. A lacuna entre o triunfo da ideologia dos direitos humanos e sua efetividade seria a expressão do cinismo pós-moderno, a combinação de iluminismo com resignação, apatia e um forte impasse político no seio da mais maleável sociedade.

Também é possível identificar o “paradoxo do discurso mítico e pós-histórico dos direitos humanos.” Entendendo os mitos como parte de tradições e histórias particulares, sua ação validaria, por meio de repetição e memória, um princípio genealógico de legitimação; a razão e os direitos humanos, por outro lado, seriam universais, transcendendo diferenças geográficas e históricas.

Se o mito obtém seu potencial legitimador a partir de histórias de origem, a legitimação da razão decorre da promessa de progresso e de emancipação humana; se o mito olha para o início, a narrativa da razão e dos direitos humanos olha para os fins. Desta feita, o conflito entre mito e razão findará quando os direitos humanos, sob os auspícios da razão, se tornarem o mito realizado da sociedade pós-moderna. Enquanto isso não ocorre, seu discurso mítico e pós-histórico perde o caráter de rebeldia e divergência e passa a servir como expediente de legitimação dos Estados, que reafirmam os postulados humanísticos por meio de sua não-concretização.

Por conseguinte, há que se atribuir à noção moderna de sistemas jurídicos o “paradoxo da positivação do direito natural”, aspecto fundamental à melhor compreensão dos direitos humanos. Entende-se que tais sistemas, enquanto subsistemas do sistema social, recorrentemente negam o direito natural positivando-o. Desse modo, a carga axiológica jusnaturalista passa a compor seus expedientes normativos em um contínuo processo de negação/afirmação de demandas.

A transformação do direito natural no Século XVIII é, então, aclamada com o gradativo reconhecimento de “direitos naturais”. Sua história condensada findaria com a elaboração de uma declaração universal de direitos humanos em 1948, transformando o contrassenso jusnaturalista em direitos positivos; o que eram ficções não escritas, inalteráveis, eternas e dadas por Deus deixam de ser desconcertantes e passam a desfrutar da dignidade da lei.

Baseada no direito natural, a simples e evidente ideia de justiça residiria na consciência humana como o princípio mais elevado do Direito em oposição à moral. A justiça seria a razão específica do direito, refletida em maior ou menor grau de clareza ou distorção em todas as leis positivas enquanto medida de sua correção.

Ross (2000, p. 321) traz um apanhado relativo a tais formulações:

A fórmula pela qual os juristas romanos expressaram o princípio de direito natural ou justiça foi *suum cuique tribuere, neminem laedere, honeste vivere*. “Dar a cada um o seu” soa esplêndido. Quem ousará questioná-lo? A única dificuldade é que esta fórmula pressupõe que eu saiba o que é devido a cada pessoa como “o seu” (quer dizer, como seu direito). A fórmula é, assim, carente de significado visto que pressupõe a posição jurídica para a qual deveria servir de fundamento (...). Coisa idêntica ocorre com a exigência de não causar dano ao outro. O que é “causar dano”? Não é possível que signifique agir de tal maneira que prejudique os interesses ou frustre os desejos alheios (...). O mesmo ocorre com o mandamento “viver honestamente” pois aqui “honestamente” só pode querer dizer, como é óbvio, que a conduta deve se conformar com a letra e o espírito da lei (...). Uma das formulações mais famosas do princípio supremo do direito é a de Kant: “um procedimento é lícito se a liberdade para realizá-lo é compatível com a liberdade de todas as outras pessoas segundo uma regra geral.” Essa fórmula kantiana expressa o fato de que a exigência de igualdade é idêntica à exigência de uma regra geral. Mas, se não há outra maneira de saber qual deve ser o conteúdo da regra geral, esse critério carece de significado (...).” Uma concepção muito difundida, que indubitavelmente reflete melhor do que o formalismo de Kant a consciência geral de leigos e juristas, sustenta que a justiça significa o igual equilíbrio de todos os interesses afetados por uma certa decisão. Ninguém desenvolveu melhor esta ideia de forma mais cabal e penetrante do que o filósofo alemão Leonard Nelson. Esse princípio, que praticamente faz do agente o juiz de sua própria causa e exige dele uma decisão imparcial com abstração da diferença entre seus próprios interesses e os alheios, é inegavelmente muito atraente e se harmoniza com a concepção que muitos juristas têm da tarefa de encontrar a solução jurídica correta para um conflito de interesses.

Tal perspectiva pode ser associada ao comentado discurso pós-histórico dos direitos humanos por meio de um “progressismo evolutivo” em que o presente se apresenta como solução necessária e superior ao passado. Nesses termos, o reconhecimento e a sistematização de direitos humanos transmudam-se em uma espécie de “razão triunfante” que assinala o fim de um passado ignorante,

contrariamente à constatação de que inúmeras violações de direitos humanos foram cometidas em períodos recentes da história, mais do que em qualquer outro.

Para Douzinas (2011), quando a natureza deixa de ser o padrão de retidão, todos os desejos podem ser transformados em direitos, bastando a concordância generalizada de que um interesse é constitutivo da humanidade para que um novo direito seja criado. Sob esse prisma, os mundos do “ser” e do “dever ser” entram em colapso, reduzindo os direitos aos fatos e acordos expressos na legislação ou, em uma veia mais crítica, às prioridades disciplinadoras do poder e da dominação.

Longe de o que é histórico ter que ser julgado pelos critérios da lei, a própria História seria o “tribunal do mundo”, levando o Direito a ser pensado com base em sua historicidade, resultado paradoxal da obsessão pelo presente e companheira indispensável do individualismo. Segundo tal perspectiva, inexistiriam ideias ou padrões fora do historicismo e nenhum princípio seria capaz de julgar quaisquer acontecimentos históricos, por mais aviltantes que fossem.

O próximo passo desse processo resultou no “paradoxo da consolidação do humanismo”. Entende-se que, entre os anos de 1970 e 1980, a teoria e filosofia sociais sobrepuseram-se ao antropocentrismo. Com base em Marx, Nietzsche e Freud, os pressupostos do humanismo liberal são contestados e a suposta “morte do homem” acaba por proporcionar uma nova aclamação do indivíduo como centro triunfante desse mundo “pós-moderno” e a enunciação da liberdade como valor supremo e organizador dos sistemas jurídico e político.

Em consequência dessa combinação de Filosofia, História e prática jurídica, o conceito de natureza humana passou a formar o princípio do Direito e da política, tornando-se a nova origem ideacional e constitutiva do Direito. Mas os direitos continuam sendo concessões e, sua natureza concreta, reflexo da criação dos sistemas jurídicos. Nessa linha, os direitos humanos seriam razão fundante e produto da modernidade, invenção jurídica da filosofia política e social.

Logo, a afirmação do discurso dos direitos humanos implica a preterição de parte de seu próprio conteúdo, enquanto que sua negação reforça a necessidade de reafirmação perante os sistemas juspositivistas da atualidade. É o que Villey (2007) identifica como “paradoxo da afirmação-negação dos direitos humanos”, objeto de intensa atividade administrativa, legiferante e jurisprudencial com vistas a sua legitimação. Secundariamente, surge o “paradoxo da igualdade de direitos”, já que os direitos reconhecidos às diversas pessoas serão desiguais e, quanto mais a justiça

aproxima-se da equidade perfeita, maior a probabilidade de resultar na desigualdade de direitos, restando saber o porquê e para quem se destinam os direitos humanos.

Compreendendo os “valores da pessoa humana” como uma construção do mundo moderno interligada sistemicamente à democracia, ao cientificismo e ao capitalismo, sendo a própria ideia de “humanidade” uma construção metafísica comprometida com princípios que a subvertem, Pereira (2012, p. 170) diz que “ironia pode ser a palavra que bem resume as complexidades e os paradoxos do ocidente” enquanto marca histórica fundamental de si mesma, restando claro que as metáforas têm o condão de não permitir o abandono da utopia.

Com Douzinas (2009, p. 38), conclui-se que “os direitos humanos só têm paradoxos a oferecer; a energia deles deriva de sua natureza aporética.” Trata-se de um diálogo centrado nos problemas e não em suas soluções que significa uma igualdade de conclusões contraditórias, cabendo ao intérprete, entendido como o observador que observa e deve ser observado, contribuir para a elucidação e compreensão de seu papel fundante nos sistemas de direito interno e internacional.

1.2 Inter-relações entre os sistemas de direito interno e internacional

É sabido que o Direito Internacional Público serve tanto à repartição de competências soberanas entre os Estados dentro de suas próprias jurisdições quanto ao aparelhamento das organizações internacionais de que participam. Além disso, impõe obrigações a esses mesmos Estados no exercício de seu mister, limitando a margem de discricionariedade de que dispõem os ordenamentos jurídico-constitucionais quando integrados ao contexto plural que caracteriza a dinâmica própria da comunidade internacional. Nessa linha, Seitenfus e Ventura (1999) dizem que as inter-relações entre os sistemas de direito interno e internacional permitem visualizar diferentes formas de subordinação ou de coordenação entre estes.

Tendo-se tratado até o momento de problemas que surgem no interior dos ordenamentos jurídicos, cabe analisar as manifestações de aquiescência ou de discordância entre normas oriundas de um mesmo ordenamento jurídico ou de ordenamentos jurídicos distintos ou, em termos específicos, entre direitos particulares e um direito universal multifacetado. Tais soluções evidenciam diferentes aplicações das disposições constitucionais e convencionais, inclusive do próprio costume legal, impactando diretamente na exigibilidade de seus preceitos em diferentes jurisdições.

1.2.1 Modelos monista e dualista de interação sistêmica

Sob os auspícios do voluntarismo, o dualismo justificaria a ideia de ordens paralelas devido às diferenças entre suas estruturas e condições de validade. Já para os que reconhecem a unidade lógica e sistemática das regras internas e internacionais subsistiria o monismo, implicando um imperativo de subsunção entre estas. Enquanto o monismo consiste na ideia universalista que admite a existência de apenas um ordenamento jurídico, do qual os direitos particulares não seriam mais do que especificações, o pluralismo revela uma concepção estatista que admite tantos ordenamentos jurídicos quantos sejam os poderes constituídos.

Tais soluções evidenciam diferentes aplicações dos tratados e do próprio costume internacional, impactando na exigibilidade de seus preceitos. Bobbio (2014) esclarece que o universalismo jurídico ressurge não mais como crença em um eterno direito natural, mas como vontade de construir um direito positivo único, que recolha em unidade todos os direitos positivos existentes e seja produto não da natureza, mas da História. A ideia de Estado mundial é o limite do universalismo jurídico enquanto unidade que não se funda no direito natural revelado à razão, mas no desenvolvimento do positivismo jurídico até a constituição de um “direito positivo universal”.

As concepções monistas baseiam-se no princípio da unidade normativa em que inexistem ordens jurídicas estanques, mas um só mundo jurídico regendo os indivíduos e a coletividade. Sob a perspectiva jusnaturalista, o monismo deduz a unidade do Direito de elementos metajurídicos, teológicos, racionalistas, psicológicos, sociológicos e axiológicos, prevalecendo este último em função do axioma da presença objetiva da justiça universal de Alfred Von Verdross; já o monismo logicista de Kelsen determina a abstração dessas categorias com o uso da Lógica e da Teoria do Conhecimento no âmbito da Ciência do Direito, expresso pela unidade do sistema de normas; a seu turno, o monismo historicista de Gétzévitch abarca o Direito Internacional e o direito interno como expressões da consciência jurídica resultante do processo de evolução histórica da unidade substancial do Direito Público.

Arroyo (2003) comenta que, fundada no valor da soberania estatal hegeliana, sua faceta nacionalista faz entender que o direito interno de cada Estado detém maior hierarquia e prevalece sobre aquele, vinculando os Estados apenas às normas com as quais consintam e nos termos de seus ordenamentos. Sob o enfoque internacionalista radical kelseniano, no caso de conflito, os tratados internacionais

formalmente reconhecidos pelos Estados prevaleceriam sobre as normas internas; já sob a vertente internacionalista moderada de Verdross, nega-se a invalidez da norma interna contrária à internacional, pela qual tanto o Direito Internacional quanto o interno poderiam ser aplicados pelo Estado, mas o eventual descumprimento da norma internacional ensejaria a responsabilidade do Estado violador.

Segundo Boson (2000), a doutrina dualista, conhecida como “paralelismo do Direito Público”, considera o Direito Internacional e o direito interno como sistemas jurídicos igualmente válidos, mas distintos e independentes entre si, cujas normas não poderiam sequer entrar em conflito umas com as outras. Lançado na Alemanha por Heinrich Triepel, foi adotada na Inglaterra por Oppenheim e na Itália por Dionísio Anzilotti, preceituando que as normas internacionais procedem da “vontade comum” dos Estados e só por meio dela poderiam ser ab-rogadas ou modificadas.

Sob a perspectiva clássica de Paul Laband, o ente estatal nega a aplicação automática dos tratados internacionais no âmbito interno, permitindo que suas normas se tornem vinculantes tão somente a partir da edição de um diploma legal específico. Entretanto, a concepção moderada do dualismo revela a desnecessidade de inserção do conteúdo das normas internacionais em um projeto de lei interna, bastando sua incorporação por meio de procedimento específico, distinto do processo legislativo comum, o que normalmente inclui a aprovação do parlamento e a posterior ratificação do Chefe de Estado ou a edição de um decreto de promulgação por parte deste.

Kelsen (2009) é favorável ao reconhecimento da unidade do Direito e entende ser possível até mesmo a formação de um Estado mundial, tendo expressado que a evolução técnico-jurídica tende ao desaparecimento dessa linha divisória, de modo que seu último termo, dirigido a uma centralização cada vez maior, seria a unidade de organização de uma comunidade universal de Direito mundial. Porém, até os dias atuais, prevalece uma unidade cognoscitiva que concebe o conjunto formado pelo Direito Internacional e pelas ordens jurídicas nacionais.

Paralelamente, o Direito Internacional também incidiria sobre a validade material da ordem jurídica de cada Estado, já que suas normas poderiam compreender todas as matérias reguladas pelas ordens jurídicas estaduais, limitando seu domínio de validade. Apesar de os Estados singulares conservarem sua competência normativa fundamental, esta deveria ser exercida em consonância com o plano de incidência da normatização internacional.

Compreende-se esse ramo do Direito no mesmo sentido que o direito interno dos Estados e, conseqüentemente, como objeto da ciência jurídica. Todavia, deve-se considerá-lo uma espécie de ordem jurídica primitiva, em um estágio de grande descentralização em função de fatores como: inexistência de órgãos funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho, com vistas à criação e aplicação de suas normas e à conseqüente formação de uma jurisdição internacional; preponderância de princípios como autodefesa e *pacta sunt servanda* como mecanismos de solução de conflitos; além da imposição de obrigações e atribuição de direitos de forma mediata, ou seja, por intermédio da ordem jurídica de cada Estado.

Para Magalhães (2000), a aplicação das normas internacionais tem revelado certa incompreensão sobre sua eficácia, sendo comum considerar que o Direito Internacional Público não alcançou o estágio atingido pelos ordenamentos jurídicos nacionais: a obediência dos litigantes a um poder jurisdicional que pode submetê-los pela força, inclusive. Contudo, apesar do caráter descentralizado das ordens internacionais de alcance geral ou regional, tal fato não impede que seus participantes exerçam sua autoridade no sentido de declarar e tornar efetivas as cláusulas e postulados internacionalistas.

Retratando norma de aceitação geral, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT), concluída no seio da Organização das Nações Unidas (ONU) em 23 de maio de 1969, aborda em seus arts. 18, 26, 27, 46 e 53: a obrigação de não frustrar o objeto e a finalidade de um tratado; os procedimentos de observância, aplicação, interpretação, nulidade, extinção e suspensão da execução de tratados; e os casos de conflito entre estes e as normas imperativas de Direito Internacional geral:

Article 18. Obligation Not to Defeat the Object and Purpose of a Treaty Prior to Its Entry Into Force. A State is obliged to refrain from acts which would defeat the object and purpose of a treaty when: (a) it has signed the treaty or has exchanged instruments constituting the treaty subject to ratification, acceptance or approval, until it shall have made its intention clear not to become a party to the treaty; or (b) it has expressed its consent to be bound by the treaty, pending the entry into force of the treaty and provided that such entry into force is not unduly delayed.

(...)

Article 26. "Pacta Sunt Servanda." Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.

Article 27. Internal Law and Observance of Treaties. A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty. This rule is without prejudice to article 46.

Article 46. Provisions of Internal Law Regarding Competence to Conclude Treaties. 1. A State may not invoke the fact that its consent to be bound by a treaty has been expressed in violation of a provision of its internal law regarding competence to conclude treaties as invalidating its consent unless that violation was manifest and concerned a rule of its internal law of fundamental importance. 2. A violation is manifest if it would be objectively evident to any State conducting itself in the matter in accordance with normal practice and in good faith.

(...)

Article 53. Treaties Conflicting with a Peremptory Norm of General International Law ("Jus Cogens"). A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.³ (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1969a, p. 9).

No ordenamento jurídico pátrio, a CVDT foi aprovada apenas em 17 de julho de 2009 e com cláusula de reserva quanto à aplicação provisória de tratados e ao processo de solução judicial, arbitragem e conciliação, vide Decreto Legislativo nº 496: “art. 1º. Fica aprovado o texto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em Viena, em 23 de maio de 1969, ressalvados os arts. 25 e 66 (...).” (BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2009, p. 1). Em 14 de dezembro de 2009, foi promulgada pelo Decreto nº 7.030: “art. 1º. A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66, apenas

³ “Artigo 18. Obrigação de Não Frustrar o Objeto e a Finalidade de um Tratado antes de sua Entrada em Vigor. Um Estado é obrigado a abster-se da prática de atos que frustrariam o objeto e a finalidade de um tratado, quando: a) tiver assinado ou trocado instrumentos constitutivos do tratado, sob reserva de ratificação, aceitação ou aprovação, enquanto não tiver manifestado sua intenção de não se tornar parte no tratado; ou b) tiver expressado seu consentimento em obrigar-se pelo tratado no período que precede a entrada em vigor do tratado e com a condição de esta não ser indevidamente retardada.”; “artigo 26. ‘*Pacta Sunt Servanda*.’ Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé.”; “artigo 27. Direito Interno e Observância de Tratados. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.”; “artigo 46. Disposições do Direito Interno sobre Competência para Concluir Tratados. 1. Um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental. 2. Uma violação é manifesta se for objetivamente evidente para qualquer Estado que proceda, na matéria, de conformidade com a prática normal e de boa fé.”; e “artigo 53. Tratados em Conflito com Normas Imperativas de Direito Internacional Geral (*Jus Cogens*). É nulo o tratado que, no momento de sua conclusão, conflita com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.” (Tradução nossa).

por cópia ao presente Decreto, será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.” (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2009c, p. 1).

A obediência a tais regras depende da exata compreensão de aspectos como objetividade de enunciados, generalidade de aplicação e compatibilidade com o conjunto de normas vigentes no sistema jurídico em funcionamento. Normalmente, o atrelamento dos Estados se deve à aplicação do princípio do livre consentimento, consagrado na CVDT. Todavia, o mesmo diploma reconhece situações em que não se exige tal vinculação, a exemplo de normas imperativas e relativas a obrigações essenciais comuns ao *jus cogens*, a exemplo dos direitos humanos. Em qualquer caso, a clareza e a lógica devem conduzir a uma interpretação compatível com o espírito, o objeto e o contexto da cláusula convencional, dotando-a de eficácia.

Por traduzir aspirações, princípios e valores da comunidade internacional, esse corpo de normas é dotado de caráter imperativo e se impõe a todos os Estados, ainda que não tenham participado de sua formulação. Seitenfus e Ventura (1999) elencam-no em liberdades individuais, como direito à vida, recusa da escravidão, liberdade de circulação, de comércio e de estabelecimento, além de liberdades coletivas, a exemplo do princípio da autodeterminação dos povos. Esclarecem ainda que somente no caso de conflito entre uma norma imperativa com outra regra de fonte convencional ou costumeira seria possível aplicar o princípio hierárquico.

Consequentemente, as normas associadas ao *jus cogens* iniquam de nulidade os tratados e demais instrumentos que conflitem com normas imperativas de Direito Internacional geral, limitação esta imposta pela comunidade internacional aos Estados. Da mesma forma, ao exercerem a jurisdição interna por meio da edição de espécies normativas e decisões judiciais, suas autoridades devem observar esses mesmos aspectos, sob pena de usurpar a própria competência constitucional.

Enquanto sujeito de direito dotado de jurisdição nacional e internacional, o Estado deixa de atuar de forma autônoma e independente e passa a obedecer a regras comuns e compartilhadas, sendo imprescindível que suas ações traduzam os parâmetros de proteção eleitos pela comunidade internacional. Isso porque seu poder jurisdicional é limitado por princípios gerais de Direito Internacional que, uma vez ignorados, sujeitam-no a medidas coercitivas impostas por tal coletividade. Ao afrontar tais preceitos, o Estado dá origem a conflitos que devem ser resolvidos no interesse do próprio homem enquanto sujeito de direito, com a prevalência da norma mais favorável à defesa de seus direitos e liberdades fundamentais.

Desse modo, perde sentido a polêmica entre monismo e dualismo em que figuravam de um lado Triepel e Anzilotti como defensores da existência de ordens jurídicas não concêntricas, quais sejam, a internacional e a nacional, devendo esta recepcionar as normas internacionais mediante mecanismo próprio e, de outro lado, Kelsen e Verdross, para quem tais ordens seriam integradas em uma só, sendo desnecessário qualquer mecanismo de recepção. Não se limitando à verificação da constitucionalidade dos tratados, há que se considerar a compatibilidade da própria Constituição e das demais espécies normativas para com as normas de Direito Internacional, de aplicação geral e obediência compulsória, como é o caso dos TIDH.

1.2.2 Expansão dos métodos de interpretação de tratados

No que tange à interpretação e aplicação dos direitos humanos, é sabido que estes comumente se encontram estabelecidos nas Constituições e na legislação esparsa, sendo, igualmente, objeto de tratados de alcance universal e regional. Logo, o operador jurídico se depara com um conjunto de normas que aparentemente apontam em uma mesma direção, mas que não necessariamente são compreendidos e internalizados homogeneamente, podendo resultar em relações conflituosas e, muitas vezes, contraditórias quanto ao seu objeto e à efetividade de sua proteção.

A esse respeito, destacam-se a regra geral e os meios suplementares de interpretação de tratados previstos nos arts. 31 e 32 da CVDT:

Article 31. General Rule of Interpretation. 1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose. 2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes: (a) Any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connexion with the conclusion of the treaty; (b) Any instrument which was made by one or more parties in connexion with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty. 3. There shall be taken into account, together with the context: (a) Any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions; (b) Any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation; (c) Any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties. 4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.

Article 32. Supplementary Means of Interpretation. Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when

the interpretation according to article 31: (a) Leaves the meaning ambiguous or obscure; or (b) Leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.⁴ (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1969a, p. 10).

Afora os tradicionais métodos de interpretação dos tratados, a jurisprudência dos tribunais de direitos humanos estabeleceu dois adicionais: o princípio de efetividade e o princípio de interpretação evolutiva. Enquanto o primeiro significa que o Estado deve proporcionar a mais ampla, realista e efetiva proteção ao indivíduo, o segundo estabelece que as obrigações internacionais devem ser interpretadas evolutivamente, adaptando-se a novos contextos sociais.

Some-se a isso o costume legal internacional que corresponde às obrigações dos Estados que não se acham positivadas. Este é composto por dois elementos: uma prática consistente e uniforme manifestada em repetição de atos na administração de relações externas e a *opinio juris*, que consiste na crença de que existe o dever legal de seguir essa prática em virtude da generalização da atitude originária.

Entende-se que alguns direitos humanos essenciais são obrigatórios por compor o “direito consuetudinário internacional”, traduzindo obrigações diretas para os Estados ainda que estabelecidos anteriormente à sua criação, não se reclamando em nenhuma etapa da formação dos costumes qualquer tipo de assentimento estatal. Desse modo, prevalece a tese objetiva, que compreende as regras costumeiras como uma manifestação sociológica que obriga os sujeitos de direito em sua totalidade, sendo esta uma fonte especial do Direito Internacional.

Tais obrigações envolvem: direito à vida; proibição de tortura e tratamentos cruéis ou degradantes; proibição de escravidão ou de redução à condição análoga à

⁴ “Artigo 31. Regra Geral de Interpretação. 1. Um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade. 2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos: a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado; b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado. 3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto: a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições; b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação; c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes. 4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes.”; e “Artigo 32. Meios Suplementares de Interpretação. Pode-se recorrer a meios suplementares de interpretação, inclusive aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão, a fim de confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou de determinar o sentido quando a interpretação, de conformidade com o artigo 31: a) deixa o sentido ambíguo ou obscuro; ou b) conduz a um resultado que é manifestamente absurdo ou desarrazoado.” (Tradução nossa).

de escravo; vedação de penas privativas de liberdade por descumprimento de obrigações contratuais; direito à liberdade de pensamento, de consciência, de crença e de culto; presunção de inocência; irretroatividade da lei penal mais severa; e respeito às garantias judiciais, ainda que em estados de emergência.

Ao lado dos tratados e do costume, tem-se os princípios gerais do Direito, presentes na maioria dos Estados como parte integrante de seus ordenamentos jurídicos e como elementos regentes de suas relações internacionais. Consistem em fonte autônoma do Direito Internacional e devem ser considerados elementos subsidiários de interpretação, servindo à limitação do alcance do poder discricionário estatal. Destacam-se os atinentes a aspectos como concepção geral do Direito, caráter contratual dos tratados, contencioso da responsabilidade internacional e respeito dos indivíduos, com a incidência da equidade.

Sua autonomia e positividade, quando emanados dos Estados, englobam: abuso de direito; respeito aos direitos adquiridos e à coisa julgada; prescrição liberatória; e exceção de litispendência. Quando provenientes das relações interestatais, envolvem: identidade ou continuidade do Estado; impossibilidade de presunção de limitações à independência estatal; primazia da norma internacional sobre a nacional nos casos de competência material concorrente; e o esgotamento das vias internas de recurso como requisito de acesso à jurisdição internacional.

Ocorre que subsistem meios auxiliares para a determinação do Direito, destacando-se a doutrina e a jurisprudência. A aplicação da doutrina de renomados publicistas dependeria da qualidade da investigação e da reputação do autor ou do organismo da sociedade civil, o que comumente abrange obras literárias, relatórios de comissões e de agências especializadas, além dos comentários gerais emanados dos órgãos componentes de cada sistema de proteção a nível regional e global.

Quanto à jurisprudência, apesar de, em regra, as decisões judiciais não terem o condão de criar direitos, mas tão somente de interpretá-lo, Steiner e Uribe (2014, p. 12) comentam que *“la interpretación que el tribunal internacional realice sobre una norma principal, ya sea que ésta se encuentre en un tratado, sea parte del derecho consuetudinario internacional o sea un principio general (...) será un mecanismo para*

*dar contenido a esse derecho.*⁵ Inexistindo órgãos legislativos globais, grande parte do desenvolvimento dos direitos humanos tem resultado da atuação desses órgãos.

Integrando a Carta das Nações Unidas, o Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ) não estabelece qualquer hierarquia ou distinção entre as fontes do Direito Internacional, tampouco o faz entre decisões judiciais nacionais e internacionais, considerando-as meios auxiliares para a determinação do direito:

Artigo 38. 1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c) os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas; d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes Nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito. 2. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945, p. 12).

Considerando o crescente fenômeno de incorporação de normas de direito internacional no âmbito estatal, infere-se que as Cortes domésticas terão um papel preponderante ao interpretar e consolidar tais normas perante os diversos organismos jurisdicionais e não jurisdicionais de caráter transnacional. Seria possível aplicar critérios jurisprudenciais estabelecidos por seus pares ao redor do mundo e, assim, fazer uso de técnicas transjudiciais dirigidas ao atendimento dos fins almejados pelas normas de direitos humanos e pelos sujeitos que demandam a respectiva proteção.

1.2.3 Soberania estatal e pluralidade de ordens jurídicas

Com base na doutrina internacionalista, a igualdade abstrata dos Estados se apresenta como um dos chamados direitos fundamentais dos Estados. Ocorre que, segundo Ross (2000), uma formulação tão abstrata carece de significado por ocultar, por um lado, a proibição de fazer discriminação com base no tamanho dos Estados e, por outro, certas regras que nada têm a ver com a igualdade ou a desigualdade, a exemplo dos princípios de unanimidade e de imunidade estatal.

⁵ “A interpretação que o tribunal realizar sobre uma norma principal, já que esta se encontra em um tratado, seja parte do direito consuetudinário internacional ou seja um princípio geral (...), será um mecanismo para dar conteúdo a esse direito.” (Tradução nossa).

Analizando o Direito Internacional e a possibilidade de que, despreendendo-se da ideia de norma hipotética fundamental, esse possa vir a ser reconhecido como um sistema jurídico tal qual os de direito interno, Hart (2009) questiona a característica predominante das normas que regulam as relações estatais e o discurso de que inexistiria norma fundamental que oferecesse critérios gerais de validade para os sistemas internacionais em operação, incluída a força vinculante dos tratados.

Decidindo-se pela imprescindibilidade de sanções baseadas em ameaças, bem como pelo caráter vinculante das normas emanadas de órgãos legislativos tais quais os de um Estado, seria possível questionar a juridicidade do Direito Internacional e aproximá-lo de uma espécie de ramo da moral. Como solução, ter-se-ia uma norma fundamental de reconhecimento que representasse uma característica real do sistema que superaria a mera reiteração de que os Estados devem obedecer a um conjunto de normas. Assim, o Direito Internacional estaria transitando rumo à aceitação de novos formatos que, em termos de estrutura e funcionalidade, o aproximariam mais dos sistemas de direito interno, facilitando as trocas entre ambos.

Porém, subsistem associações indevidas quanto à influência das normas emanadas da comunidade internacional e as teorias voluntaristas ou de autolimitação dos Estados, visto que, uma vez formalmente reconhecidas, o indivíduo ou Estado se subordina aos seus mandamentos. Apesar da divergência quanto à imprescindibilidade de uma norma fundamental comum ao Direito Internacional e a sua compreensão enquanto sistema jurídico, existe convergência no que diz respeito à inexata compreensão do conceito de soberania e ao desrespeito das normas de direito interno aos compromissos assumidos por força de tratados.

Nesse sentido, Seitenfus e Ventura (1999, p. 63) comentam que:

O conceito de soberania nacional resultou então do processo de afirmação do Estado moderno, enquanto o conceito de soberania popular resultou da afirmação do sistema representativo. O conceito foi a um só tempo instrumento e resultado desse movimento histórico (...). Admitir que a soberania possui um caráter absoluto seria equivalente a negar a existência do próprio Direito Internacional. Como consequência, o conceito é geralmente referido do ponto de vista externo, ou seja, percebendo o Estado nas relações que ele estabelece no cenário internacional.

A soberania dos Estados no plano internacional é exercida horizontalmente enquanto conceito axiológico jurídico, dada a igualdade de condições em que se encontram, expressa no princípio institucional geral *par in parem non habet imperium*

(*judicium* ou *jurisdictionem*), significando que nenhum Estado soberano pode ser submetido, contra sua vontade, à condição de parte perante o foro de outro Estado.

Sob sua influência, crê-se existir em todo sistema jurídico nacional um legislador soberano, acima de quaisquer limitações jurídicas, da mesma forma que o Direito Internacional necessariamente teria uma natureza restrita por serem soberanas as nações, não podendo ser submetidas a limitações jurídicas. Como Boson (2000) atesta, seu uso acrítico teria disseminado grande desordem em sede de direito interno e internacional, exigindo em ambas as esferas um corretivo análogo.

Em ambos os casos, a confiança na existência de um soberano juridicamente limitado prejudica uma questão que só poderia ser respondida quando as próprias normas são analisadas. No caso do direito interno, caberia determinar qual a abrangência da autoridade legislativa suprema reconhecida nesse sistema. Para o Direito Internacional, haveria que se verificar o grau máximo de autonomia que suas normas poderiam conceder aos Estados. Ou seja, a soberania seria um conceito de elaboração metafísica que vem sofrendo deslocamentos de atribuição em virtude da necessidade de adequar-se à realidade social, cultural e jurídica dos Estados.

Para Häberle (2007, p. 11), “o Estado Constitucional e o Direito Internacional transformam-se em conjunto. O Direito Constitucional não começa onde cessa o Direito Internacional (...). Ou seja, o Direito Internacional não termina onde começa o Direito Constitucional.” Denota-se que a questão de saber em que medida essa soberania do Estado é limitável pelo Direito internacional por ele reconhecido só pode ser respondida com base em seu próprio conteúdo, não podendo ser deduzida do conceito de soberania considerado isoladamente.

O Direito Internacional não restringe a autolimitação ou o compartilhamento da soberania enquanto liberdade de ação dos Estados, que devem agir de boa-fé. Surge a questão da pluralidade de ordens jurídicas, sob denominações como: “constitucionalismo multinível”, “interconstitucionalidade”, “transconstitucionalismo”, *cross-constitutionalism* e “constitucionalismo transnacional”, dentre outras.

Ramos (2012) destaca o recrudescimento do uso retórico e argumentativo da *ratio decidendi* internacional para fundamentar a decisão nacional, incrementando seu poder de convencimento, especialmente em momentos de rupturas hermenêuticas. Tais práticas seriam comuns no universo próprio de ordens jurídicas plurais e multifacetadas, que exerceriam seu poder de influência recíproca com o fito de estabelecer diretrizes para a própria atuação estatal segundo a normativa vigente.

Com a observação de Burgorgue-Larsen (2010) sobre culturas judiciais como a norte-americana e sua postura de desacordo quanto a cláusulas de acesso à justiça internacional, entende-se que o Direito supera as fronteiras nacionais, principal característica do fenômeno de “internacionalização do direito”. Não obstante, em países como o Brasil, observa-se recalcitrante incongruência entre as diferentes jurisdições, sobretudo em matéria de direitos humanos.

Inferre-se que a ação conjunta entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional no campo dos direitos humanos não é caótica, resultando da atenção dada de forma diversa ao mesmo objeto e consistindo em uma relação juridicamente regulamentada e coordenada em que ambos se influenciam e são influenciados. Em certos casos, a proteção internacional se manifesta de forma subsequente e complementar, ainda que possa chegar a suprir a proteção nacional. No entanto, a obrigação genérica de respeitar os direitos humanos e de informar a seu respeito não requer a consideração prévia do assunto no âmbito interno dos Estados.

Consequentemente, a aplicação direta das normas comuns ao DIDH em vigor pelos agentes estatais imbuídos de funções jurisdicionais tem o condão de reforçar e eventualmente ampliar a proteção constitucional interna, chegando-se a associar a interpretação e aplicação de normas definidoras de direitos e garantias fundamentais aos dizeres dos principais TIDH que regem a matéria em cada situação-problema. Isso pode evidenciar um caráter ainda mais vinculativo a depender da importância que lhes é atribuída dentro de cada sistema normativo, o que abre perspectivas jurídicas cada vez mais progressistas e renovadoras em termos de respeito e garantia.

1.3 Integração normativa no Brasil

Se o Estado não se apresenta compartimentalizado nos poderes por meio dos quais exerce a jurisdição, declarando o direito perante a comunidade nacional e cosmopolita, a lei que revoga tratado configura ilícito passível de responsabilização internacional, assim como a decisão judicial que deixa de dar aplicação a tratado regularmente ratificado e internalizado. O exame de compatibilidade não deve limitar-se à Constituição, abrangendo também os compromissos assumidos pelo Estado na forma de tratados ou princípios e regras comuns ao *jus cogens*. No caso de TIDH, estes sequer poderiam ser revogados por lei posterior, tendo uma sistemática própria.

A respeito do tratamento dado às normas internacionais no Brasil, Mendes, Coelho e Branco (2013) destacam a oscilação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), vez que: até 1977 consagrava-se a primazia do Direito Internacional; no Recurso Extraordinário (RE) nº 80.004/SE em 1977, entendeu-se que os tratados internacionais estariam em paridade com as leis federais, apresentando a mesma hierarquia que estas; com a edição da Emenda Constitucional (EC) nº 45 de 2004, passou a equipar juridicamente tratado e lei federal; e após o julgamento em 2008 do RE nº 466.343/SP e do *Habeas Corpus* (HC) nº 87.585/TO, conferiu-se aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos (TIDH) hierarquia privilegiada frente às demais normas, com realce às teses de infraconstitucionalidade, supralegalidade e constitucionalidade segundo seu *status* de “norma constitucional” ou de “EC.”

O rol de diplomas internacionais de direitos humanos dotados de hierarquia constitucional no ordenamento jurídico brasileiro pode ser considerado limitado, consubstanciando apenas a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que objetiva promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo dos direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito à sua dignidade inerente; seu Protocolo Facultativo firma a competência do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência para receber comunicações de indivíduos ou grupos no que diz respeito a violações das disposições convencionais. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2007).

Adotados em Nova Iorque em 13 de dezembro de 2006, ambos foram aprovados no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008: “art. 1º Fica aprovado, nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007.” (BRASIL. SENADO FEDERAL, 2008, p. 1). Sua promulgação decorreu do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009: “art. 1º. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, apensos por cópia ao presente Decreto, serão executados e cumpridos tão inteiramente como neles se contém.” (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2009b, p. 1).

A título informativo, outro TIDH deverá ser incluído nessa relação. Trata-se do Tratado de Marraqueche, elaborado em 28 de junho de 2013 durante a Conferência Diplomática da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) com o fito de possibilitar o acesso ao conteúdo de livros originalmente impressos. (ORGANIZAÇÃO

MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL, 2013). Atuando ativamente junto à OMPI, o Estado Brasileiro aprovou esse tratado com *status* de EC, conforme Decreto Legislativo nº 261, de 25 de novembro de 2015: “art. 1º. Fica aprovado (...) o texto do Tratado de Marraqueche para facilitar o acesso a obras publicadas às pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades para ter acesso ao texto impresso.” (BRASIL. SENADO FEDERAL, 2015, p. 1); entretanto, resta expedir o respectivo decreto de promulgação para que seus preceitos surtam plenos efeitos no país.

Além dos direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos e direitos e garantias implícitos, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) atribui em seu art. 5º, § 2º, *status* de norma constitucional, de hierarquia infraconstitucional e supralegal, aos TIDH que não tenham atendido ao rito de aprovação próprio de EC: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Já seu art. 5º, § 3º confere *status* de EC aos TIDH aprovados segundo esse rito: “os 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, serão equivalentes às emendas constitucionais.” (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2016, p. 6).

Essa gama de direitos e garantias não abarca os TIDH que não cumprem os requisitos necessários ao reconhecimento de seu *status* de EC. Resta caracterizada sua natureza materialmente constitucional, mas formalmente infraconstitucional e supralegal. Conforme Canotilho (2003, p. 74), “a legitimidade material da Constituição não se basta com um ‘dar forma’ ou ‘constituir’ de órgãos; exige uma fundamentação substantiva para os actos dos poderes públicos e daí que ela tenha de ser um parâmetro material, directivo e inspirador desses actos”, o que enseja reflexões no campo da efetividade das normas definidoras de direitos e liberdades fundamentais.

Tem-se, ao menos, duas contradições: direitos e garantias previstos explícita e implicitamente, dentro e fora da CRFB, entendidos sob o prisma de sua materialidade e/ou formalidade; e direitos e garantias decorrentes de tratados internacionais carecedores de um tratamento igualitário no âmbito da pirâmide normativa do Brasil, afora a situação dos demais tratados internacionais, que seriam equivalentes aos atos normativos primários, situação acarretadora de uma insegurança jurídica ainda mais evidente.

Registre-se que tal juízo denota que o controle de constitucionalidade vigente no Brasil não se presta a verificar a compatibilidade material das normas infraconstitucionais para com as normas de direitos humanos que não gozem de tal hierarquia, uma vez que somente os dispositivos constitucionais originários, os decorrentes de reforma ou revisão constitucional e os TIDH aprovados com *status* de EC, ainda que anteriormente à EC nº 45/2004, gozam de tal privilégio, diminuindo-se a esfera de proteção e efetividade dos direitos e liberdades fundamentais.

Sobre novos critérios de eficácia normativa, Espiell (1988, p. 186) diz que:

Suprimidos obsoletos criterios, con la vista puesta en la mejor y más efectiva acción para la defensa de los derechos de la persona humana, objeto y fin del derecho todo, este camino permite vislumbrar fórmulas más efectivas y eficaces para lograr la realidad viva de la vigencia de los derechos de la persona humana, en el marco del orden jurídico.⁶

Impõe-se aos poderes constituídos uma função prospectiva, dinamizadora e transformadora da realidade social que se apresenta: ao Poder Legislativo compete proceder em tempo razoável à sua concretização (sob pena de inconstitucionalidade por omissão) e mover-se no âmbito desses direitos, sendo-lhe vedado que, a pretexto da sua concretização legal, opere uma redução de sua força normativa, bem como não emanar preceitos formal ou materialmente incompatíveis com essas normas; ao Poder Executivo incumbe a tarefa de concretização dos direitos e liberdades fundamentais no exercício de sua competência planificadora, regulamentar e fornecedora de prestações por meio de seus órgãos de administração; ao Poder Judiciário cabe interpretar e densificar seus preceitos consagradores de acordo com o princípio da efetividade ótima, de forma a possibilitar sua aplicabilidade imediata.

⁶ “Suprimidos critérios obsoletos, tendo em vista a melhor e mais efetiva ação para a defesa dos direitos da pessoa humana, objeto e fim de todo o Direito, este caminho permite vislumbrar fórmulas mais efetivas e eficazes para alcançar a realidade viva da vigência dos direitos da pessoa humana, no marco da ordem jurídica.” (Tradução nossa).

2 DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Afora o direito doméstico, nota-se cada vez mais a possibilidade de protrair a defesa dos direitos humanos em esferas de jurisdição internacional sempre que as ordens internas se afigurem insuficientemente preparados para acolher seu nível discursivo e efetivá-los. Emerge, assim, a *human rights-based approach*,⁷ em que a retórica persuasiva dos direitos humanos tem provocado uma série de debates sobre sua natureza, seu caráter religioso ou não religioso, o significado e eventual problemática de seu discurso, o universalismo, relativismo ou pluralismo de suas proposições, além de sua consideração absoluta e incomensurável.

2.1 Reflexões em torno do conceito de direitos humanos

A emergência do conceito de direitos humanos pode ser considerada relativamente recente, coincidindo com o fim da Segunda Guerra Mundial e tendo sedimentado a *global deliberative equality*.⁸ Particularmente, essa igualdade não deve ser apreendida como mera utopia, mas como um processo que abrange questões comuns no campo da proteção e promoção dos direitos humanos, envolvendo sujeitos de direitos e representantes de instituições nacionais e internacionais.

Questiona-se se existe alguma versão secular inteligível sobre a pretensão de que todo ser humano seja considerado sagrado ou de que a ideia de direitos humanos seja inescapavelmente religiosa. Ignatieff (2001, p. 94) explica que “*we live in a plural world of cultures that have a right to equal consideration in the argument about what we can and cannot, should and should not, do to human beings.*”⁹

Logo, a ideia de direitos humanos consistiria de duas partes: na primeira, todos os seres humanos seriam sagrados no sentido de sua inerente dignidade, da inviolabilidade de seus direitos e de seu valor intrínseco à condição humana; na segunda, devido à consideração de que todos os seres humanos são sagrados, certas escolhas deveriam ser feitas e outras rejeitadas. Ou seja, certos atos não deveriam ser cometidos a nenhum ser humano e outros teriam de sê-lo a todos.

⁷ “Abordagem baseada nos direitos humanos.” (Tradução nossa).

⁸ “Igualdade deliberativa global.” (Tradução nossa).

⁹ “Vivemos em um mundo de culturas plurais que têm direito à igual consideração do argumento sobre o que podemos ou não, devemos ou não, fazer aos seres humanos.” (Tradução nossa).

2.1.1 Estratégias de justificação, *human rights foundationalism* e *rights talk*

A possibilidade de que a ideia de direitos humanos seja inescapavelmente religiosa põe um problema para os entusiastas que se intitulam antirreligiosos ou apenas agnósticos. Contrariamente, Arendt (2004, p. 380) afirma que “*the world found nothing sacred in the abstract nakedness of being human*”,¹⁰ cabendo defender as reivindicações dos direitos humanos por meio de estratégias de justificação que evitassem a crença em uma mítica visão. Dentre as possíveis, encontram-se *the definitional strategy*¹¹ e *the self-regarding strategy*.¹²

A primeira estratégia se traduz na defesa das reivindicações de direitos humanos desconsiderando a premissa de que todo ser humano é sagrado, em que certas coisas não devem ser feitas a nenhum ser humano e outras devem ser feitas a todos eles simplesmente porque um ponto de vista moral o requer. Tal noção pode ser considerada problemática devido à inexata compreensão do que seria moralmente desejável, vez que esse ponto de vista sofre de uma grande necessidade de justificação em um mundo mais parcial e local do que imparcial e universal. Logo, não serviria de justificativa fundamental para tais reivindicações.

A segunda estratégia consiste na crença de que é bom para os membros dos agrupamentos sociais que certas coisas não sejam feitas a nenhum ser humano e que outras sejam feitas a todos, ainda que cada um deles não seja considerado sagrado. Todavia, seu problema é duplo: além de se sujeitar ao risco de não significar mais do que um mero tratado de não agressão, não está claro se essa tática poderia ser considerada um direito de todo e qualquer ser humano ou se estaria adstrita àqueles que necessitam de cooperação mútua. Sua aplicabilidade pode ser considerada especulativa e pouco plausível, apesar de constantemente figurar em TIDH.

Para Rorty (1998, p. 134), “*this progress has brought us to a moment in human history in which is plausible for Rawls to say that the human rights phenomenon is ‘a fact of the world’ (...).*”¹³ Ocorre que o próprio Rawls interpreta o *human rights foundationalism*¹⁴ como um projeto inacabado, sendo preferível desenvolvê-lo por

¹⁰ “O mundo não encontrou nada de sagrado na abstrata nudez da condição humana.” (Tradução nossa).

¹¹ “Estratégia de definição.” (Tradução nossa).

¹² “Estratégia de autorrespeito.” (Tradução nossa).

¹³ “Esse progresso nos trouxe a um momento da história humana em que é plausível para Rawls dizer que o fenômeno dos direitos humanos é um ‘fato do mundo’ (...).” (Tradução nossa).

¹⁴ “Fundacionismo dos direitos humanos.” (Tradução nossa).

meio de uma forma de cultura autoconsciente e expansiva que não se limitasse a demonstrar sua superioridade, mas que fosse eficaz no cumprimento de seus dizeres.

Nesse caso, cabe a ressalva em torno da formação de um ponto de vista moral derivado de um possível etnocentrismo, intitulado *eurocentric human rights culture*,¹⁵ presente na maioria dos países da Europa Ocidental e da América do Norte, vistos como os grandes fundadores dos direitos humanos. Pode-se dizer que a principal dificuldade não se dirige aos processos comuns a essa forma de cultura ou à premissa em torno de seu caráter sagrado, mas à transgressão da ordem normativa e suas consequências no campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH).

Quanto à indagação acerca do que seria um direito humano, esta remonta ao questionamento sobre o sentido da função comunicativa e retórica dos direitos, sendo primordial o estudo da linguagem de natureza político-moral que fundamenta e molda o discurso jurídico como um todo e, especificamente, do DIDH. Sob sua égide, as obrigações estatais perpassam decisões políticas e alcançam a declaração da ilegalidade de condutas positivas ou negativas que desatendem preceitos morais estabelecidos em seu arcabouço normativo, razão pela qual os Estados adotam medidas efetivas para prevenir e punir certas práticas cometidas em sua jurisdição.

A respeito da intrínseca relação entre discurso e poder, Foucault (1996, p. 8) afirma que, em toda sociedade, “a produção do discurso é controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e perigo, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade.” Apesar dessa abordagem se sujeitar às limitações do discurso filosófico, constituído como um saber reflexivo e especulativo, é possível identificar certa concreticidade quando examinadas as estruturas que enunciam uma linguagem comum, correspondente a modalidades de poder institucional. É o caso dos direitos humanos enquanto forma discursiva própria de determinadas instâncias e organismos nacionais e internacionais de proteção, sua razão fundante e fim último.

Significa que o discurso sobre direitos e deveres se refere a escolhas que cada Estado não deve tomar em relação a nenhum ser humano ou deve tomar quanto a todo e qualquer ser humano sob sua tutela efetiva, de acordo com a compreensão comum de uma disposição de Direito Internacional, muitas vezes, puramente moral. Essa seria a principal linguagem deste Século, em que reivindicações são expressas.

¹⁵ “Cultura eurocêntrica dos direitos humanos.” (Tradução nossa).

Entretanto, sua retórica teria se tornado controversa a ponto de questionar até mesmo o que seriam os direitos humanos, quem seriam seus titulares e qual sua finalidade. Identificam-se, assim, problemas ligados à não-diferenciação entre *moral rights talk*¹⁶ e *legal rights talk*.¹⁷ Precisamente, as críticas de Glendon (1991, p. 11) perpassam o fundamento dessas formas de linguagem no seio da sociedade norte-americana, aplicando-se de forma comparada ao *international human rights talk*.¹⁸

Rights talk itself is relatively impervious to the other more complex languages we still speak in less public contexts, but it seeps into them, carrying the rights mentality into spheres of American society where a sense of personal responsibility and of civic obligation traditionally have been nourished (...). Discourse about rights has become the principal language that we use in public settings to discuss weighty questions of both right and wrong, but time and again it proves inadequate, or leads to a standoff of one right against another. The problem is not, however, as some contend, with the very notion of rights, or with our strong rights tradition. It is with a new version of rights discourse that has achieved dominance over the past thirty years. Our current American rights talk is but one dialect in a universal language that has developed during the extraordinary era of attention to civil and human rights in the wake of World War II. It is set apart from rights discourse in other liberal democracies by its starkness and simplicity, its prodigality in bestowing the rights label, its legalistic character, its exaggerated absoluteness, its hyperindividualism, its insularity, and its silence with respect to personal, civic, and collective responsibilities (...). Under these circumstances, what is needed is not the abandonment, but the renewal, of our strong rights tradition.¹⁹

Contudo, o problema não residiria na noção dos direitos, mas em seu caráter extremamente legalista e em formulações absolutistas. Tais aspectos provocariam expectativas irreais, controvérsia, custos e isolamento social, além de colisões de

¹⁶ “Discurso sobre direitos morais.” (Tradução nossa).

¹⁷ “Discurso sobre direitos legais.” (Tradução nossa).

¹⁸ “Discurso sobre direitos humanos internacionais.” (Tradução nossa).

¹⁹ “O discurso dos direitos em si é relativamente inacessível a outras formas de linguagem mais complexas que continuamos a utilizar em contextos menos públicos, mas se infiltra nelas, carregando a mentalidade dos direitos dentro de esferas da sociedade norte-americana em que um senso de responsabilidade pessoal e de obrigação cívica tradicionalmente tem sido nutrido (...). O discurso sobre os direitos tem se tornado a principal linguagem que usamos em espaços públicos para discutir questões de peso sobre o certo e o errado, mas que tem se mostrado inadequado ou tem conduzido a um impasse entre um direito em relação a outro. Entretanto, o problema não é, como alguns argumentam, com a própria noção de direitos ou com nossa forte tradição em torno destes. É com uma nova versão do discurso dos direitos que tem alcançado dominância ao longo dos últimos trinta anos. Nosso atual discurso norte-americano dos direitos é, senão, um dialeto em uma linguagem universal desenvolvida durante a extraordinária Era da atenção aos direitos civis e humanos no despertar da Segunda Guerra Mundial. Ele está separado do discurso dos direitos em outras democracias liberais por sua rigidez e simplicidade, sua prodigalidade em aplicar o rótulo dos direitos, seu caráter legalista, seu absolutismo exacerbado, seu hiperindividualismo, sua insularidade e seu silêncio a respeito de responsabilidades pessoais, civis e coletivas (...). Sob essas circunstâncias, o que é preciso não é o abandono, mas a renovação de nossa forte tradição dos direitos.” (Tradução nossa).

direitos e descumprimento de deveres. Seria necessário, portanto, firmar uma nova sorte de diálogos em fóruns públicos com o fito de renovar o discurso político e redefinir as tradições dos atuais sistemas jurídicos e a retórica dos direitos.

A esse respeito, os grandes desafios aos direitos humanos não incluem propriamente um desafio ao discurso dos direitos, vez que este seria um derivativo ou aspecto dispensável do discurso moral moderno; tampouco se pautam na linguagem ou vocabulário em que se expressam as reivindicações sobre o que deveria ou não ser feito aos seres humanos. De forma contundente, os sérios desafios à ideia de direitos humanos se dirigem à efetivação de seu conteúdo ou substância.

Outra indagação relativa à visão de direitos humanos trata do universalismo, relativismo ou pluralismo de suas proposições. Partindo da premissa de que nenhum direito humano é um direito de todo ser humano, vez que não há como garantir o atendimento das reivindicações sobre o que deveria e o que não deveria ser feito a cada ser humano, questiona-se o caráter universal dos direitos humanos por meio do desafio relativista à ideia de direitos humanos.

2.1.2 O desafio relativista à ideia de direitos humanos

Inexistindo argumento secular ou religioso capaz de atender à consideração de que nenhum ser humano seja sagrado, tampouco de que todo ser humano o seja, no máximo, apenas alguns deles seriam sagrados. Como Perry (1998, p. 12) questiona, *“does anyone really take seriously the conviction that every human being is sacred? The sacredness of every human being has been, at best, a merely intellectual affirmation much more often than it has been a truly existential one.”*²⁰ A discussão remonta, assim, ao aspecto fundamental da consideração ou desconsideração da natureza humana e à carga de subjetividade que lhe é peculiar.

Desse modo, uma primeira faceta do desafio relativista à ideia de direitos humanos, também chamado de relativismo antropológico ou posição anti-universalista ou essencialista, se traduz no argumento de que nada é bom ou ruim para todos os seres humanos pelo simples fato de que estes não são iguais em qualquer aspecto que permita generalizações. Ao invés disso, o que é bom ou ruim para um ser humano

²⁰ “Alguém realmente leva a sério a convicção de que todo ser humano é sagrado? A sacralidade de todo ser humano tem sido frequentemente, na melhor das hipóteses, uma afirmação muito mais meramente intelectual do que uma verdade existencial.” (Tradução nossa).

em particular sempre depende de algo relativo a seu contexto ou situação particular, não derivando de uma natureza comum - a natureza humana – por não existirem situações consideradas boas ou ruins para todos os seres humanos.

O segundo aspecto do desafio é conhecido como relativismo epistemológico e parte do entendimento de que as diferentes formas de cultura tendem a ser mais moralmente monistas do que pluralistas, demonstrando ceticismo quanto à possibilidade de superação de eventual discordância transcultural (intercultural e intracultural) quanto ao que é considerado bom ou ruim para todos os seres humanos quando determinadas práticas sociais violam direitos estabelecidos. Quer-se dizer que, em função das variações de crenças de uma cultura para outra quanto ao que seria considerado bom ou ruim para os seres humanos, ter-se-ia uma dificuldade de diálogo produtivo quanto à fixação e compreensão das normas de direitos humanos.

A terceira faceta do desafio relativista à ideia de direitos humanos, dita relativismo cultural, apregoa que as particularidades de cada contexto desempenham um importante papel na determinação do formato que uma ou outra cultura atribui a determinado valor representado por uma provisão de direitos humanos, inclusive na personificação das instituições e normas de direitos humanos. Nas duas primeiras situações, o desafio relativista à ideia de direitos humanos não seria plausível, apenas aparentaria sê-lo, não devendo ser levado a sério.

Tal fato se explica diante das particularidades de cada indivíduo, uma vez que determinado modo de vida considerado bom para um ou mais indivíduos pode não ser bom para todos os seres humanos, permitindo, inclusive, que exista mais de um modo de vida considerado bom. Igualmente, um modo de vida considerado ruim para um ou mais indivíduos pode não ser maléfico para todos, admitindo-se diferentes modos de vida considerados ruins para uns e para outros não, em diferentes graus.

No caso, algo considerado bom para alguns ou mesmo para todos os seres humanos poderia não ser compatível com outros elementos considerados bons para estes, ou para um indivíduo em particular. Consequentemente, uma concepção plausível do que seria bom ou ruim para os seres humanos deveria assumir um caráter pluralista, que mais se aproxima do universalismo do que do relativismo nos casos em que se discute o que deve ser considerado bom para os seres humanos.

Logo, uma versão moderada do pluralismo seria incompatível com as duas primeiras vertentes do desafio relativista à ideia de direitos humanos, mas permitiria considerar não só a plausibilidade, mas a conformidade do relativismo cultural no que

se refere a particularidades na especificação de valores inseridos nos documentos internacionais de direitos humanos. Outrossim, essa mesma versão se mostra consistente com uma perspectiva realista do universalismo, na qual o reconhecimento de direitos humanos serve como uma direção geral a ser seguida.

Já a quarta indagação do desafio relativista à ideia de direitos humanos trata da consideração absoluta e incomensurável destes. Retornando à premissa de que todo ser humano é sagrado, questiona-se se existiria algo que nunca deveria ser feito a nenhum ser humano, assim como se existiriam outros elementos que, acima de qualquer condição, deveriam ser estendidos a todos os seres humanos.

Apesar de existir posição favorável à consideração do caráter absoluto dos direitos e liberdades fundamentais estabelecidos pelo DIDH, caberia aventar sobre a adequação e essencialidade de seu núcleo essencial em contextos particulares da vida em sociedade. Observa-se que alguns dos direitos humanos articulados no espaço global são explícita e apropriadamente condicionais em vez de incondicionais, não podendo ser considerados absolutos em sentido estrito. Mais que isso, algumas de suas reivindicações não são meramente condicionais, mas visivelmente indeterminadas em muitos dos contextos em que estão envolvidas.

Significa dizer que alguém detém um direito sob a condição de que este não entre em conflito com certos valores concorrentes, hipótese em que teria de sofrer limitações ou restrições também indeterminadas. Porém, situação curiosa diz respeito à incomensurabilidade de certos direitos humanos, entendida esta como a impossibilidade de comparar, por meio de um mesmo padrão ou escala de valores, diferentes valores intrínsecos à norma. Impossibilita-se, assim, a mensuração dos benefícios e desvantagens entre alternativas e a identificação de melhores ou piores soluções em cada caso concreto dentro de uma base consequencialista.

Sob outra ótica, o DIDH consideraria determinados direitos humanos incondicionais ou inderrogáveis ainda que nenhum seja considerado absoluto. Na tentativa de reescrever a “teoria ortodoxa dos direitos humanos”, Douzinas (2011) argumenta que: a noção de humanidade não possui um significado estático e não pode atuar como fonte de regras morais ou legais; poder e moralidade, império e cosmopolitismo, soberania e direitos, lei e desejo não são inimigos mortais, mas constituem a ordem estruturante de cada época e sociedade; a ordem pós-1989 combina um sistema econômico que gera desigualdades estruturais e opressão com uma fracassada ideologia que promete dignidade e equidade; ao invés de serem

adversários, universalismo e comunitarismo são tipos de humanismo confrontados pela ontologia de igualdade singular; em sociedades capitalistas, os direitos humanos se tornam estratégias para a publicização e legalização do desejo individual; a virada biopolítica transforma os direitos humanos em ferramentas de controle sob a promessa de liberdade; e em contraposição ao cosmopolitismo do neoliberalismo, o cosmopolitismo dos direitos estabelece o último princípio moderno de justiça.

Assim, os principais elementos formadores de seu conceito - o ser humano, o sujeito, a liberdade, o Direito - permitem concluir ser imprecisa a noção de uma teoria geral dos direitos humanos. Acrescente-se o fato de que o recorrente discurso de governos, ativistas e organizações internacionais de direitos humanos teria importado na perda de sua coerência e universalismo. Em consequência, seu tom de rebeldia e divergência teria sido suplantado pelo discurso de legitimação do Estado.

Não por acaso, questionar os direitos humanos significa ir de encontro a uma espécie de mito realizado desse novo modelo de sociedade, dado o processo que uniu historicamente, mas separou politicamente, o discurso clássico da natureza da prática dos direitos humanos. Isto exigiria a reavaliação de promessas vazias oriundas da herança liberal, devendo-se resistir a sua equalização e conformismo.

2.1.3 Reinvenção dos direitos humanos: do discurso à prática

Subjetivamente, os direitos humanos seriam essencialmente ilimitados por apoiarem-se no discurso humano, não na natureza ou na humanidade, constituindo-se em paradoxos de dissolução de todas as garantias de certeza. Em termos objetivos, apesar de os direitos humanos “construírem” seres humanos, o reconhecimento da “humanidade” não poderia ser garantido a todos, razão pela qual tornar-se mais ou menos humano por meio da distribuição vigiada dos direitos seria o jeito moderno de criar o sujeito como animal social.

Entendendo as continuidades e rupturas entre o direito natural e os direitos humanos, constata-se inescapável traição da utopia, evidenciando a humanidade como um projeto incompleto e incapaz de alcançar seu “estado de graça”, marcado por injustiças e infâmias. Entretanto, ao contrário das utopias clássicas, os direitos humanos representariam a reivindicação da lei à justiça, extraíndo sua força de experiências do passado e das injustiças do presente por meio de um discurso ético.

Na medida em que o pragmatismo proclama o fim da ideologia, da história ou da utopia, os direitos humanos estariam distanciando-se de seus propósitos dissidentes e revolucionários em meio a infindáveis diplomas legais e convenções sociais, proclamando-se o triunfo de uma sociedade monolítica devido à perda de sua finalidade conceitual e da insuficiência de práticas coerentes com sua consecução.

Em consonância com o tom crítico e cético da escola inglesa analítica da linguagem, Villey (2007, p. 21) percebe que o progresso dos direitos humanos “(...) não deixa de implicar negação do positivismo legalista: longe de receber sua autoridade dos textos positivos do Estado, eles se apresentam como inferidos de uma ideia do ‘homem’; as leis atêm-se a ‘declará-los’”, o que demonstra o corriqueiro uso do direito enquanto instrumento da moral. Ressalta-se a tese de Burke, segundo a qual os malefícios dos direitos enunciados na Revolução Francesa deveriam ser evidenciados; de Bentham, que entende tais direitos como contrassensos; e de Marx, para quem os direitos substanciais do homem seriam críticos à sociabilidade.

Sob essa ótica, o discurso dos direitos humanos poderia ser considerado desprovido de significação em virtude de suas Declarações carecerem de um sentido prático. Enquanto produto da filosofia da Escola do Direito Natural, tal discurso veio a se materializar no seio das sociedades modernas por meio da institucionalização de seus preceitos, ou, em outras palavras, de sua positivação, tudo em busca de uma pretensa noção de justiça. Faltar-lhe-ia, portanto, objetividade e poder de persuasão.

Subsiste um ponto de vital importância para a compreensão desse fenômeno: os diferentes conceitos do Direito - do geral ao particular, do objetivo ao subjetivo - emanados de pensadores como Hobbes, Hume, Bentham, Wolff, Rousseau, Kant, Hegel, Durkheim, Weber, dentre outros, não seriam capazes de garantir o alardeado ideal de justiça. Assim, os direitos do homem seriam produto não da teologia judaico-cristã, mas da filosofia moderna, uma obra de “não-juristas” própria do Século XVII fundada na suposição de uma razão universal materializada em um contrato social, sujeitos ao dogma da soberania estatal e a sua debilidade relacional.

A possibilidade de cumprimento das Declarações desses direitos seria ínfima, dada a inconsistência de suas formulações; não passariam de um ideal, projetos de ação política ou modelos de realização da liberdade individual e da igualdade que padeceriam do mal da indeterminação. Seu maior vício seria o de não garantir, sem contradição, a mescla de ideias a respeito do homem e da noção de Direito, vez que este consistiria em relações multilaterais, sendo impossível inferir um termo único:

Homem. Finalmente, cada um dos supostos direitos humanos revelaria a negação de outros, ao tempo em que, praticados separadamente, acabariam por gerar injustiça.

Rodriguez (1991) analisa a questão dos direitos humanos com base na obra de Marx e identifica dificuldades que residem em sua atitude crítica, na falta de uma teoria sobre tais direitos e em sua abordagem ambígua, mas não inconsistente. Marx teria defendido os direitos humanos comuns ao liberalismo por um curto espaço de tempo, passando a adotar uma atitude hostil em relação a estes, considerando-os instrumentos de alienação.

Em seguida, reconheceu sua importância em termos de conquistas do proletariado, mas os reduziu à categoria de meios, não de fins. Posteriormente ao Manifesto Comunista, de 1852, Marx teria dado um valor cada vez maior aos direitos humanos, com o abandono da tese da extinção do Direito e do Estado em prol da noção de superestrutura política, em que pesem os obstáculos conceituais e circunstanciais para uma atitude mais positiva.

Abordando a relação entre direitos humanos e alienação do homem, o Marx “pré-juvenil” adota uma perspectiva radical-liberal e crê, como Hegel, em um Estado defensor das liberdades jurídica, moral e política; trata de temas como liberdade religiosa e de imprensa, matrimônio e divórcio, propriedade e direitos políticos, anteriormente à edição da “Crítica à Filosofia do Direito Público de Hegel”, de 1843. Marx externa sua perda de fé nas possibilidades do Estado, o que mais tarde ensejará suas teses mais duras quanto ao economicismo e ao extincionismo, focando os dilemas entre o Estado (cidadão abstrato) e a sociedade civil (homem burguês).

Em “A questão Judaica”, de 1843, o “jovem” Marx aponta como caminho à superação desses dilemas a emancipação humana obtida por meio do comunismo, não cabendo falar em Estado político ou em direitos humanos, criticando o teor das primeiras Declarações de direitos em obras como “A Sagrada Família”, de 1845. Já em suas obras de “maturidade”, como na “Crítica ao Programa de Gotha”, de 1875, Marx concentra-se não mais no problema da extinção do Estado no âmbito da sociedade comunista, mas sim em quais serão as modificações que esse mesmo estado sofrerá nesse novo modelo de organização social.

No contexto da questão judaica discutida por Bruno Bauer em “A Capacidade dos Atuais Judeus e Cristãos de se Tornarem Livres”, a emancipação política consiste em livrar o indivíduo das amarras da religião antes impregnada no âmbito do próprio Estado. Assim, a emancipação humana exigiria que a questão fosse transferida da

esfera do direito público para o privado, o que não importaria em anular a religiosidade do próprio homem, vez que seria o Estado a emancipar-se da religião, não aquele.

Entretanto, a questão do judaísmo teria de ser discutida na seara do Estado real, não apenas do Estado cristão. Como consequência, o homem deveria renunciar ao privilégio da fé para que pudesse usufruir dos direitos humanos universais sob a forma de direitos do cidadão e do homem, já que o próprio privilégio da fé seria um direito humano universal. Os *droits de l'homme* seriam diferenciados dos *droits du citoyen* e o *homme* diferenciado do *citoyen* seria o membro da sociedade burguesa.

O membro da sociedade burguesa é chamado de “homem” e seus direitos são chamados de “direitos humanos” a partir da relação entre o Estado político e a sociedade dominante, a partir da essência da emancipação política. É nesse sentido que a crítica se torna mais evidente, principalmente em relação aos direitos posteriormente consagrados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão: direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade.

A esse respeito, Marx (2010, p. 49) infere que:

O direito humano à liberdade não se baseia na vinculação do homem com os demais homens, mas, ao contrário, na separação entre um homem e outro. Trata-se do direito a essa separação, o direito do indivíduo limitado, limitado a si mesmo. A aplicação prática do direito humano à liberdade equivale ao direito humano à propriedade privada (...). O direito humano à propriedade privada, portanto, é o direito de desfrutar a seu bel prazer (*à son gré*), sem levar outros em consideração, independentemente da sociedade, de seu patrimônio e dispor sobre ele, é o direito ao proveito próprio (...). Ela faz com que cada homem veja no outro homem, não a realização, mas, ao contrário, a restrição de sua liberdade. Mas, acima de tudo, ela proclama o direito humano, “de jouir et de disposer à son gré de ses biens, de ses revenus, du fruit de son travail et de son industrie” (...). A *égalité*, aqui em seu significado não político, nada mais é que igualdade da *liberte* acima descrita, a saber: que cada homem é visto uniformemente como múnada que repousa em si mesma (...). Portanto, nenhum dos assim chamados direitos humanos transcende o homem egoísta, o homem como membro da sociedade burguesa, a saber, como indivíduo recolhido ao seu interesse privado e ao capricho privado e separado da comunidade. Muito longe de conceberem o homem como um ente genérico, esses direitos deixam transparecer a vida do gênero, a sociedade, antes como uma moldura exterior ao indivíduo, como limitação de sua autonomia original. O único laço que os une é a necessidade natural, a carência e o interesse privado, a conservação de sua propriedade e de sua pessoa egoísta (...). Esse fato se torna ainda mais enigmático quando vemos que a cidadania, a comunidade política, é rebaixada pelos emancipadores à condição de meio para a conservação desses assim chamados direitos humanos e que, portanto, o *citoyen* é declarado como serviçal do *homme* egoísta; quando vemos que a esfera em que o homem se comporta como ente comunitário é inferiorizada em relação àquela em que ele se comporta como ente parcial; quando vemos, por fim, que não o homem como *citoyen*, mas o homem como *bourgeois* é assumido como o homem propriamente dito e verdadeiro.

Como consequência, o homem, membro da sociedade burguesa, passa a ser compreendido como o pressuposto do Estado político que o reconhece como tal por meio dos direitos humanos. Compreendida a emancipação política como redução do homem ao conceito de cidadão, a emancipação humana só poderia ser plenamente realizada caso o homem recuperasse para si o conceito de cidadão abstrato, de ente genérico, além de não separar de si a força social na forma da força política.

A crítica à obra de Marx decorre de um projeto de sociedade que não previu o devido espaço para os direitos humanos. A insuficiência de sua postura em relação aos direitos humanos se deve ao fato de que só os defendeu por razões políticas, não éticas, não enxergando neles questões de princípio, mas de oportunidade. Porém, se tais direitos não poderiam ser eliminados, deveriam desenvolver-se até superar o sistema burguês que os instituiu. Conclui-se que não seria possível construir uma teoria crítica e progressista de direitos humanos sem a influência do marxismo, tampouco fundamentá-la única e exclusivamente nessa linha de pensamento.

Segundo Varela (2012), diferentes atores, públicos e privados contribuem para a expansão de discursos comunicativos que reforçam a estratégia de persuasão dos direitos humanos nos sistemas de direito interno e internacional. Tal ideologia estabeleceria pressões cognitivas e sociais dirigidas ao alcance de *standards* internacionais de proteção, com o aumento do grau cogente de suas determinações e a criação de custos sociais, psicológicos e econômicos da não-conformidade.

Desta feita, seria necessário um elemento externo aos sistemas sociais nacionais capaz de proporcionar certo equilíbrio de poder no âmbito transnacional e de promover lógicas consagradas de direitos humanos que não se limitem à linguagem binária entre lícito e ilícito. Consolidam-se, assim, diversos órgãos e mecanismos de controle enquanto solução incremental.

Também há que se refletir quanto à funcionalidade dos sistemas de direitos humanos enquanto subsistemas do sistema social contemporâneo, tendo em vista o objetivo de concretização de seus postulados normativos. Todavia, com base nas críticas feitas ao conceito de direitos humanos, constata-se que os grandes desafios que se lhe impõem não se limitam à sua linguagem ou vocabulário, tampouco às reivindicações sobre o que deve ou não ser feito à humanidade.

Tais desafios centram-se na consecução de seu conteúdo ou substância e na garantia de respeito aos seus preceitos estruturantes, que não devem se exaurir com a escusa dos Estados e demais organismos que com eles se comprometeram. Há que

se criar mecanismos de interação transnacional que sejam capazes de ampliar seu espectro de ação e de materializar o primado da norma mais favorável aos seus titulares e o respeito à progressividade dos direitos humanos, com a devida cláusula proibitiva de retrocesso surtindo efeito nos sistemas geral e regionais de proteção.

2.2 Sistema Universal de Proteção dos Direitos Humanos

O reconhecimento e proteção dos direitos humanos são assumidos como prioridades da comunidade internacional sob o argumento de que superam os interesses dos entes estatais, atendendo a um “estado de natureza” que não resulta apenas de uma visão antropocêntrica, mas integral a respeito de todas as formas de vida. Trata-se de um novo olhar sobre o Direito, tendo em vista a disposição dos Estados em criar e expandir um *corpus juris* de interesse da comunidade internacional.

Enquanto ramo do Direito Internacional Público, o DIDH não restou alheio a esse processo. No período de pós-guerra, os Estados buscaram dignificar a figura humana por meio de criações normativas, culminando na elaboração de diversas obrigações em matéria de direitos humanos no seio da ONU. Seu marco inaugural consiste na Carta das Nações Unidas, elaborada por representantes de 50 (cinquenta) países presentes à Conferência sobre Organização Internacional realizada em São Francisco entre 25 de abril e 26 de junho de 1945 para reafirmar direitos e liberdades fundamentais e estimular a cooperação entre os povos, conforme preâmbulo e art. 1º:

Preâmbulo. Nós, os povos das nações unidas, resolvemos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano (...) e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos (...), resolvemos conjugar nossos esforços para a consecução desses objetivos.

Artigo 1. Os propósitos das Nações Unidas são: 1. Manter a paz e a segurança internacionais (...) por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional (...); 2. Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal; 3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; 4. Ser um centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução desses objetivos comuns. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945, p. 3).

Esta Carta passou a vigorar em 24 de outubro do mesmo ano, incluindo o Estatuto da CIJ, tendo-se reformado seus artigos 23, 27, 61 e 109 em três ocasiões: 17 de dezembro de 1963, 20 de dezembro de 1965 e 20 de dezembro de 1971. Seus principais órgãos são: Assembleia Geral, Secretariado, CIJ, Conselho de Segurança, Conselho Econômico e Social, Conselho de Tutela e Conselho de Direitos Humanos.

No âmbito interno, a Carta das Nações Unidas foi aprovada pelo Decreto-Lei nº 7.935, de 3 de setembro de 1945: “o presidente da República, nos termos do artigo 180 da Constituição: resolve aprovar a Carta das Nações Unidas, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça.” (BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1945, p. 1). Com o Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945, findou promulgada: “art. 1º. Fica promulgada a Carta das Nações Unidas apensa por cópia ao presente decreto (...).” (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 1945, p. 1).

Na forma da Resolução 217 A (III), a Assembleia Geral da ONU, composta por representantes de diversas regiões do mundo, proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) em Paris, em 10 de dezembro de 1948. Apesar de não consignar mecanismos de controle da aplicabilidade de suas normas, sugerindo uma eficácia limitada, tal documento proclama preambularmente, enquanto norma a ser alcançada por todos os povos e nações, a proteção universal dos direitos humanos em um amplo regime de liberdade, para que todos tenham direito à segurança e à realização de direitos capazes de lhes garantir existência digna:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo (...); considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão (...); considerando que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades humanas fundamentais e a observância desses direitos e liberdades; Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso, agora portanto a Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos direitos humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de (...) promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva (...). (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948, p. 3).

Em 1966, por força da Resolução nº 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral da ONU, foram adotados o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e seus dois Protocolos Opcionais, bem como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e seu Protocolo Opcional. Enquanto o PIDCP prevê que o ser humano usufrua de liberdades públicas e de direitos civis e políticos segundo a autodeterminação dos povos, inclusive quanto ao estatuto político de cada pactuante (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966a), o PIDESC apregoa a promoção dos direitos econômicos, sociais e culturais até o limite dos recursos estatais disponíveis (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966b).

Para Seitenfus e Ventura (1999, p. 131), “a mudança fundamental introduzida pelo sistema de Pactos consiste na possibilidade de eficácia de execução, pois tais documentos se beneficiam de força jurídica convencional”, o que permite a criação de mecanismos de controle mais adequados. No Brasil, a CRFB erigiu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito, devendo suas relações internacionais serem regidas pelo princípio da prevalência dos direitos humanos e não se excluindo direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados ou dos tratados internacionais em que fosse parte.

Apesar disso, questionável foi o lapso entre 1985 e 1991 desde a adesão do Brasil ao regime inaugurado pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) até a aprovação do PIDESC e do PIDCP por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991: “art. 1º São aprovados os textos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (...)” (BRASIL, 1991, p. 1).

Individualmente, o PIDESC foi promulgado pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992: “art. 1º. O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, apenso por cópia ao presente decreto, será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém.” (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 1992a, p. 1). A seu turno, promulgou-se o PIDCP por meio do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992: “art. 1º O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, apenso por cópia ao presente decreto, será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém.” (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 1992b, p. 1).

Segundo o Relatório da Sociedade Civil sobre o cumprimento do PIDESC no país, os principais temas analisados foram: povos indígenas, remanescentes de quilombos e outras minorias; meio ambiente e desenvolvimento sustentável;

discriminação e desigualdades; gênero; situação agrária; desenvolvimento econômico próprio; trabalho e sindicalização; previdência social; descanso e lazer; família; saúde; alimentação; criança e adolescente; educação; cultura; e moradia (BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2000). Já o Relatório Inicial quanto ao cumprimento do PIDCP privilegiou matérias como: autodeterminação dos povos; vida; liberdade de ir e vir; liberdade de pensamento, de consciência, de religião e de expressão; igualdade; proibição da tortura e de penas cruéis; acesso à justiça; garantias às pessoas presas; proibição de prisão por não cumprimento de obrigação contratual; e direitos políticos e de associação (BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES, 1994).

Na sequência, foi proclamada pela Resolução nº 2.542 da Assembleia Geral da ONU a Declaração sobre Progresso e Desenvolvimento Social, estatuidando ações em áreas como assistência e seguridade social, saúde e educação. Seus avanços residem no estabelecimento de metas de desenvolvimento equilibrado, execução de políticas públicas, mobilização da opinião pública, difusão de informação de caráter social, afetação de recursos orçamentários e financeiros e promoção de reformas institucionais. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1969b).

A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento adotada pela Resolução n.º 41/128 da Assembleia Geral da ONU enuncia que o desenvolvimento consiste em um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de todos os indivíduos com base em sua participação ativa na justa distribuição de benefícios. Por conseguinte, a pessoa humana deve figurar como elemento central de políticas desenvolvimentistas interdependentes, detendo o direito alienável de receber as prestações necessárias à preservação de sua dignidade. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1986).

Já a Declaração e Programa de Ação de Viena resultou da II Conferência Internacional de Direitos Humanos. Legitimando a indivisibilidade dos direitos humanos, seus preceitos seriam aplicáveis tanto aos direitos civis e políticos quanto aos direitos econômicos, sociais e culturais, com ênfase nos direitos à solidariedade, à paz e ao desenvolvimento. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1993).

Aprovada na Cimeira do Milênio, a Declaração do Milênio refletiu preocupações de 191 (cento e noventa e um) países no campo do desenvolvimento humano. A resultante Resolução nº 56/150 da Assembleia Geral das Nações Unidas reafirmou a cooperação econômica, social, cultural e humanitária e a promoção do progresso, estatuidando que o direito ao desenvolvimento integra o arcabouço normativo

dos direitos humanos, devendo se desdobrar em ideais de dignidade e justiça social e se materializar em instrumentos de realização individual, busca da felicidade e concretização de projetos de vida. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2000).

A CRFB adota a temática do direito humano ao desenvolvimento em seu art. 1º, inciso III, como princípio fundamental decorrente da dignidade da pessoa humana, estabelecendo, em seus arts. 3º e 170, diretrizes destinadas a garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Consagrando uma economia de livre mercado, mas vinculada a um modelo intervencionista consecutório de direitos sociais, seus arts. 193 e 203 preveem princípios que visam a limitar e a condicionar o processo econômico.

Com base no princípio da universalidade, ela se consubstancia em uma “Carta Internacional dos Direitos Humanos”, pautada nos explicitados diplomas legais e em outros como: Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, de 11 de dezembro de 1948; Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 21 de dezembro de 1965; Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e seu Protocolo Opcional, de 18 de dezembro de 1979; Convenção contra a Tortura e outros Tratos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes e seu Protocolo Facultativo, de 10 de dezembro de 1984; Convenção sobre os Direitos da Criança e seus três Protocolos Facultativos, de 20 de novembro de 1989; e Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Opcional, de 13 de dezembro de 2006.

Após a adesão do Brasil aos principais diplomas de direitos humanos, as atenções se voltaram mais concretamente para as medidas gerais de implementação e a adequação do direito interno às disposições convencionais, problema que persiste até os dias atuais. Em diferentes ocasiões, recomendou-se que providências diversas fossem implementadas no menor prazo possível com o fito de proteger de forma mais eficaz os direitos e garantias consagrados pela comunidade internacional.

Constata-se vasto arcabouço legal dirigido à proteção de direitos e liberdades fundamentais no Sistema Universal de Proteção dos Direitos Humanos (SUPDH). Contudo, como Mendes, Coelho e Branco (2013, p. 763) atestam, “(...) neste, como em muitos domínios, enganam-se os que acreditam - juristas e filósofos - que é possível fazerem-se coisas com palavras”. Sendo as políticas públicas essenciais à realização dos direitos humanos, os poderes instituídos devem transcender a mera

retórica e viabilizar mecanismos de controle capazes de potencializar a efetividade normativa em diversos domínios.

Sendo o princípio da universalidade a pedra angular do DIDH, os Estados devem promover e proteger todos os direitos e liberdades fundamentais independentemente de seus sistemas políticos, econômicos e culturais e considerar a relevância do costume internacional nesse processo, tendo em vista o direito consuetudinário. Note-se a preocupação em expandir os limites da proteção anteriormente conferida a aspectos pontuais quanto ao direito dos refugiados e ao direito humanitário, como proteção de minorias, de habitantes de zonas de conflito e de combatentes feitos prisioneiros em decorrência de conflitos armados. Passou-se, assim, a conferir ampla proteção ao ser humano como tal, cuja unidade conceitual transcende diferenças quanto às distintas formulações comuns ao DIDH.

Destinando-se à realização do potencial civilizatório, os direitos humanos contribuem fundamentalmente para a humanização do Direito Internacional e do próprio Direito Constitucional enquanto *locus* de articulação. Enquanto a obrigação de respeito se traduz na abstenção de interferências quanto ao desfrute dos direitos humanos, a obrigação de proteção exige que os Estados impeçam abusos contra indivíduos ou grupos em condições especiais e a obrigação de realização importa na adoção de medidas positivas para facilitar o desfrute dos direitos humanos.

2.2.1 Tese dos poderes implícitos e criação do direito convencional

No tocante à competência e aos efeitos da personalidade jurídica da ONU perante o direito interno dos Estados, Trindade (2014) defende a prevalência da tese dos poderes implícitos da organização para a realização de seus propósitos. Sustentada a partir de 1949 com o julgamento do Caso das Reparações de Danos pela CIJ, essa tese legitima a extensão de poderes da ONU segundo a *opinio juris* dominante dos Estados-Membros, vide arts. 104 e 105 de sua Carta Constitutiva, entendida como um tratado *sui generis* pautado no princípio institucional do eficaz desempenho de funções e cumprimento de fins primários e secundários:

Artigo 104. A Organização gozará, no território de cada um de seus Membros, da capacidade jurídica necessária ao exercício de suas funções e à realização de seus propósitos.

Artigo 105. 1. A Organização gozará, no território de cada um de seus Membros, dos privilégios e imunidades necessários à realização de seus propósitos. 2. Os representantes dos Membros das Nações Unidas e os funcionários da Organização gozarão, igualmente, dos privilégios e imunidades necessários ao exercício independente de suas funções relacionadas com a Organização. 3. A Assembleia Geral poderá fazer recomendações com o fim de determinar os pormenores da aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste Artigo ou poderá propor aos Membros das Nações Unidas convenções nesse sentido. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945, p. 56).

Considerando tal prática como criadora de normas do direito convencional, sua compreensão contradiz a conservadora corrente da interpretação literal da Carta da ONU, de Grigory Tunkin, que estabelece maior amplitude da organização se comparada à sua antecessora, a Liga das Nações, mas não ultrapassa os limites do consentimento estatal e desconhece o poder derivado de organizações internacionais, desacreditando o desenvolvimento progressivo do direito convencional.

Também a doutrina dos poderes inerentes, de Seyersted, restou superada. Esta diz que a personalidade e as capacidades internacionais da ONU não dependem da interpretação lógico-gramatical ou expansiva de sua Carta Constitutiva, mas do estabelecimento de sua personalidade jurídica pelo simples “fato objetivo de sua existência” enquanto sujeito de direito, tal qual os Estados. Outrossim, há que se reconhecer diferenças substanciais entre os elementos constitutivos e a posição dominante de organizações internacionais e Estados, não sendo possível equipará-los em forma e conteúdo por possuírem personalidades jurídicas distintas.

Outro aspecto relevante se dirige às diferentes posições quanto à cláusula do domínio reservado. Kelsen, Ross, Jiménez de Aréchaga e Waldock advogavam a tese de que esta depende do fato de o Direito Internacional tornar ou não o assunto objeto de regulamentação. Já Lauterpacht, Sperduti e Scelle eram favoráveis à adoção incondicional desse critério para a determinação do domínio reservado. A seu turno, Rolin e Verdross concebiam diferentes esferas de jurisdição ou centros de competências em que determinados temas recairiam ou não sob esse domínio.

Para Boson (2000), a questão é antiga e se dirige à coexistência entre os sistemas jurídicos que ordenam as sociedades nacionais e internacional. Abrangendo as relações normativas e de validade segundo uma distribuição de competências própria, tais relações deverão ser declaradas e reconhecidas quando do conflito entre normas ou interesses de uma determinada ordem jurídica. Porém, o problema centra-

se na extensão de cada norma ou princípio convencional, cuja amplitude só poderá ser verificada em função dos aspectos material, formal, geral e particular.

Nos casos tibetano, argelino, indonésio e sul-africano, a ONU estabeleceu que a interpretação e a aplicação das obrigações dos Estados seriam questões de caráter externo, não interno. Dissociada da genérica reivindicação de autodeterminação, a cláusula de domínio reservado não deveria se prestar a frustrar e anular tratados internacionais ou a impedir o exercício da jurisdição obrigatória da CIJ pelos Estados-Partes nos episódios de violação flagrante de direitos humanos.

Como resultado da atividade de interpretação dos poderes atribuídos por sua Carta Constitutiva, a edição de resoluções permitiu a superação de tensões aparentes entre normas voltadas para o sistema internacional, notadamente de direitos humanos, e normas orientadas para os Estados. Apesar de essa atividade das organizações internacionais não equivaler a *treaty-making*, a interpretação evolutiva da Carta da ONU rejeita a auto interpretação da competência nacional exclusiva, expandindo a jurisdição em detrimento da tese do domínio reservado dos Estados e contribuindo decisivamente para a evolução do direito convencional.

Reconhecendo a capacidade de as organizações internacionais exercerem sua competência normativa não apenas na forma de resoluções, regulamentos e recomendações, mas também celebrando tratados necessários ao exercício de suas funções e à realização de suas missões institucionais, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, concluída em 21 de março de 1986, estatui que: “*article 1. Scope of the present Convention. The present Convention applies to: (a) treaties between one or more States and one or more international organizations, and (b) treaties between international organizations.*”²¹ (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1986, p. 3). Esclareça-se que o Estado brasileiro ainda não ratificou dito instrumento, limitando-se a elaborar em 29 de dezembro de 2015 uma proposta de mensagem presidencial a ser enviada ao Congresso Nacional com essa finalidade.

Nessa linha, a diversidade de meios e identidade de propósito deve seguir acompanhada da capacidade de agir dos órgãos de supervisão e da superação de objeções clássicas ao desenvolvimento do direito convencional segundo a perspectiva

²¹ “Artigo 1º. Âmbito da presente Convenção. A presente Convenção aplica-se: a) a tratados entre um ou mais Estados e uma ou mais organizações internacionais; e b) a tratados entre organizações internacionais.” (Tradução nossa).

transnacional, a exemplo das recorrentes alegações de competência nacional exclusiva ou de domínio reservado dos Estados. Acrescente-se a interpretação evolutiva do DIDH e a construção jurisprudencial convergente emanada dos sistemas universal e regionais de proteção, além da interação hermenêutica exercida nas jurisdições nacionais e internacional, dada sua identidade de propósito.

Trindade (2000, p. 26) explica que, “desvencilhando-se das amarras da doutrina clássica, o primado passou a ser o da norma – de origem internacional ou interna – que melhor protegesse os direitos humanos.” Ou seja, em vez de operarem de modo estanque, os sistemas de direito começaram a influenciar-se de modo recíproco, com base no primado da solidariedade. Restava superada a noção absoluta de soberania, inadequada frente ao novo panorama das relações internacionais.

Estrutura-se, assim, o SUPDH, que estabelece de forma autônoma e independente uma ordem jurídica de proteção de caráter regional, composta pelos seguintes Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos: o interamericano, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA); o europeu, quanto ao Conselho da Europa; e o africano, concernente à União Africana.

2.3 Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos

A OEA remonta à Primeira Conferência Internacional Americana, realizada entre outubro de 1889 e abril de 1890 em Washington, culminando na criação da União Internacional das Repúblicas Americanas. Seus quatro princípios estruturantes (democracia, direitos humanos, segurança e desenvolvimento) são interligados por uma estrutura transversal em termos de inclusividade, diálogo, cooperação, instrumentos de proteção e mecanismos de acompanhamento.

Contudo, a OEA surge como organismo da ONU com a subscrição em Bogotá, em 30 de abril de 1948, da Carta da Organização dos Estados Americanos durante a IX Conferência Internacional Americana. Seus arts. 1 a 3, 18 e 32 erigem diversos fins no campo do potencial humano, a exemplo de solidariedade e cooperação, justiça social, igualdade de oportunidades, distribuição de renda, eliminação da pobreza crítica e participação dos povos nas decisões relativas a seu desenvolvimento:

Artigo 1. Os Estados americanos consagram nesta Carta a organização internacional que vêm desenvolvendo para conseguir uma ordem de paz e de justiça, para promover sua solidariedade, intensificar sua colaboração e

defender sua soberania, sua integridade territorial e sua independência. Dentro das Nações Unidas, a Organização dos Estados Americanos constitui um organismo regional (...).

Artigo 2. Para realizar os princípios em que se baseia e para cumprir com suas obrigações regionais, de acordo com a Carta das Nações Unidas, a Organização dos Estados Americanos estabelece como propósitos essenciais os seguintes: (...) f) promover, por meio da ação cooperativa, seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

Artigo 3. Os Estados americanos reafirmam os seguintes princípios: (...) b) A ordem internacional é constituída essencialmente pelo respeito à personalidade, soberania e independência dos Estados e pelo cumprimento fiel das obrigações emanadas dos tratados e de outras fontes do direito internacional; c) A boa-fé deve reger as relações dos Estados entre si; (...) l) Os Estados americanos proclamam os direitos fundamentais da pessoa humana, sem fazer distinção de raça, nacionalidade, credo ou sexo.

(...)

Artigo 18. O respeito e a observância fiel dos tratados constituem norma para o desenvolvimento das relações pacíficas entre os Estados. Os tratados e acordos internacionais devem ser públicos.

(...)

Artigo 32. A cooperação interamericana para o desenvolvimento integral deve ser contínua e encaminhar-se, de preferência, por meio de organismos multilaterais (...). (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1948a, p. 3).

Os principais órgãos da OEA são: Assembleia Geral; Reuniões de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores; Conselho Permanente; Conselho Interamericano de Desenvolvimento Integral; Comissão Jurídica Interamericana; Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH); Secretaria Geral; Conferências Especializadas; Organismos Especializados, a exemplo de Organização Pan-Americana da Saúde, Instituto Interamericano da Criança, Comissão Interamericana de Mulheres, Instituto Pan-Americano de Geografia e História e Instituto Interamericano de Cooperação para a Agricultura; e Organismos e Dependências Autônomas e Descentralizadas, como Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), Comissão Interamericana de Redução de Desastres Naturais, Centro de Estudos da Justiça das Américas, Tribunal Administrativo, Fundação Pan-Americana de Desenvolvimento, Junta de Auditores Externos, Junta Interamericana de Defesa, Escritório do Inspetor-Geral, Comissão de Seleção de Bolsas para Estudos Acadêmicos e Estudos Técnicos, Comissão Interamericana de Telecomunicações, Comissão Interamericana de Portos, Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas e Comitê Interamericano contra o Terrorismo.

Como exemplo de revitalização ou mesmo de reinvenção de organizações internacionais, Slaughter (2004, p. 160) cita o caso da OEA, aduzindo que:

The OAS fits the definition of a “traditional” international organization: it is based on a treaty and composed of formal delegations from its member-governments headed by ambassadors. Its essence as an organization is the meeting and taking of decisions by these diplomatic delegations as an explicit international, intergovernmental entity charged with the governance of security, prosperity, and development in the region. It traditionally operates quite apart from domestic government officials within member-countries.²²

Uma peculiaridade reside na existência de regimes distintos de proteção dos direitos humanos: o primeiro deles foi inaugurado com a proclamação da Carta da Organização dos Estados Americanos e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADDH), que entraram em vigor em 30 de abril de 1948; o segundo e principal regime de proteção foi fundado em 22 de novembro de 1969 com a CADH ou Pacto de San José da Costa Rica, fruto da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, passando a vigorar em 18 de julho de 1978.

No primeiro regime do Sistema Regional Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIPDH), a Carta da Organização dos Estados Americanos remete a direitos consonantes com a Carta das Nações Unidas, a exemplo de: direitos essenciais do homem; promoção do desenvolvimento econômico, social e cultural na região; proclamação universal de direitos fundamentais da pessoa humana; união de esforços em torno da justiça social internacional e do desenvolvimento dos povos; criação de uma ordem econômica e social justa que permita a plena realização da pessoa humana; e concepção da Comissão IDH como um de seus órgãos.

Este documento foi reformado pelos seguintes expedientes: Protocolo de Buenos Aires, em 27 de fevereiro de 1967, na Terceira Conferência Interamericana Extraordinária; Protocolo de Cartagena das Índias, em 5 de dezembro de 1985, no Décimo Quarto período Extraordinário de Sessões da Assembleia Geral; Protocolo de Washington, em 14 de dezembro de 1992, no Décimo Sexto período Extraordinário

²² “A OEA se encaixa na definição de uma organização internacional ‘tradicional’: baseia-se em um tratado e é composta por delegações formais de seus Estados-membros, encabeçadas por Embaixadores. Sua essência como organização reside no encontro e na tomada de decisões por essas delegações diplomáticas como uma entidade internacional e intergovernamental explicitamente encarregada da governança de segurança, prosperidade e desenvolvimento na região. Ela tradicionalmente opera independentemente de oficiais governamentais dentro dos países membros.” (Tradução nossa).

de Sessões da Assembleia Geral; e Protocolo de Manágua, em 10 de junho de 1993 no Décimo Nono Período Extraordinário de Sessões da Assembleia Geral.

Internamente, essa Carta foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 64, de 7 de dezembro de 1949: “art. 1º. É aprovada a Carta da Organização dos Estados Americanos firmada em Bogotá, República da Colômbia a 30 de abril de 1948, pelo Brasil e outros países.” (BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1949, p. 1). Em seguida, foi promulgada pelo Decreto nº 30.544, de 14 de fevereiro de 1952: “o Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil (...) decreta que a Carta da Organização dos Estados Americanos, apensa por cópia ao presente Decreto, seja executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.” (BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1952, p. 1).

Seitenfus e Ventura (1999) atestam que a Carta das Nações Unidas e a Carta da Organização dos Estados Americanos criaram um direito convencional de proteção dos direitos fundamentais do homem de alcance geral e regional que se transforma em paradigma de uma nova fase do Direito Internacional. Além da generalidade de propósitos, tais Cartas contêm dispositivos que transcendem o domínio reservado dos Estados por estabelecerem parâmetros especiais de ação, ao passo que a competência nacional exclusiva deve se coadunar com seus propósitos, não podendo conflitar com a proteção conferida pelas normas imperativas de direitos humanos.

Como segundo diploma basilar desse regime de proteção, a DADDH também foi aprovada durante a IX Conferência Internacional Americana realizada em Bogotá em 30 de abril de 1948. Seus objetivos primários consistem na instauração e consagração de um amplo sistema de proteção e garantia coletiva de determinadas categorias de direitos e deveres essenciais, como se verifica em sua nota introdutória:

A IX Conferência Internacional Americana, considerando: que os povos americanos dignificaram a pessoa humana e que suas constituições nacionais reconhecem que as instituições jurídicas e políticas, que regem a vida em sociedade, têm como finalidade principal a proteção dos direitos essenciais do homem e a criação de circunstâncias que lhe permitam progredir espiritual e materialmente e alcançar a felicidade; que, em repetidas ocasiões, os Estados americanos reconheceram que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele cidadão de determinado Estado, mas sim do fato dos direitos terem como base os atributos da pessoa humana; que a proteção internacional dos direitos do homem deve ser a orientação principal do direito americano em evolução; que a consagração americana dos direitos essenciais do homem, unida às garantias oferecidas pelo regime interno dos Estados, estabelece o sistema inicial de proteção que os Estados americanos consideram adequado às atuais circunstâncias sociais e jurídicas, não deixando de reconhecer, porém, que deverão

fortalecê-lo cada vez mais no terreno internacional, à medida que essas circunstâncias se tornem mais propícias, resolve adotar a seguinte Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1948b, p. 1).

Previu-se direitos como: vida, liberdade, segurança e integridade da pessoa; igualdade perante a lei; liberdade religiosa e de culto; sigilo de correspondência; liberdade de expressão; proteção da honra, reputação pessoal e vida particular; constituição e proteção da família; proteção à maternidade e à infância; residência e trânsito; inviolabilidade do domicílio; saúde e bem-estar; educação; cultura; trabalho e justa retribuição; descanso e seu aproveitamento; previdência social; reconhecimento da personalidade jurídica e dos direitos civis; justiça; nacionalidade; sufrágio e participação no governo; reunião; associação; propriedade; petição; proteção contra prisão arbitrária; e processo regular. Também foram elencados os seguintes deveres: sociais; para com pais e filhos; de instrução; de sufrágio; de obediência à lei; de servir a coletividade e a nação; de assistência e previdência sociais; de pagar impostos; de trabalho; e de se abster de atividades políticas em países estrangeiros.

Instaurando o segundo regime do DIPDH com ênfase nos direitos e liberdades essenciais do homem, a CADH menciona diretamente a proteção convencional e princípios da DUDH, da Carta da Organização dos Estados Americanos e da DADDH. Determinando aspectos como estrutura, competência e procedimentos da Comissão IDH e da Corte IDH, essa convenção serviu de base para a elaboração de novos contornos quanto ao dever de adoção de disposições de direito interno para efetivar os direitos humanos na região. Vejam-se os propósitos descritos em seu preâmbulo:

Preâmbulo. Os Estados americanos signatários da presente Convenção, reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem; reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos; considerando que esses princípios foram consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem e que foram reafirmados e desenvolvidos em outros instrumentos internacionais, tanto de âmbito mundial como regional; reiterando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos; e considerando que a Terceira Conferência Interamericana

Extraordinária (Buenos Aires, 1967) aprovou a incorporação à própria Carta da Organização de normas mais amplas sobre direitos econômicos, sociais e educacionais e resolveu que uma convenção interamericana sobre direitos humanos determinasse a estrutura, competência e processo dos órgãos encarregados dessa matéria, convieram no seguinte: (...). (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969, p. 1).

A parte I, relativa às obrigações dos Estados e aos direitos protegidos, define tais obrigações e elenca direitos civis e políticos, direitos econômicos, sociais e culturais, discorrendo sobre a suspensão de garantias, interpretação e aplicação de normas e disciplinando a relação entre direitos e deveres; a parte II trata dos meios de proteção, englobando disposições comuns à Comissão IDH e à Corte IDH; por último, a parte III estabelece previsões gerais e transitórias de operacionalização.

Dentre os direitos civis e políticos elencados, merecem realce os seguintes: reconhecimento da personalidade jurídica; vida; integridade pessoal; proibição da escravidão e da servidão; liberdade pessoal; garantias judiciais; legalidade e irretroatividade das leis; indenização por erro judiciário; proteção da honra e da dignidade; liberdade de consciência e de religião; liberdade de pensamento e de expressão; retificação ou resposta; reunião; associação; proteção da família; nome; criança; nacionalidade; propriedade privada; circulação e residência; direitos políticos; igualdade perante a lei; proteção judicial. Além dos direitos civis e políticos, se prevê o desenvolvimento progressivo de direitos econômicos, sociais e culturais.

Segundo Espiell (1982), sua interpretação é determinada por sua natureza de tratado multilateral, cujo fim reside na proteção internacional dos direitos humanos na região. Trata-se de uma concepção centrada na pessoa humana, que há de viver em um Estado Democrático de Direito em que a liberdade emana de sua dignidade e da ideia de justiça, devendo o direito convencional ser interpretado como um sistema de garantias que o ser humano possui *per se*, não por atribuição ou criação política.

Dos 35 (trinta e cinco) países do continente, 25 (vinte e cinco) aderiram à convenção: Barbados, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, El Salvador, Equador, Grenada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Trinidad e Tobago, Uruguai, Venezuela e Brasil, que a aprovou com o Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1992: “art. 1º É aprovado o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José) celebrado em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969,

por ocasião da Conferência especializada Interamericana sobre Direitos Humanos.” (BRASIL. SENADO FEDERAL, 1992, p. 1).

Sua promulgação no país decorreu do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, com reserva quanto ao direito automático de visitas e investigações *in loco* da Comissão IDH: “art. 1º. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (...), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, apensa por cópia ao presente decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém”. (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 1992c, p. 1).

Tendo os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos um caráter subsidiário quanto à jurisdição nacional, ou seja, atuam como *ultima ratio* nos casos em que os Estados deixam de proporcionar a devida proteção, a convenção estabeleceu como órgãos competentes para conhecer de possíveis violações a esses direitos a Comissão IDH, criada em 1959, e a Corte IDH, a partir de 1979.

2.3.1 O papel da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos

A criação da Comissão IDH remete à Carta da Organização dos Estados Americanos, que previu o estabelecimento de sua estrutura, competência e normas de funcionamento em uma convenção interamericana sobre direitos humanos:

Artigo 106. Haverá uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos que terá por principal função promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria. Uma convenção interamericana sobre direitos humanos estabelecerá a estrutura, a competência e as normas de funcionamento da referida Comissão, bem como as dos outros órgãos encarregados de tal matéria. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1948a, p. 29).

O Estatuto da Comissão IDH foi aprovado pela Resolução AG/RES. 447 (IX-O/79), adotada pela Assembleia Geral da OEA durante o IX Período Ordinário de Sessões, realizado em outubro de 1979 na cidade de La Paz, Bolívia. Já seu Regulamento foi aprovado no 137º período ordinário de sessões, realizado de 28 de outubro a 13 de novembro de 2009, tendo sido modificado em 02 de setembro de 2011 e em 02 de setembro de 2011, no 147º período de sessões celebrado entre 08 e 22 de março de 2013, passando a vigorar em 01 de agosto de 2013.

Sua organização, funções, competência e procedimento constam do Capítulo V da CADH, merecendo realce os arts. 41, 43, 46, e 51:

Artigo 41 - A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício de seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições: a) estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América; b) formular recomendações aos governos dos Estados-membros, quando considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos; c) preparar estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções; d) solicitar aos governos dos Estados-membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos; e) atender às consultas que, por meio da Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados-membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que lhes solicitarem; f) atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 desta Convenção; e g) apresentar um relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos.

(...)

Artigo 43 - Os Estados-Partes obrigam-se a proporcionar à Comissão as informações que esta lhes solicitar sobre a maneira pela qual seu direito interno assegura a aplicação efetiva de quaisquer disposições desta Convenção.

(...)

Artigo 46 - Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário: a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos; b) que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; c. que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e d. que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição. 2. As disposições das alíneas a e b do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando: a. não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados; b. não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e c. houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

(...)

Artigo 51 - 1. Se no prazo de três meses, a partir da remessa aos Estados interessados do relatório da Comissão, o assunto não houver sido solucionado ou submetido à decisão da Corte pela Comissão ou pelo Estado interessado, aceitando sua competência, a Comissão poderá emitir, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, sua opinião e conclusões sobre a questão submetida à sua consideração. 2. A Comissão fará as

recomendações pertinentes e fixará um prazo dentro do qual o Estado deve tomar as medidas que lhe competirem para remediar a situação examinada. 3. Transcorrido o prazo fixado, a Comissão decidirá, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, se o Estado tomou ou não medidas adequadas e se publica ou não seu relatório. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969, p. 13).

Via de regra, sua atuação preventiva, inclusive permitindo peticionamentos individuais, respeita o esgotamento dos recursos de jurisdição internas e se materializa em recomendações, relatórios especiais, interações interinstitucionais e mecanismos extraconvencionais de monitoramento e supervisão que permitem derrogar ou modificar normas de direito interno que afetem a realização dos direitos humanos. Dessa forma, a Comissão IDH passou a gozar de uma base convencional expansiva, não apenas promovendo tais direitos, mas controlando e supervisionando seu cumprimento na esfera regional sob diferentes estratégias persuasivas.

Estabelecendo subsidiários e complementares perante as Cortes nacionais em matéria de direitos humanos, a Corte IDH iniciou suas funções com a eleição dos primeiros juízes que viriam a exercer sua jurisdição, o que ocorreu em 22 de maio de 1979, durante o VII Período Extraordinário de Sessões da Assembleia Geral da OEA. Seu primeiro Regulamento foi aprovado no III Período Ordinário de Sessões, celebrado de 30 de junho a 09 de agosto de 1980; o segundo, no XXIII Período Ordinário de Sessões, entre 09 e 18 de janeiro de 1991; o terceiro, no XXXIV Período Ordinário de Sessões, entre 09 e 20 de setembro de 1996; e o quarto, no XLIX Período Ordinário de Sessões, entre 16 e 25 de novembro de 2000, o qual foi reformado no LXI Período Ordinário de Sessões, entre 20 de novembro e 04 de dezembro de 2003, e no LXXXII Período Ordinário de Sessões, entre 19 e 31 de janeiro de 2009.

No direito pátrio, sua competência foi reconhecida pelo Decreto Legislativo nº 89, de 3 de dezembro de 1998: “art. 1º. É aprovada a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos (...).” (BRASIL. SENADO FEDERAL, 1998, p. 1). Já a respectiva promulgação resultou do Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002: “art. 1º. É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (...).” (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2002, p. 1).

Burgorgue-Larsen e Torres (2013) enumeram as seguintes garantias substantivas dos casos submetidos a essa Corte: direito à vida; direito à integridade pessoal; direito à liberdade de pensamento; direito à liberdade de expressão;

desaparecimento forçado; execuções extrajudiciais; direito à verdade; direito à nacionalidade; direitos políticos; direitos econômicos e sociais; direitos das crianças; direitos das mulheres; direitos dos trabalhadores; direitos dos presos; direitos dos povos indígenas; direito ao duplo grau de jurisdição; e direito a um remédio efetivo.

Sua jurisdição contenciosa permite conhecer qualquer situação relativa à interpretação e à aplicação da CADH, uma vez esgotados os recursos internos cabíveis. É o que se constata nos *Casos Fairén Garbí e Solís Corrales vs. Honduras*, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* e *Godínez Cruz vs. Honduras*, nessa ordem:

90. La regla del previo agotamiento de los recursos internos en la esfera del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tiene ciertas implicaciones que están presentes en la Convención. En efecto, según ella, los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (art. 1). Por eso, cuando se invocan ciertas excepciones a la regla de no agotamiento de los recursos internos, como son la ineffectividad de tales recursos o la inexistencia del debido proceso legal, no sólo se está alegando que el agraviado no está obligado a interponer tales recursos, sino que indirectamente se está imputando al Estado involucrado una nueva violación a las obligaciones contraídas por la Convención. En tales circunstancias la cuestión de los recursos internos se aproxima sensiblemente a la materia de fondo.²³ (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1987, p. 37).

(...)

61. La regla del previo agotamiento de los recursos internos permite al Estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser ésta "coadyuvante o complementaria" de la interna (Convención Americana, Preámbulo).²⁴ (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1988, p. 20).

²³ "90. A regra do prévio esgotamento dos recursos internos na esfera do Direito Internacional dos Direitos Humanos tem certas implicações que estão presentes na Convenção. Com efeito, segundo ela, os Estados-Partes se obrigam a fornecer recursos judiciais efetivos às vítimas de violações de direitos humanos (art. 25), recursos que devem ser fundamentados de acordo com as regras do devido processo legal (art. 8.1), tudo dentro da obrigação geral a cargo dos mesmos Estados, de garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos pela Convenção a toda pessoa que se encontre sob sua jurisdição (art. 1). Por isso, quando se invocam certas exceções à regra de não esgotamento dos recursos internos, como é o caso da ineffectividade de tais recursos ou a inexistência do devido processo legal, não só se está alegando que o lesado não é obrigado a interpor tais recursos, mas indiretamente se está imputando ao Estado envolvido uma nova violação das obrigações contraídas pela Convenção. Em tais circunstâncias a questão dos recursos internos se aproxima sensivelmente da matéria de mérito." (Tradução nossa).

²⁴ "61. A regra do prévio esgotamento dos recursos internos permite ao Estado resolver o problema segundo seu direito interno antes de ver-se confrontado por um processo internacional, o qual é especialmente válido na jurisdição internacional dos direitos humanos por ser esta 'coadjuvante ou complementar' da interna." (Tradução nossa).

61. (...) el agotamiento de los procedimientos dispuestos por los artículos 48 al 50 de la Convención es un requisito para someter un asunto a la Corte que tiene por objeto la búsqueda de una solución satisfactoria del caso, que sea aceptada por las partes, antes de acudir a la instancia jurisdiccional. De este modo, para que un caso pueda ser introducido a la Corte y ser decidido por ella en términos que no requieren la aceptación de las partes, se ofrece a éstas la posibilidad de adoptar las disposiciones necesarias para solucionar la situación planteada, dentro del respeto debido a los derechos humanos reconocidos por la Convención.²⁵ (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1989, p. 21).

Em outros termos, só é possível acessar o plano regional de proteção quando não se encontrem remédios apropriados dentro do próprio Estado, seja porque já se intentaram todas as vias administrativas e judiciais possíveis, seja porque estas foram consideradas inexistentes ou insuficientes para oferecer tutela efetiva aos direitos reclamados. Consolida-se, assim, o caráter subsidiário e complementar da jurisdição internacional de direitos humanos quanto ao direito interno dos Estados-Membros submetidos ao regime convencional e à jurisdição da Corte IDH.

Enquanto órgão descentralizado e autônomo, a Corte IDH conhece violações de direitos humanos em casos concretos, dita medidas provisionais e supervisiona seu cumprimento, exercendo função consultiva e terminativa sobre a compatibilidade entre normas de direito interno e o direito convencional vigente no SIPDH. Sua organização, competência, funções e processos constam do Capítulo VIII da CADH, destacando-se os arts. 61 a 64, 67 e 68, subscritos na sequência:

Artigo 61 - 1. Somente os Estados-Partes e a Comissão têm direito de submeter um caso à decisão da Corte. 2. Para que a Corte possa conhecer de qualquer caso, é necessário que sejam esgotados os processos previstos nos artigos 48 a 50.

Artigo 62 - (...) 3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso, relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção, que lhe seja submetido, desde que os Estados-Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como preveem os incisos anteriores, seja por convenção especial.

Artigo 63 - 1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou

²⁵ “61. O esgotamento dos procedimentos dispostos pelos artigos 48 e 50 da Convenção é um requisito para submeter um tema à Corte que tem por objeto a busca de uma solução satisfatória do caso que seja aceita pelas partes antes de recorrerem à instância jurisdiccional. Desse modo, para que um caso possa ser apresentado à Corte e ser decidido por ela em termos que não requerem a aceitação das partes, se oferece a estas a possibilidade de adotar as disposições necessárias para solucionar a situação em causa, dentro do respeito devido aos direitos humanos reconhecidos pela Convenção.” (Tradução nossa).

situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada. 2. Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão.

Artigo 64 - 1. Os Estados-membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires. 2. A Corte, a pedido de um Estado-membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

(...)

Artigo 67 - A sentença da Corte será definitiva e inapelável. Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, a Corte interpretá-la-á, a pedido de qualquer das partes, desde que o pedido seja apresentado dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença.

Artigo 68 - 1. Os Estados-Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes (...). (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969, p. 19).

A jurisprudência resultante de sua atividade interpretativa configura a principal fonte de materialização da convenção e de outros instrumentos correlatos. Nos primeiros anos de funcionamento, a Corte IDH se pronunciou principalmente sobre desaparecimento forçado de pessoas, passando a abarcar temáticas diversificadas, a exemplo de execução extrajudicial, genocídio, tortura, integridade e liberdade pessoal, leis de anistia, jurisdição militar, devido processo legal e garantias judiciais, pena de morte, liberdade de expressão, liberdade sexual, gênero, migrações, reprodução assistida, infância e juventude e povos indígenas.

Concomitantemente, o impulso dado por representantes das vítimas junto à Comissão IDH e o encaminhamento de casos contenciosos resultante desconcentraram os julgamentos pautados em direitos civis e políticos, passando a abranger estratégias orientadas à judicialização indireta de direitos econômicos, sociais e culturais, com a expansão da produção de sentenças na forma de restituição, indenização, reabilitação e satisfação enquanto garantias de não repetição. No que tange a essas modalidades de reparação, Lazarte (2013, p. 265) informa o seguinte:

La restitución: se trata de aquellas medidas que buscan restablecer, en la medida de lo posible, la situación de la víctima antes de la conculcación del derecho; la indemnización: define a aquellas medidas que buscan cuantificar

el daño económico por todos los perjuicios económicamente evaluables. Son ejemplo de tales daños el daño físico o mental, la pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales, los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cessante, los perjuicios Morales, los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales; la rehabilitación: se entiende por este concepto a aquellas medidas que buscan brindar cuidado médico, psicológico y social, así como servicios legales y sociales; la satisfacción: se entiende por este concepto aquellas medidas orientadas a compensar el detrimento de bienes no patrimoniales. En sentido más estricto, son medidas orientadas al prestigio de las víctimas y la comunidad.²⁶

Contudo, esse enfoque ainda cobra novas matizes devido a violações de direitos humanos que escondem processos sociais de fundo, como é o caso de cenários pós-conflito ou de populações historicamente marginalizadas, cabendo questionar se a sentença reparatória fixada cumpre o requisito de proporcionalidade segundo a gravidade do dano imputado às vítimas e aos seus familiares.

Com o fito de fortalecer os direitos humanos na esfera doméstica, os Estados que aderem à CADH e reconhecem a competência da Corte IDH nos termos de seu art. 2º se obrigam a incorporar o desenvolvimento jurisprudencial resultante, dado seu caráter *erga omnes* e os princípios do livre consentimento, *bona fides* e *pacta sunt servanda*: “(...) os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969, p. 2).

É o que reafirmou a Corte IDH nos *Casos Genie Lacayo vs. Nicaragua* e *Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, respectivamente:

91. En relación con el incumplimiento por parte del Gobierno del artículo 2 de la Convención Americana por la aplicación de los decretos n.ºs. 591 y 600, esta Corte manifestó que la jurisdicción militar no viola per se la Convención (...) y con respecto a la alegada aplicación de algunas de las disposiciones de dichos decretos que pudieren ser contrarias a la Convención, ya se determinó que en el presente caso no fueron aplicadas (...). En consecuencia, la Corte no emite pronunciamiento sobre la compatibilidad de estos artículos con la Convención ya que proceder en otra forma constituiría

²⁶ “Restituição: trata-se das medidas que buscam restabelecer, na medida do possível, a situação da vítima antes da violação do direito; indenização: define as medidas que buscam quantificar o dano econômico por todos os prejuízos economicamente valoráveis. São exemplos de tais danos o dano físico e mental, a perda de oportunidades, os danos materiais e as perdas de rendimentos, incluído o lucro cessante, os prejuízos morais, os gastos de assistência jurídica ou de peritos, medicamentos e serviços médicos e serviços psicológicos e sociais; reabilitação: entende-se por este conceito as medidas que visam a prestar assistência médica, psicológica e social, bem como serviços legais e sociais; satisfação: entende-se por este conceito as medidas orientadas a compensar o detrimento de bens não-patrimoniais. No sentido mais estrito, são medidas orientadas ao prestígio das vítimas e da comunidade.” (Tradução nossa).

un análisis en abstracto y fuera de las funciones de esta Corte.²⁷ (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1997, p. 33).

(...)

142. En consecuencia, la inexistencia de normas y prácticas claras sobre la vigencia plena de garantías judiciales en la remoción de jueces provisorios y temporales, por sus consecuencias específicas en el caso concreto, generan una afectación al deber de adoptar medidas idóneas y efectivas para garantizar la independencia judicial, lo cual genera un incumplimiento del artículo 2, en relación con los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana.²⁸ (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2011, p. 82).

Essa tarefa prospectiva quanto ao teor dos direitos humanos compreende os TIDH como “instrumentos vivos”, cuja interpretação deve acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida atuais. Como ponto de partida, Dulitzky (2015, p. 76) diz que “*a truly judicial dialogue would require the Court to read and discuss national courts’ jurisprudence, in open-minded-yet-critical fashion (...). It reflects the idea that social change will come from local actors closer to local realities.*”²⁹

O processo de recepção das normas emanadas do DIDH se traduz em reformas legislativas transcendentais nos Estados, que criam diversas cláusulas constitucionais para receber o influxo do Direito Internacional. São exemplos o reconhecimento de aspectos como hierarquia constitucional ou supralegal dos TIDH, especificidade das normas definidoras de direitos e liberdades fundamentais, aplicação dos princípios *pro homine* e *favor libertatis* como critérios hermenêuticos e a incorporação de cláusulas abertas conforme a normatividade convencional.

Sob o aspecto da evolução do direito convencional, Boson (2000, p. 119) leciona que “os povos americanos não formulado, generalizado ou modificado certos princípios, alguns dos quais se sobrepõem à mentalidade do velho mundo (...).”

²⁷ “91. Com relação ao descumprimento por parte do governo do artigo 2º da Convenção Americana decorrente da aplicação dos decretos nºs. 591 e 600, esta Corte manifestou que a jurisdição militar não viola por si só a Convenção (...). E com respeito à alegada aplicação de algumas das disposições desses decretos que poderiam ser contrárias à Convenção, já se determinou que no presente caso não foram aplicadas (...). Em consequência, a Corte não emite pronunciamento sobre a compatibilidade desses artigos com a Convenção já que proceder de outra forma constituiria uma análise em abstrato e fora das funções dessa Corte.” (Tradução nossa).

²⁸ “142. Consequentemente, a inexistência de normas práticas claras sobre a vigência plena de garantias judiciais na remoção de juízes provisórios e temporários, por suas consequências específicas no caso concreto, geram uma afetação ao dever de adotar medidas idóneas e efetivas para garantir a independência judicial, o que gera o descumprimento do artigo 2º, em relação com os artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana.” (Tradução nossa).

²⁹ “Um verdadeiro diálogo judicial exigiria que o Tribunal lesse e discutisse a jurisprudência dos tribunais nacionais de um modo aberto, mas também crítico (...). Isso reflete a ideia de que a mudança social virá dos atores locais, mais próximos das realidades locais.” (Tradução nossa).

Somados às novas doutrinas, tais regras e princípios constituem um “Direito Internacional Americano”, cujas disposições devem prevalecer quando confrontadas pela normativa estatal, ainda que não lhe tenham prestado adesão, dado o peso político de seus propósitos e o valor jurídico de seus princípios fundamentais.

Todavia, diversos sistemas de direito interno carecem do reconhecimento da aplicabilidade direta e da eficácia imediata das normas interamericanas de teor humanístico que impõem prestações propositivas por parte de seus poderes instituídos. Harmonizar esse arcabouço normativo com tais preceitos, incluídas as decisões prolatadas em diferentes graus de jurisdição, se mostra tarefa precípua a ser desenvolvida pelos agentes estatais por meio de controle prévio e de caráter proativo, independentemente de condenação na esfera internacional.

Em virtude de insuficiências dos ordenamentos jurídicos nacionais, muitos casos de violações de direitos humanos têm encontrado guarida no concurso das instâncias internacionais de proteção. É o caso das decisões da Corte IDH, que impactam diretamente na dinâmica dos órgãos de administração de justiça estatais, não apenas em relação aos Estados demandados em um caso particular, mas também quanto aos demais que participantes desse sistema regional de proteção.

A Corte IDH deve se posicionar como receptora dos pronunciamentos das Cortes nacionais sobre a interpretação das normas do SIPDH. Nesse sentido, têm sido empreendidas tentativas de conversação direta e, muitas vezes, multilateral, perante as Cortes Supremas dos Estados, inferindo que ações que priorizam o diálogo interjurisdicional se revelam mais adequadas à proteção e promoção dos direitos humanos, devendo-se conceber a lide como *ultima ratio* nessa esfera.

Do labor dessa Corte deriva o desenvolvimento progressivo do diálogo multidisciplinar estabelecido junto a Cortes regionais e constitucionais. Para Huneeus (2011, p. 494), “*international human rights courts need to directly engage national justice systems, cultivating them into compliant partners. This argument is relevant not only to the Inter-American Court, but to courts with jurisdiction over human rights across the globe.*”³⁰ Sendo as políticas judiciárias vitais para o desempenho dos regimes de proteção dos direitos humanos, inclusive em termos de elaboração de

³⁰ “Os tribunais internacionais de direitos humanos precisam envolver diretamente os sistemas de justiça nacionais, cultivando-os em parceiros compatíveis. Este argumento é relevante não só para a Corte Interamericana, mas para os tribunais com jurisdição sobre os direitos humanos em todo o mundo.” (Tradução nossa).

estratégias para aumentar sua eficácia, seria necessário abrir a “caixa preta” dos sistemas de justiça nacionais e examinar seus motivos e configurações institucionais para alcançar maior *compliance* nos diversos níveis de poder governamental.

No âmbito inter-regional, a abertura demonstrada pela Corte IDH para o firmamento de argumentação comparada é viabilizada por uma relação institucional fluida e multidirecional especialmente quanto ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) e à Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (CADHP), além da CIJ. Manifestada na forma de um diálogo entre Cortes, essa retroalimentação pode desenvolver novas formas de proteção dos direitos humanos e consolidá-los na esfera de cada sistema regional e, especificamente, nos sistemas de direito interno.

Entretanto, Varella (2012, p. 209) entende que “a Corte Interamericana de Direitos Humanos parece ainda testar seus limites e a capacidade dos Estados de absorver suas decisões”, o que nesse particular remete à experiência proporcionada por sua congênere europeia, considerando que o TEDH em determinados momentos avançou a passos largos na atribuição de conteúdos a categorias jurídicas dos tratados europeus, mas recuou em vários outros, respeitando a diversidade local.

Constata-se considerável relutância por parte de muitos dos Estados-membros da OEA no que diz respeito ao cumprimento de determinações emanadas da Comissão IDH e da Corte IDH, cabendo aperfeiçoar e ampliar o papel desempenhado pelos membros de suas redes de informação, apoio e harmonização. Cabe interrogar se as redes transgovernamentais teriam o condão de se constituírem em mecanismos autoconscientes e fortalecidos de governança global.

Desse modo, o método comparado e o diálogo entre instâncias judiciais multiníveis se constituem em instrumentos essenciais ao desenvolvimento e à interpretação evolutiva dos direitos humanos sob uma perspectiva comum à transjuridicidade. Nesse particular, a Corte IDH frequentemente faz menção à jurisprudência do TEDH ao interpretar o significado de alguns dos direitos e liberdades fundamentais garantidos internacionalmente.

É o caso das múltiplas referências ao Tribunal de Estrasburgo em sentenças relativas a direito de reunião, liberdade de associação e princípio de igualdade. Mas essa influência é recíproca, vez que o TEDH também tem incorporado em seus pronunciamentos os padrões interpretativos da Corte IDH no que tange à aplicação da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades

Fundamentais (CEDH) em casos de desaparecimentos forçados, violência doméstica, aplicabilidade do princípio *non bis in idem* e obrigatoriedade de medidas provisionais.

Apesar das distintas realidades histórica, política e econômica dos continentes em que operam essas organizações, a similitude de propósito de seus tratados fundacionais explica em grande medida o uso da argumentação comparada e da citação recíproca entre estas Cortes com o objetivo de superar de problemas comuns no campo da proteção e promoção dos direitos humanos.

Huneeus (2011, p. 501) ainda informa que “*the Inter-American Court has been celebrated for developing a uniquely ‘activist’ remedial regime – in all its recent rulings, it orders extensive and detailed equitable remedies alongside compensation.*”³¹ Enquanto o TEDH costuma se limitar a estabelecer compensações monetárias a título de remédio legal contra violações da CEDH, a Corte IDH regularmente publica longas listas de ações que o Estado deve tomar para reparar infrações à CADH e preveni-las, submetendo seu cumprimento à supervisão de seus órgãos de controle em prazo razoável, sob pena de configuração de novo ilícito internacional.

O SIPDH demanda, assim, um relacionamento singular perante os órgãos de administração de justiça nacionais: se por um lado as medidas cautelares têm o potencial de adjudicar os diversos atores envolvidos ao centro da agenda de direitos humanos, tornando-os importantes interlocutores no espaço transnacional, por outro se consubstancia um regime dual de remédios equitativos e de supervisão contínua do cumprimento do direito e da jurisprudência convencional.

Estabelecidos os fundamentos desse sistema regional, cabe abordar os diversos métodos de interpretação do direito e da jurisprudência convencional em matéria de direitos humanos no espaço interamericano, quais sejam: interpretação extensiva; interpretação inovadora; interpretação corretiva; interpretação receptiva; interpretação neutralizadora; e interpretação discordante.

2.3.2 Métodos de interpretação do *corpus juris* interamericano

A interpretação extensiva se reflete na conduta do juiz ou tribunal que amplia o campo de incidência ou de proteção da normativa internacional de direitos humanos,

³¹ “A Corte Interamericana tem sido celebrada por desenvolver um regime ‘ativista’ único de reparações – em todas as suas decisões recentes, que ordena extensivos e detalhados remédios equitativos ao lado da compensação.” (Tradução nossa).

referindo-se ao intercâmbio bilateral ou multilateral mediante o qual um ou mais órgãos jurisdicionais perpassam a proteção conferida pela CADH e sua exegese pela Corte IDH, fiel ao princípio *pro homine* ou *favor persona* enquanto esforço comum.

No campo da interpretação inovadora, forma-se um diálogo ascendente em que o juiz ou tribunal interpreta a normativa internacional sem que a Corte IDH tenha emitido qualquer pronunciamento a respeito dessa convenção. O enfrentamento dessas questões resultará na criação de uma solução jurisprudencial inédita, uma via de diálogo que deverá obedecer aos preceitos de progressividade e máxima proteção dos direitos humanos até que a matéria seja analisada por aquele órgão do SIPDH.

A emancipação interpretativa dos órgãos jurisdicionais nacionais chegaria a sua máxima expressão com a superação de eventual silêncio da Corte IDH e a realização de uma interpretação convencional pautada no DIDH. Dessa forma, tais órgãos seriam capazes de outorgar um alcance mais amplo aos atributos de um direito ou liberdade fundamental ou determinar com maior precisão os limites de eventuais restrições. Esse diálogo potencial se tornará efetivo na medida em que a Corte IDH conhecer da *ratio decidendi* dos juízes e tribunais nacionais, aprovando-as ou não.

Quanto à interpretação corretiva, os órgãos jurisdicionais estatais arcam com as consequências de uma eventual condenação do Estado-Parte junto à Corte IDH, assumindo uma interpretação conforme quanto ao direito convencional vigente na região, o que acarretará severa mudança em sua jurisprudência. Nos casos em que a Corte IDH tenha elaborado uma linha interpretativa clara da normativa convencional em matérias objeto de litígio, juízes e tribunais nacionais devem se conformar aos seus termos quando do estudo do direito aplicável em um caso concreto que verse sobre a mesma temática, adequando-se à jurisprudência convencional.

Objetiva-se o respeito aos citados princípios *pro homine* ou *favor persona* quando da prolação de sentenças que versem sobre direitos e liberdades fundamentais contidos no *corpus juris* interamericano. Desse modo, serão conservados os argumentos de prestígio e os deveres jurisdicionais dos países comprometidos com os objetivos do SIPH, combatendo a desnecessária proliferação de matérias de repercussão em casos submetidos à Corte IDH.

Já a interpretação receptiva corresponde à conformação da normativa nacional ao teor das decisões prolatadas pela Corte IDH e demais expedientes que servem de orientação para a determinação do direito aplicável em matéria de direitos humanos. Cientes de que não devem esperar eventual condenação perante a Corte

IDH, juízes e tribunais nacionais devem atuar de modo proativo, complementando ou aplicando preferencialmente o direito convencional vigente, apontando as situações de inconveniência e estabelecendo padrões interpretativos compatíveis com os princípios de progressividade, proporcionalidade e razoabilidade.

Alcalá (2012) acrescenta que tal abordagem torna todos os juízes e tribunais nacionais, sejam ordinários ou especiais, em guardiães e garantidores dos direitos humanos. Atuando nos procedimentos judiciais de sua competência, devem exercer o controle de convencionalidade e aplicar os atributos e garantias dos direitos e liberdades fundamentais assegurados convencionalmente sobre as normas de direito interno que infrinjam, contradigam ou reduzam o padrão mínimo de proteção firmado.

A interpretação neutralizadora corresponde à estratégia estatal de se evadir ou evitar a produção de efeitos das normas comuns ao *corpus juris* interamericano em sede de direito interno, incluídas as decisões emanadas da Corte IDH e demais recomendações atinentes ao regime de proteção convencional. Dessa forma, cria-se uma interpretação prevalente do direito interno, comumente sob os auspícios do dogma da soberania estatal ou da não intervenção, como se a assunção voluntária de direitos e deveres no plano regional pudesse ser readequada ao bel prazer dos interesses nacionais, em uma espécie de mutação da incidência normativa. Seu escopo consiste em validar atos relativos ao direito convencional segundo uma margem de apreciação exclusiva ou preferente dos juízes e tribunais nacionais, neutralizando o padrão mínimo ou a proteção equivalente de direitos humanos.

Dubois (2007) alega que essa forma de interpretação tem o intuito de esconder a reivindicação ilegítima de uma margem de apreciação alternativa, que se sobrepõe à normativa internacional em uma espécie de manobra, permitindo aos órgãos jurisdicionais nacionais furtarem-se de conferir primazia às normas de direitos humanos e à jurisprudência convencional. Não se trata de permitir uma interpretação extensiva ou inovadora do *corpus juris* interamericano, mas de restringir os efeitos da interpretação autêntica e final levada a cabo pela Corte IDH, em expressa desobediência aos princípios *pacta sunt servanda* e *bona fides*.

Por fim, a interpretação francamente discordante se concretiza na medida em que o Estado não lança mão dos expedientes descritos na interpretação neutralizadora, limitando-se a manifestar sua discordância quanto ao alcance da interpretação dada pela Corte IDH em determinado caso submetido à sua jurisdição. Em uma forma de diálogo ascendente, o juiz ou tribunal ordinário ou constitucional

manifesta, em sentença prolatada em caso semelhante, as razões por que discorda do posicionamento firmado anteriormente pela Corte IDH.

A discussão pode gravitar em torno da interpretação supostamente incorreta entre normas de direito interno relacionadas com as normas convencionais, além da desconsideração de ponderações pertinentes a outros direitos ou garantias. A Corte regional poderá reexaminar a questão em decisões futuras, concretizando um diálogo franco e leal entre as partes, cientes os Estados-Partes do SIPDH de que suas decisões produzem efeitos plenos enquanto a jurisprudência convencional não for alterada, vinculando-os formal e materialmente desde sua prolação.

Com a resolução do possível desacordo de interpretação e a consequente aplicação da norma convencional, a Corte IDH encerra o diálogo com os órgãos jurisdicionais nacionais que o provocaram por meio de suas sentenças vinculantes. Isso gera para o Estado em questão e para todos os Estados-Partes do SIPDH a continuidade da obrigação de resultado em termos de concretização dos direitos humanos, sob pena de nova responsabilização perante a comunidade internacional.

Mais plausível parece ser a forma de resolução do diálogo interjurisdicional em que esses mesmos órgãos nacionais decidem modificar a norma jurídica interna no sentido de adequá-la ao padrão mínimo de proteção exigido pelo direito convencional. Assim, os Estados-Partes atuam por meio de seus poderes instituídos para derrogar ou anular uma disposição considerada inconveniente pela Corte IDH, vez que a aplicação preferente da norma convencional deve respeitar os princípios *pro homine* ou *favor persona* para se adequar ao *corpus juris* interamericano.

Nesse sentido, Contesse (2013, p. 1) defende que:

This conversation has two objectives: on one hand, it accepts the Court's power to guide interpretations concerning the fundamental rights of the countries comprising the regional system while giving a special place to interpretations regarding rights that the States themselves make which urge the Court to follow specified guidelines. On the other hand, it emphasizes the domestication of international standards and obligations through processes of national deliberation continued by organs of the regional protection of rights and local institutions. For these reasons I sustain that democratic deference is given more respect when the States are given regional rights within the bounds established by international human rights laws.³²

³² “Essa conversa tem dois objetivos: por um lado, aceita-se o poder da Corte para orientar interpretações relativas a direitos fundamentais dos países componentes do sistema regional, enquanto se dá um lugar especial a interpretações relativas aos direitos que os próprios estados criam e que instam a Corte a seguir diretrizes específicas. Por outro lado, enfatiza a internalização doméstica de normas e obrigações internacionais por meio de contínuos processos de deliberação nacional de órgãos de proteção regional de direitos e de instituições locais.” (Tradução nossa).

Portanto, é a partir dos órgãos jurisdicionais estatais que a Corte IDH tem a oportunidade de desenvolver a interpretação evolutiva dos direitos e garantias comuns ao regime convencional. A efetividade das decisões a ele concernentes repousa na vontade cooperadora dos juízes nacionais e no combate ao silêncio e à lentidão, cabendo reconhecer e aplicar os argumentos emanados da Corte IDH necessários à plena efetivação de direitos e liberdades fundamentais em sede de direito interno.

Como desafio à consolidação de um *jus commune* interamericano, Piovesan (2013) entende que se deve: promover a ampla ratificação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos da ONU e da OEA; fortalecer a incorporação dos tratados de direitos humanos em um *status* privilegiado na ordem jurídica brasileira; fomentar uma cultura jurídica orientada pelo controle de convencionalidade; incentivar programas de capacitação para que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário apliquem os parâmetros protetivos internacionais em matéria de direitos humanos; dinamizar o diálogo entre os sistemas regionais, objetivando seu fortalecimento; aprimorar os mecanismos de implementação das decisões internacionais no âmbito interno; e dinamizar o diálogo horizontal entre as jurisdições constitucionais.

Os órgãos jurisdicionais nacionais e internacionais devem entender e aplicar as normas convencionais da forma mais idônea para facilitar a solução de conflitos e outorgar proteção judicial efetiva e garantias ao direito de jurisdição, o que inclui as abordagens comuns ao fenômeno da transjuridicidade. Isso se coaduna aos princípios *iuri novit curia*, *pro actione* e *effet utile*, que apregoam a presunção de conhecimento do direito aplicável, a superação de formalismos desnecessários e a preservação do efeito útil das disposições legais para que não se configure denegação de justiça.

Há que se enfatizar o papel prospectivo da Comissão IDH e da Corte IDH quanto à consolidação do *corpus juris* interamericano em termos de *rule of law*, ou seja, de medidas mais adequadas à sua efetividade, para além de manifestações de comprometimento político e social. Igualmente, cabe considerar a constante expansão e enriquecimento do conteúdo dos direitos humanos, o enriquecimento conceitual de suas normas e, em especial, a progressividade dos mecanismos dirigidos à sua proteção tanto a nível regional quanto global, em suas diferentes acepções.

3 O FENÔMENO DA TRANSJURIDICIDADE

Considerando o surgimento de ordens jurídicas internacionais, transnacionais e supranacionais que fogem às tradicionais regras do Direito Internacional Público ao criar uma semântica própria, dependente de uma racionalidade transversal mais abrangente, ganham relevância os aspectos de internacionalização do Direito Constitucional, constitucionalização do Direito Internacional, constitucionalismo no plano regional e global e o caráter de supranacionalidade.

Essa complexa forma de internacionalização do Direito não se limitaria à tradicional lógica de ratificação de tratados, consolidação de costumes ou ampliação dos sistemas de recepção normativa. Por meio de processos comunicativos dotados de maior autonomia, haveria uma reestruturação na teoria das fontes do Direito Internacional e a construção de conjuntos normativos similares em decorrência do diálogo entre atores nacionais, estrangeiros e transnacionais, da aproximação de conceitos jurídicos devido à multiplicação de normas similares e ao maior contato entre os operadores jurídicos e da ampliação das congruências da visão de justiça.

3.1 Transnacionalidade

A expressão “transnacionalidade” pode ser considerada muitas vezes ambígua sob o ponto de vista semântico, já que se refere, de maneira abrangente, a ordens, instituições e problemas transnacionais em sentido estrito e em caráter amplo. O núcleo básico deste conceito consiste em dimensões que ultrapassam as fronteiras do Estado. Em sentido estrito, refere-se ao sentido proposto por Teubner, apontando para ordens normativas privadas ou quase públicas que surgem e se desenvolvem no plano global, independentemente das fronteiras estatais.

Refletindo relações multidirecionais e de geometria variável, os processos de internacionalização seriam progressivos e a integração normativa resultante dependeria de condições próprias de assimetria, influência e estabilidade, com vistas à utópica formação de um direito global. Nesta linha, percebe-se a expansão do processo de intercruzamento normativo, pautado na busca de soluções jurídicas diversas para problemas similares em ordenamentos jurídicos distintos e no firmamento de relações dinâmicas, que se valeriam do método comparativo e do compartilhamento de recursos para alcançar objetivos em comum.

Esse processo não-concertado abarcaria a comparação do uso de expressões comuns, normas, decisões e técnicas de interpretação e aplicação do Direito em diferentes contextos. Partindo da ideia de unidade dos resultados na diversidade das formas jurídicas de aplicação, seriam identificáveis os seguintes processos de diálogo: elaboração de uma gramática jurídica comum; confluência normativa, sobretudo em nível constitucional; fertilização cruzada; e construção de redes normativas com pretensão de autonomia em relação ao sistema jurídico estatal.

Jackson (2005) sugere alternativas aos movimentos de resistência e de convergência entre as diversas fontes do Direito, aduzindo que o Direito Constitucional pode ser compreendido como um *locus* de articulação (*engagement*) entre direito doméstico e internacional ou supranacional. Dessa forma, os intérpretes da Constituição não tratariam esse material como algo a ser presuntivamente seguido, tampouco ignorariam a experiência jurídica que deles emana; as fontes transnacionais serviriam como interlocutores, oferecendo um meio de se testar a compreensão das tradições jurídicas e a possibilidade de examiná-las sob o reflexo umas das outras.

Concebendo o constitucionalismo segundo uma interface entre diferentes campos de governança, desde o nível local até o global, Canotilho (2008, p. 266) entende que seu objeto de estudo reside nas “relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político.” Nessa dimensão dialógica transnacional, a competência dos órgãos estatais é estendida de forma “impura” aos olhos do juspositivismo. Todavia, não se trata de atribuir aspectos morais ou principiológicos a um sistema de direito interno, mas de sopesar as consequências da aplicabilidade de determinados institutos segundo distintas visões de mundo.

Logo, a compreensão fenomenológica das complexas formações da atualidade exigiria enfrentar os problemas de articulação entre Constituições e de afirmação de poderes constituintes com fontes e legitimidades distintas, demandando uma exegese pautada no pluralismo de ordenamentos segundo os princípios de autonomia das unidades integrantes e de compartilhamento do poder.

A seu turno, Silva (2013) propõe uma apreciação transnacional do fenômeno da concretização de direitos e liberdades fundamentais por meio da migração e circulação de “ideias jusfundamentais”, reconhecendo a necessidade de empreender uma visão dialógica entre ordens constitucionais estatais. Segundo a noção de

“transjusfundamentalidade”, pretende-se integrar o constitucionalismo a ordens normativas locais, regionais, internacionais e supranacionais.

A respeito de novos institutos que remetem a Constituições além do Estado, subsistem formas de vinculação mais intensas do que o modelo eminentemente dispositivo do Direito Internacional Público, a exemplo do *jus cogens*, do princípio *erga omnes* e das novas regulações do comércio internacional. Surgem, assim, ordens mais abrangentes na dimensão temporal, material e social que vinculam diretamente cidadãos e órgãos dos Estados-membros, sendo paradigmático o caso da UE.

Em se tratando de fenômenos como a universalização dos direitos humanos, a ampliação do pensamento democrático e judicial sobre padrões mínimos protetivos em diferentes centros de poder tem acarretado a intensificação do diálogo entre múltiplos níveis institucionais e o reconhecimento da influência recíproca entre os sistemas de direito interno e internacional, com a expansão de oportunidades comuns ao alcance da máxima efetividade das normas de proteção à dignidade humana. A complexidade dessa nova lógica pressupõe o firmamento de “pontes de diálogo”, mas não necessariamente por relações formais de comunicação ou coordenação.

Segundo Koh (1996), a eficácia das regras e cláusulas do DIDH se submetem ao que intitulou *transnational legal process*,³³ correspondendo à teoria e prática em que Estados, organizações internacionais, organizações não-governamentais, multinacionais e indivíduos interagem para criar, interpretar, promover e internalizar regras comuns, conferindo-lhes um *status* vinculante pautado em um processo de internalização política, social e jurídica.

Nesse caso, a observância deixa de ser uma resposta a obrigações externas, muitas vezes motivada por coerção de ordem moral, para corresponder a uma concordância interna ou obediência ao conteúdo da norma. Deduzem-se as seguintes características do conceito proposto: rompimento com dicotomias clássicas do Direito Internacional, como internacional-nacional e público-privado; e surgimento de novas diretrizes legais a serem interpretadas, internalizadas e efetivadas, permitindo o aperfeiçoamento contínuo da própria relação interacional.

Para Koh (1990), o precedente processo de *transnational public law litigation*³⁴ surge para resolver contendas entre organismos nacionais e internacionais, abarcando: a legitimidade das partes de um litígio, em que Estados e entidades não

³³ “Processo legal transnacional.” (Tradução nossa).

³⁴ “Litigância de Direito Público transnacional.” (Tradução nossa).

estatais atuam em condições de igualdade; a estrutura diversificada da demanda, posto que violações de direito público e privado, doméstico e internacional são discutidas em um mesmo procedimento; o objetivo prospectivo da declaração judicial e da resolução de disputas interpretativas sobre normas transnacionais; a mobilidade para fóruns domésticos e universais com fins jurídicos e políticos; e a ampliação do diálogo interinstitucional para alcançar a solução de impasses.

Como motivos ensejadores dessa mudança de paradigma, destaca-se a inter-relação entre direito doméstico e internacional, o crescimento das publicações e a disponibilidade de decisões judiciais de diferentes tradições e um senso crescente de que outros Estados têm procurado levar a sério questões como os TIDH, dada a retórica universal dos direitos elencados e a internacionalização das Cortes.

3.1.1 Transconstitucionalismo

Segundo o transconstitucionalismo, as ordens jurídicas se inter-relacionam no plano reflexivo de suas estruturas normativas primárias e autovinculantes, sendo inadequado conceber uma estrutura hierárquica entre elas, vez que os problemas constitucionais surgidos em contextos distintos exigem soluções fundadas em seu entrelaçamento, fazendo com que a incorporação recíproca de conteúdos implique em uma releitura de sentido à luz de cada qual. Portanto, o que caracteriza o transconstitucionalismo é sua propensão à conversação e à solução de problemas comuns, como é o caso dos direitos e liberdades fundamentais que perpassam ordens jurídicas e se submetem a um tratamento jurídico que carece de meios de efetivação.

Assim, a sociedade mundial teria conduzido ao desenvolvimento de *rule of law* e *due process of law* em domínios diferenciados de comunicação. Os procedimentos do Estado de Direito teriam perdido sua pertinência específica quanto ao Estado nacional, passando a receber novos impulsos no âmbito de aldeias globais. Contrariamente à hierarquia e à unidade do Direito no Estado constitucional, a teoria e dogmática jurídica enfatizam uma pluralidade heterárquica de ordens em termos de autoprodução operativa ou autopoiese do Direito.

Diferentemente do que ocorre com o constitucionalismo transversal, em que sistemas desempenham funções diversas e se influenciam mediante aprendizado recíproco e intercâmbio criativo com base em códigos binários de comunicação, o transconstitucionalismo abarcaria uma pluralidade de ordens jurídicas em um mesmo

sistema funcional. Infere-se como essa conversação proporcionaria consistência e adequação na cadeia de validação de cada ordenamento. O processo de diferenciação desse sistema multicêntrico permite que cada qual tenha seus próprios elementos, operações, estruturas e identidade, gerando dogmática e procedimentos distintos por meio de observação mútua e de aptidão para se pôr na posição do outro.

Limitado ao âmbito interno, a concepção de um transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais e “extraestatais” consiste na problemática relação entre Estados e comunidades nativas, marcadas por características antropológicas e culturais supostamente incompatíveis com o formato dos ordenamentos jurídicos modernos, a exemplo de indígenas e quilombolas. Por estar à margem do Estado, esse tipo de conversação não assumiria um caráter transnacional, refletindo uma preocupação civilizatória quanto à preservação de tradições e direitos básicos de agrupamentos humanos arcaicos.

Contrariamente, Espiell (2002, p. 169) explica que:

Sin el conocimiento del fenómeno jurídico del Derecho indígena, de este fenómeno que existió y que existe, por ejemplo, en México, en varios países de América Central, especialmente en Guatemala, en zonas de Colombia, en amplias regiones del Perú, del Ecuador y de Bolivia, no se comprende la realidad histórica política, jurídica, económica, social y cultural de Latinoamérica. Este fenómeno generalmente no tenido en cuenta en la presentación doctrinaria y formal del Derecho latinoamericano del siglo XIX y en gran parte del siglo XX, es objeto hoy de particular y científica atención.³⁵

No campo de um constitucionalismo internacional ou supranacional no plano global, Neves (2009) propõe “Constituições transversais” aptas ao intercâmbio sistêmico de racionalidades potencialmente construtivas, inclusive transcendendo os Estados e evidenciando diversos modelos de Estado mundial: é o caso de Hoff, que sustenta a ideia de uma “república mundial federal e subsidiária”; Lutz-Bachmann, que sugere uma forma de “estatalidade mundial” que prevaleceria sobre as entidades continentais e nacionais com base na noção kantiana de garantia da paz por meio de um “federalismo de Estados livres” e em um modelo de relação hierárquica entre o

³⁵ “Sem o conhecimento do fenômeno jurídico do Direito Indígena, desse fenômeno que existiu e existe, por exemplo, no México, em vários países da América Central, especialmente na Guatemala, em áreas da Colômbia, em amplas regiões do Peru, do Equador e da Bolívia, não se compreende a realidade histórica, política, jurídica, econômica, social e cultural da América Latina. Este fenômeno, geralmente não considerado na apresentação doutrinária e formal do direito latino-americano do Século XIX e em grande parte do Século XX, é hoje objeto de particular e científica atenção.” (Tradução nossa).

Estado ou república mundial e as unidades políticas estatais; Habermas, que parte da visão de “constitucionalização do Direito Internacional Público” e da reforma das instituições e organizações internacionais existentes para conceber um modelo de política interna mundial sem um governo capaz de promover uma cidadania fundada na “solidariedade cosmopolita compulsória”; Albert, que sustenta um modelo utópico de “estatalidade mundial inclusiva” fundada em processos de constitucionalização e fragmentação dos sistemas político e jurídico da sociedade mundial; Verdross, que se refere à “Constituição da comunidade jurídica internacional”, contemporaneamente à formação da Liga das Nações, enquanto produto do Direito Constitucional Internacional; Tushnet, que pugna pela “inevitabilidade da globalização do direito constitucional doméstico” no que tange à proteção dos direitos humanos; e Uerpman, para quem resta configurada uma verticalidade parcial no Direito Internacional Público em função de uma pluralidade de órgãos dotados de funções legislativas, jurisdicionais e executivas no campo do direito econômico internacional e do DIDH.

A esse respeito, não parece razoável atribuir a condição de ordens jurídicas transnacionais em sentido estrito a atores privados ou “quase públicos” como a Organização Mundial do Comércio, o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional, tendo em vista o caráter histórico de relações constituídas com base no tradicional Direito Internacional em suas vertentes pública e privada. Some-se a isso a limitação do alcance dessas relações, notadamente de cunho econômico-financeiro e marcadas pela desproporcional verticalização de fluxos e influxos por parte dos países protagonistas em relação aos periféricos.³⁶

Como fio condutor, tem-se a ideia de Constituição mundial, entendendo-se que a discussão ainda carece de elementos teórico-práticos capazes de materializá-la. Alternativamente, subsiste um pretense constitucionalismo transnacional fundado em Constituições civis globais, que consubstanciam parte de um projeto teórico de desenvolvimento da teoria dos sistemas que desloca a autoprodução operativa do Direito para ordens jurídicas globais, marcadas pela heterarquia e pelo pluralismo.

Questiona-se se essas transformações estruturais seriam adequadas à formação de equivalentes funcionais à Constituição estatal e quais seriam os entraves à concepção de Constituições aptas à intensificação da racionalidade transversal e à seleção estrutural de influências recíprocas entre os sistemas político e jurídico no

³⁶ Periféricos no sentido de “subdesenvolvidos” e não do eufemismo “países em desenvolvimento”.

plano de novas ordens jurídicas, sobretudo quanto à proteção dos direitos humanos. Evidencia-se a tarefa de definir seu âmbito material nos termos de regras e procedimentos pautados em *rule of law* e *due process of law*, notadamente quanto ao transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos.

Nesse particular, os principais desafios residiriam: na hiperpolitização da proteção internacional, em que se desenvolvem relações assimétricas e se identifica o caráter simbólico de Constituições e Declarações de direitos humanos; na falta de um modelo de divisão de poderes e competências entre organismos nacionais e internacionais, que padeceriam de dificuldades jurídico-dogmáticas em termos de legitimação e condições práticas de concretização; e nas diversas atribuições de sentido aos direitos humanos em um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos. Todavia, esse modelo ganha relevo por cortar transversalmente ordens distintas, mantendo suas identidades e instigando, ao mesmo tempo, cooperação e colisões.

Tratando-se do transconstitucionalismo entre direito supranacional e direito estatal no plano regional, os limites referentes à *rule of law* encontram-se razoavelmente delimitados, ainda que existam conflitos normativos e de jurisdição. A questão primordial a esse respeito envolve a relação entre a ordem jurídica comunitária e a ordem jurídica dos Estados-membros, sobretudo entre as Cortes de Justiça vinculadas a tradições jurídicas fortemente consolidadas e diversificadas.

No caso de conflitos de regras, o Direito Comunitário privilegia os tratados constitutivos frente aos princípios gerais do Direito e normas domésticas. Superando a repartição de atribuições entre seus órgãos, identifica-se uma constante tensão no exercício de competências legiferantes, administrativas e judiciais dos Estados-Partes, que costumam invocar expedientes de direito interno para dificultar a integração normativa e contrariar a aplicabilidade imediata das normas comunitárias.

Nesse sentido, não parece viável apartar o transconstitucionalismo entre direito supranacional e Direito Internacional do transconstitucionalismo entre direito supranacional e direito estatal, vez que a delegação ou o reconhecimento de competências estritas e pontuais de determinada organização internacional pode alcançar o *status* de supranacionalidade a depender de disposição direta de cada Estado-Parte, o que ocorre por meio da autovinculação, da autoexecutoriedade e do caráter cogente das decisões emanadas de seus órgãos jurisdicionais.

Em termos abstratos, o caráter transnacional dessas relações não se restringe ao âmbito europeu, sendo possível alcançar outras organizações comunitárias e

sistemas de proteção de direitos humanos. Entretanto, se o conceito jurídico de supranacionalidade refletir uma organização fundada em tratado que atribui a seus próprios órgãos competências de natureza legislativa, administrativa e jurisdicional no âmbito pessoal, material e temporal de validade, com força vinculante direta para cidadãos e órgãos estatais, a UE seria a maior experiência de supranacionalidade.

Moreno (2009, p. 91) explana que:

La Unión Europea es el resultado de una opción jurídica. Frente a la “Europa diplomática” o la “Europa intergubernamental”, en la que los Tratados o Convenios internacionales se cumplen y aplican con los medios de que cada país signatario dispone, se optó por la “Europa supranacional”, en la que el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones contenidos en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, se encomienda a una Organización distinta de la de los propios Estados miembros.³⁷

A UE sobressai dentre os demais blocos regionais na medida em que, por ser peculiar ao Direito Comunitário, assegura a aplicação uniforme das políticas propostas no processo de integração por meio de princípios próprios e de órgãos supranacionais. Intrínseca ao conceito está a delegação aos órgãos comunitários, livre e por um ato de soberania dos Estados-membros, de poderes ou competências constitucionais para legislar sobre matérias predeterminadas.

Para Seitenfus e Ventura (1999), a supranacionalidade estima como ontológica uma característica contingente do sistema de integração regional. No caso do Direito Comunitário, sua incorporação às ordens jurídicas nacionais decorreria de um conjunto de valores ou interesses comuns e da autonomia conferida ao organismo. Assim, a supranacionalidade teria como pré-requisito a efetividade do poder, com vistas a realizar os referidos interesses ou valores comuns, o que comumente evidencia a impotência dos organismos internacionais diante de situações-limite como é o caso do desrespeito a direitos e liberdades fundamentais fundados em tratados.

Contrariamente, o Mercado Comum do Sul (Mercosul) padeceria de males como déficit democrático e de Estado de Direito, prejudicando o gozo de liberdades públicas e o controle político e jurídico de agentes públicos e privados, atingindo tanto

³⁷ “A União europeia é o resultado de uma opção jurídica. A contrário da 'Europa diplomática' ou da 'Europa intergovernamental', em que os Tratados ou Convenções internacionais são cumpridos e aplicados com os meios de que cada país dispõe, se optou pela 'Europa supranacional', em que o exercício dos direitos e o cumprimento das obrigações contidos nos Tratados constitutivos das Comunidades Europeas é confiado a uma Organização distinta da dos próprios Estados-Membros.” (Tradução nossa).

os Estados-membros quanto a própria organização regional. Em termos de esforços de integração, firmou-se o Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados-Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile.

No Brasil, sua aprovação decorreu do Decreto Legislativo nº 1.021, de 24 de novembro de 2005: “art. 1º Fica aprovado o texto do Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do Mercosul, República da Bolívia e República do Chile (...)” (BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2005, p. 1). Já sua promulgação foi dada pelo Decreto nº 6.891, de 2 de julho de 2009: “art. 1º. O Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do Mercosul (...) será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém.” (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2009a, p. 1).

Além da igualdade de tratamento processual e cooperação em atividades de trâmite simplificado, esse acordo, sucedâneo do Protocolo de Las Leñas, inova ao conferir eficácia extraterritorial a sentenças judiciais e laudos arbitrais proferidos nas jurisdições nacionais. (MERCADO COMUM DO SUL, 2002). Disso decorre a possibilidade de ampliar o processo de integração regional sob o prisma do mútuo conhecimento dos sistemas jurídicos e da progressiva harmonização normativa.

Considerando a negação explícita ou implícita, formal ou material, do caráter supranacional do Mercosul por parcela significativa de seus membros, sua consolidação exige alcançar maior simetria no grau de desenvolvimento econômico e social dos Estados da região, articular seus sistemas políticos e jurídicos, lidar com a pluralidade de procedimentos no plano supraestatal e fortalecer a esfera pública em termos de abertura dos sistemas políticos enquanto instâncias de heterolegitimação da relação entre os próprios Estados perante esse organismo regional.

O transconstitucionalismo entre Direito Internacional Público e direito estatal teria acarretado a interpenetração entre ordens com racionalidades próprias, com a rejeição do provincianismo estatista e do pseudouniversalismo internacionalista. Hofstadter e Gödel (2001) identificam interações cognitivas em relações sistêmicas marcadas por *tangled hierarchies*,³⁸ como ocorre com Alemanha, Suíça, Áustria, Hungria, Dinamarca, Suécia, Finlândia, Itália, França e Reino Unido.

³⁸ “Hierarquias entrelaçadas.” (Tradução nossa).

Em termos estritos, o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais importaria na invocação por parte de determinada Corte constitucional de decisões emanadas de suas congêneres não só como *obiter dicta*, mas como elementos construtores da *ratio decidendi*, alcançando tanto os sistemas jurídicos de *common law* quanto os de *civil law*. Segundo Ragazzi (1997), a *ratio decidendi* inclui o que é necessário para decidir as questões perante a Corte, enquanto as demais proposições de direito são *obiter dicta*, aludindo à força vinculante e aos efeitos dos precedentes judiciais estrangeiros em determinado ordenamento jurídico doméstico.

Nessa linha, é comum a ressalva de que o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais não deve se limitar a transplantes imediatos do direito estrangeiro por estar associado a processos internos de autovalidação. Por conseguinte, deve-se ter cuidado para que a invocação frequente da jurisprudência de outras ordens jurídicas não se constitua em um episódio de colonialismo no campo da cultura jurídica, com a importação acrítica de modelos jurisdicionais distintos.

Por ser admissível o envolvimento de mais de duas ordens jurídicas, é possível imaginar um “transconstitucionalismo angular” de ordens plurais cujos tipos estruturais, formas de diferenciação, modelos de autocompreensão e modos de concretização são fortemente diversos e peculiares, uma multiplicidade da qual resultam entrelaçamentos nos quais nenhuma ordem pode se apresentar legitimamente como detentora da *ultima ratio* discursiva. Nesse sistema multicêntrico, prevaleceriam as relações heterárquicas, admitindo-se apenas a noção de uma hierarquia entrelaçada, incompatível com uma conexão escalonada entre elas.

Há que se concordar com a problemática suscitada quanto à relação entre ordens jurídicas distintas, especialmente em função de sua fragmentação e necessidade de integração sistêmica. Ainda que concebidos como alternativas ao constitucionalismo clássico, estes modelos seriam incapazes de oferecer, isoladamente, respostas adequadas aos problemas hodiernos da sociedade mundial. Portanto, seria inviável estabelecer um transconstitucionalismo unilateral assimétrico dada a ausência das necessárias pontes de transição, como ocorre com os Estados que não reconhecem as diversas instâncias de proteção de direitos humanos.

Com base em Langer e Fischer-Lescano, Neves (2009, p. 185) diz que “o autismo constitucional aponta para a negação do outro, uma rejeição da dupla contingência na relação de tribunais como polos institucionais estruturados organizacionalmente.” Ou seja, o que preocupa é o risco de um fechamento normativo

no plano da conexão de ordens jurídicas, acarretando uma fragmentação destrutiva ou impeditiva da construção das “pontes de transição” entre ordens jurídicas diversas.

Portanto, o pleno desenvolvimento do transconstitucionalismo dependeria de um aporte metodológico próprio e de princípios e regras de organização diretamente relacionados à construção de pontes de transição entre ordens jurídicas diversas, desenvolvidas a partir de seus respectivos centros, como reflexo das relações entre: Direito Internacional Público e direito estatal; direito supranacional e direito estatal; direito supranacional e Direito Internacional; ordens jurídicas estatais; ordens jurídicas estatais e transnacionais; e ordens jurídicas estatais e ordens locais extraestatais.

Por força das disposições em contrário, especialmente no tocante ao transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais e transnacionais, propõe-se uma delimitação mais adequada do âmbito de atuação do transconstitucionalismo. Considerando-o parte de um amplo modelo de transjuridicidade dotado de metodologias próprias, seria desejável abarcar, adicionalmente, soluções teórico-práticas como governança global, formação de redes transnacionais, ativismo judicial transnacional, empréstimos judiciais e controle de convencionalidade.

3.2 Governança global e redes transnacionais

Para além da compreensão do sistema legal internacional enquanto resultado de um conjunto de regras criadas por instituições que figuram para além ou acima dos Estados, é possível visualizar um novo modelo de governança global. Nesse contexto, é concebida a *disaggregated world order*³⁹ enquanto sistema de governança baseado em conexões de governos que trabalham com instituições internacionais ou em seu lugar, fortalecendo sua infraestrutura. Tais formações promoveriam cooperação e estimulariam o conflito positivo para alcançar maior paz e prosperidade, melhorar a capacidade de gestão e atingir patamares mais elevados de dignidade humana.

As principais premissas dessa nova ordem são: o Estado não é o único ator no sistema normativo internacional, contudo, é seu mais importante personagem e não está desaparecendo, mas se desagregando em instituições que interagem com congêneres estrangeiros; essas instituições continuam representando interesses distintos, ainda que reconheçam identidades profissionais e experiências comuns,

³⁹ “Ordem mundial desagregada.” (Tradução nossa).

como ocorre com juízes, reguladores, ministros e legisladores; diversos organismos nacionais e internacionais têm desenvolvido mecanismos para preservar seus interesses, porém, interagindo de diversas maneiras; e redes governamentais podem ser operacionalizadas junto a tradicionais organizações internacionais.

Conforme Seidenfus e Ventura (1999, p. 184), “trata-se de um mundo desordenado e descentralizado. Portanto, ou um mundo sem direito, ou um mosaico de direitos.” O que estaria emergindo seria mais complexo, tendo em vista a formação de um sistema de redes que superam jurisdições locais e atuam de forma multidirecional. Subsiste, assim, controvérsia quanto à concepção de um sistema jurídico global marcado por uma hierarquia piramidal, com uma Corte Internacional resolvendo disputas entre Estados e se pronunciando sobre o Direito Internacional.

A seu turno, Ost e Kerchove (2000) investigaram a natureza e extensão das transformações essenciais que afetam os sistemas jurídicos, culminando na feitura de novos modelos teóricos em substituição à estrutura piramidal, caracteristicamente hierárquica, linear e de fluxo ascendente. Considerando a crescente complexidade da realidade jurídica, as relações de subordinação deveriam ceder lugar à coordenação e à colaboração a partir de diversos componentes, vez que a multiplicidade das bases de criação do Direito não derivaria sempre de um ponto único e soberano. Tal panorama corresponderia a uma rede, ao invés da recorrente estrutura piramidal.

Da interação transnacional que lhe é peculiar resultaria a supressão de lacunas e a integração normativa nas esferas nacional, internacional e transnacional, abrangendo agentes governamentais, não-governamentais e agentes privados. Sob o prisma das relações em rede, Chayes e Chayes (1998) desenvolveram um conceito, *the new sovereignty*,⁴⁰ que se traduz na capacidade de um Estado participar de esforços coletivos de orientação e de solução de problemas globais no sistema internacional valendo-se do desenvolvimento de normas regulatórias e de melhores práticas, reconhecendo-se seu poder de engajamento e responsabilidade.

Ao invés de enfraquecer as entidades estatais, essa desagregação lhes garantiria o papel de atores primários no sistema internacional, vez que seriam revestidos de autoridade legitimada por direitos e deveres recíprocos. Explique-se que não se aventa a formação de um governo mundial, mas o estabelecimento de um conjunto de redes de alcance transgovernamental que desempenharia as funções de

⁴⁰ “A nova soberania.” (Tradução nossa).

legiferação, adjudicação e administração em sentido amplo, dentro e ao lado de instituições internacionais ou mesmo supranacionais.

Remetendo às razões adotadas pelos Estados para aquiescer com normas de abrangência transnacional, Raustiala (2002) entende que a formação em rede exerce um papel positivo no campo do comprometimento e do aprimoramento do processo legal transnacional, não se restringindo à legitimidade normativa, mas abrangendo o que intitulou *extra-legal cooperative forces*.⁴¹ Por sua vez, essas forças seriam destinadas a convencer os Estados de que a concordância com um regime legal compartilhado atenderia aos seus melhores interesses ao ampliar o potencial das próprias organizações multiníveis de que participam.

Esse olhar permite deduzir uma gama de possibilidades no campo da diplomacia, da regulação econômica e dos direitos humanos. Envolvidos em redes de relações pessoais e institucionais, seus atores poderiam operar nas arenas doméstica e internacional com autoridade compartilhada em relação a questões comuns, disseminando informação, harmonizando e dando cumprimento a normas nacionais e internacionais. Sobre esse modelo de governança, Nye Jr. (2011, p. 215) aduz que:

Global government is unlikely in the twenty-first century, but degrees of global governance already exist. The world has hundreds of treaties, institutions, and regimes for governing areas of interstate behavior ranging for telecommunications, civil aviation, ocean dumping, trade, and even the proliferation of nuclear weapons. But such institutions are rarely self-sufficient (...). Much of the work of global governance will rely on formal and informal networks.⁴²

Considerando que a habilidade dos governos quanto ao uso do *hard power* seria limitada, predominando o papel de exportadores de entendimentos e a concentração do poder regulatório em jurisdições consideradas mais “fortes”, a exploração do *soft power*⁴³ poderia proporcionar melhores resultados ao exigir uma mudança de paradigma. Trata-se de caracterizar as redes transnacionais como vias

⁴¹ “Forças cooperativas extra-legais.” (Tradução nossa).

⁴² “Um governo global é improvável no Século XXI, mas graus de governança global já existem. O mundo possui centenas de tratados, instituições e regimes para áreas que regem comportamentos interestatais, variando de telecomunicações, aviação civil, despejo oceânico, comércio e até mesmo a proliferação de armas nucleares. Mas tais instituições raramente são autossuficientes (...). Muito do trabalho de governança global repousará em redes formais e informais.” (Tradução nossa).

⁴³ Apesar de Joseph S. Nye Jr. ter cunhado as expressões *hard power* e *soft power* em 1990, no livro *Bound to Lead: The Changing Nature of American Power*, tais conceitos foram desenvolvidos nas obras *The Paradox of American Power: Why The World's Only Superpower Can't Go It Alone* e *Soft Power: The Means To Success In World Politics*, tendo sido reunidos e ampliados em 2011, com *The Future of Power*, culminando com o conceito de *smart power*.

de mão dupla capazes de admitir a divergência a respeito de fatores políticos, econômicos e culturais, reconhecendo abordagens mais apropriadas para a solução de problemas. Nesse ínterim, códigos de melhores práticas, modelos de legislação ou princípios de governança atuariam como forma de convergência.

As redes concebidas nessa ordem mundial desagregada poderiam assumir um formato vertical ou horizontal, ter diferentes membros e graus de formalidade, atuar nas esferas executiva, judicial e legislativa, desempenhar papéis de intercâmbio de informações, cooperação, assistência técnica, treinamento, coordenação política e harmonização normativa, além de coexistirem em organizações preexistentes e paralelamente a estas. Seria imperativo imaginar seu impacto quando desempenhadas as funções de legiferação, adjudicação, administração e interação com contrapartes domésticas e estrangeiras, atuando por meio de persuasão e informação multidirecional na busca de soluções para problemas globais.

Em um mundo como este, as redes transnacionais poderiam produzir convergência e divergência informada, melhorando a conformidade com as regras internacionais e aumentando a cooperação internacional baseada no intercâmbio de informações nas áreas regulatórias, judiciais e legiferantes. Essas redes ainda poderiam se autorregular e otimizar a performance de membros atuais e potenciais por meio de constantes processos de socialização, apoio e aprendizado mútuo, criação de fóruns de discussões multilaterais e ênfase nos benefícios derivados do conflito positivo com base na reputação, confiabilidade e interdependência das partes.

Acerca das redes horizontais, a interação direta entre instituições nacionais e supranacionais se perfaz na superação do dogma da soberania, que caracteriza o Estado como agente unitário no sistema internacional, influenciando diretamente as decisões tomadas na esfera doméstica. Sobre esse paradigma, Risse (2000) reconhece que as instituições caracterizadas por estruturas não hierárquicas e interconectadas por uma densa atividade de integração e de interação informal são mais propensas à produção de consenso racional e fundamentado.

Tal argumentação seria mais favorável à extração de informações, proposição de soluções e justificativas em áreas como regulação econômica e direitos humanos. Nos casos em que o consenso não se configure, as tratativas poderiam se transformar em futuro comprometimento no campo do relacionamento transnacional. Uma ordem mundial baseada em redes transgovernamentais verticais e horizontais, operando dentro e ao lado de futuras versões das atuais organizações internacionais, poderia

se constituir em uma resposta possível aos desafios da globalização, vez que esses atores ainda seriam responsáveis por definir e implementar políticas públicas globais.

3.2.1 Redes executivas transgovernamentais

Impende observar que chefes executivos como presidentes, primeiros ministros e diplomatas têm trabalhado em redes de cooperação mútua com suas contrapartes estrangeiras e, deste modo, contraído resultados na arena internacional que não necessariamente seriam obtidos por meio de métodos tradicionais de negociação e de ratificação de tratados.

Por si só, eles não integram o sistema legal internacional enquanto espécies de organizações interestatais, mas tais redes têm servido para a formação de uma infraestrutura própria e para a discussão de temas como resolução de conflitos e políticas de direitos humanos. Precisamente, o reconhecimento da dimensão extraterritorial da regulação doméstica significa que seus integrantes não podem cumprir seu mister sem cooperar uns com os outros.

Em primeiro lugar, seria possível a formação de redes governamentais dentro das próprias organizações internacionais existentes, consideradas muito eficientes para os governos participantes devido ao seu tamanho pequeno e à mentalidade convergente de seus membros. Essa espécie de clube de negociação permite o alcance de acordos multilaterais informais quanto à solução de problemas comuns no campo regulatório, em seguida reportados às legislaturas e ao público em geral.

Em segundo lugar, tem-se o formato de governança em que as redes governamentais são estabelecidas fora das instituições internacionais formais, sendo compostas essencialmente pelos representantes máximos de cada Estado participante. Os novos padrões normativos, recomendações políticas e códigos de conduta resultantes passam a permear redes formadas por oficiais de menor hierarquia, em que pese a necessidade de considerar o fluxo inverso.

Em terceiro lugar, tem-se a formação de redes governamentais espontâneas, que operam com um mínimo de infraestrutura física e legal e carecem de meios formais de coação e implementação. Entretanto, essas redes instituem canais de cooperação regulatória entre países específicos que permitem a assunção de certos compromissos sem perpassar o burocrático trâmite da negociação de tratados no campo das relações transgovernamentais e de suas instituições.

Segundo Slaughter (2004), a coleção de diferentes tipos de redes dessa natureza pode constituir uma nova forma de organização internacional. Uma vez reunidos, esses círculos concêntricos de relativa densidade demandariam um relativo senso de homogeneidade entre os sistemas políticos, encorajariam a construção de novos laços de confiança entre seus oficiais governamentais e promoveriam um maior grau de desenvolvimento econômico de caráter interdependente, voltado para a genuína integração. Tal tipologia poderia ser aplicada a redes verticais ou mesmo horizontais, ainda que estas existam em menor número, sendo possível concebê-las, também, entre juízes e legisladores de diferentes sistemas jurídicos.

As redes executivas transgovernamentais podem desempenhar funções diversas, destacando-se as *information networks*,⁴⁴ *enforcement networks*⁴⁵ e *harmonization networks*:⁴⁶ primeiramente, remete-se à importância do processo de coleta e intercâmbio de informações entre seus membros, o que muitas vezes resulta em códigos de melhores práticas e soluções a respeito de problemas comuns.

De forma não excludente, também envolve informações sobre: competência, qualidade, integridade e profissionalismo de seus pares; outras funções focam no aumento da cooperação entre reguladores quanto ao cumprimento de normas, o que não se restringe à troca de informações, abarcando o compartilhamento de estrutura, organização e modo de operação quanto a questões transfronteiriças; por último, entende-se que acordos implicam em ganho de eficiência no trato de questões como regulação doméstica, pactos internacionais e interação judicial transnacional.

3.2.2 Redes legislativas transgovernamentais

Se comparadas às redes executivas e judiciais, as redes legislativas são menos comuns e de menor impacto pelo fato de que seus atores comumente se encontram adstritos à questão territorial, mais arraigados a interesses domésticos do que a políticas de caráter internacional e à governança global. Não obstante, a alta rotatividade dos legisladores, o baixo nível de comprometimento mútuo baseado em filiações político-partidárias e as consideráveis diferenças de capacitação técnica também contribuem para que a cooperação transnacional não seja prioritária.

⁴⁴ “Redes de informação.” (Tradução nossa).

⁴⁵ “Redes de execução.” (Tradução nossa).

⁴⁶ “Redes de harmonização.” (Tradução nossa).

Outra preocupação concerne ao ceticismo quanto à efetividade das decisões tomadas no âmbito dos organismos internacionais dotados de competências legislativas, sejam estes de caráter regional ou global. A dúvida quanto à sua capacidade de exercer poder ou influência de forma compartilhada faz com que surjam justificativas como déficit democrático e *lagging legislators*⁴⁷ no DIDH.

Mencionam-se redes legislativas que representam os interesses de seus constituintes em termos de integração política e de conformação legal. É o caso: do Conselho Nórdico, criado em 1952 por Dinamarca, Noruega, Suécia, Finlândia, Islândia, Groenlândia, Ilhas Faroe e Ilhas Alanda; do Conselho Consultivo Interparlamentar de Benelux, fundado em 1955 por Bélgica, Luxemburgo e Holanda; da Associação Sul-Asiática para a Cooperação Regional, idealizada em 1985 por Índia, Bangladesh, Butão, Ilhas Maldivas, Nepal, Sri Lanka e Paquistão; e da Assembleia Parlamentar Báltica, criada em 1991 por Lituânia, Letônia e Estônia.

Em comparação, os objetivos e ações de outras redes regionais podem ser considerados relativamente ineficientes e de pouco impacto no campo da socialização e harmonização de questões estratégicas. São elas: o Parlamento Latino-Americano, constituído em 1964 pelos 22 (vinte e dois) países da região; o Parlamento Pan-Africano, surgido em 1976 e abrangendo 35 (trinta e cinco) parlamentos; a União Interparlamentar Árabe, fundada em 1974 e compreendendo 18 (dezoito) parlamentos; e o Parlamento Andino, criado em 1979 por Bolívia, Colômbia, Equador, Peru e Venezuela.

A esse respeito, o problema pode ser o relativo poder das funções estatais legislativa e executiva, o desenho organizacional das próprias instituições, a falta de homogeneidade e de interesses comuns entre países-membros ou uma combinação desses fatores. Em qualquer dos casos, os participantes exercem pouco poder oficial ou mesmo *soft power*, prescindindo de mecanismos de maior impacto como intercâmbio de informações, deliberação compartilhada e autoridade persuasiva.

Mais desenvolvido do que a Confederação Parlamentar das Américas, que visa ao firmamento de um diálogo parlamentar interamericano, o Parlamento Europeu se constitui em um corpo legislativo independente e estabelecido como uma das instituições de governo da UE, composto não por parlamentares nacionais, mas por representantes eleitos diretamente. Um conjunto de redes verticais está sendo

⁴⁷ "Legisladores morosos." (Tradução nossa).

construído entre esse Parlamento supranacional e suas contrapartes estatais, algo similar às suas redes judiciais verticais, embora menos formais e poderosas.

Todavia, mesmo a nível regional, uma assembleia eleita diretamente não substituiria o papel desempenhado por parlamentares dos Estados, ou seja, sua efetividade dependeria do trabalho em conjunto com estes, servindo de catalisador das interações esperadas. A questão passa a ser como reestruturar as organizações internacionais e as redes legislativas para obter máxima influência e efetividade.

Considere-se, ainda, que a evolução do costume e a adoção de convenções na seara internacional envolvem um duplo processo de implementação, em que parlamentares decidem a respeito dos mecanismos de cumprimento de suas disposições. Como solução, as redes legislativas transgovernamentais podem desempenhar tarefas de adequação legislativa quanto às normas aplicáveis, além da coordenação de ações específicas destinadas à sua efetivação.

É possível imaginar organizações internacionais recebendo influência de redes compostas por diferentes oficiais nacionais, não apenas legislativos, mas judiciais e executivos, exercendo influência mútua e complementar. Alternativamente, os legisladores poderiam agir dentro de redes desenhadas para maximizar sua capacidade de trabalhar em conjunto com os parlamentares dos Estados a fim de monitorar e regular a atividade de seus oficiais executivos e de melhor compreender os problemas subjacentes à concepção de um modelo de governança global.

3.2.3 Redes judiciais transgovernamentais

No campo judicial, juízes nacionais, inclusive de Cortes constitucionais, já intercambiam opiniões e informação regular a respeito de suas atividades, reunindo-se em seminários e organizações judiciais ao redor do mundo, desenvolvendo bases de dados de melhores práticas e discutindo o surgimento de casos específicos e de novas e diferentes abordagens para a solução de questões legais comuns.

Nos encontros informais e face a face entre juízes, organizados por organizações não governamentais, seus participantes intercambiam precedentes e experiências pessoais no julgamento de casos semelhantes, criando redes judiciais que podem se revelar poderosos canais de independência judicial e de fertilização cruzada. Não obstante, o compartilhamento de informações por meios físicos e

eletrônicos a respeito das decisões de Cortes ao redor do mundo também pode contribuir para a ampliação dos horizontes de seus operadores e destinatários.

Resultado desse processo de interação transnacional é a tentativa de construção de uma jurisprudência global, na qual as Cortes domésticas estão se reportando a decisões de Cortes estrangeiras não apenas a título de *judicial borrowing*⁴⁸ retórico, mas argumentativo. É o caso da Corte EDH, frequentemente citada não só pela CEJ, mas também por Cortes constitucionais de várias partes do globo e por Cortes de outros sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, como a Corte IDH e a CADHP. Todavia, considera-se que juízes e comunidades legais de diferentes países cada vez mais se engajam não na mera recepção passiva de decisões estrangeiras, mas no ativo e contínuo diálogo e no aprendizado mútuo.

Essa crescente interação judicial também abarca as relações entre os juízes de Cortes regionais e internacionais e suas contrapartes. Seus princípios basilares dividem-se em cinco categorias: *cross-fertilization*⁴⁹; relações entre Cortes nacionais e Corte internacionais; construção de uma comunidade global de direitos humanos; cooperação judicial, conflito e litigância transnacional; e encontros face a face entre juízes. O resultado esperado desse intercâmbio formal e informal é o crescimento e a superposição de um conjunto de redes verticais e horizontais de informação, de apoio e de harmonização que, juntos, estabeleçam as bases de um sistema jurídico global.

Destacam-se diversas razões para ampliar a interação judicial transnacional. Primeiramente, diferentemente das entidades legislativas ou executivas, os órgãos judiciais assumem múltiplas formas de atuação. Em termos de justiciabilidade, estes podem ser nacionais, internacionais e supranacionais, atendendo a fins de caráter geral ou especial com o intuito de promover respostas plurais e diferenciadas.

Não obstante, os órgãos jurisdicionais que tratam de questões globais atuam em um contexto semelhante ao de *common law*, em que o incremento do direito vigente se dá por meio de elaborações judiciais descentralizadas, em que a referência legislativa não constitui a única fonte de criação do Direito. Outrossim, os atores judiciais detêm a capacidade de criar conexões a partir de dimensões opostas em torno de um mesmo fenômeno. Assim, operações de debate ou barganha podem se traduzir em um senso de justiça comum, na forma de precedentes.

⁴⁸ “Empréstimo judicial.” (Tradução nossa).

⁴⁹ “Fertilização cruzada.” (Tradução nossa).

Na fertilização cruzada, a mudança de um constitucionalismo fechado para um constitucionalismo aberto intensifica o processo de diálogo entre Cortes. Apesar de não ser um fenômeno novo, é possível apontar características distintivas como valorização da identidade dos participantes, dimensão interativa do processo, razões para o uso de empréstimos judiciais transnacionais e mudança do processo de influências internacionais da mera recepção para o ativo diálogo judicial, com o objetivo de construção autoconsciente de uma comunidade judicial global.

Logo, o princípio de autoridade persuasiva se manifesta por meio do uso de precedentes de Cortes estrangeiras que enfrentam problemas comuns, possibilitando o acesso a novas informações e perspectivas e não se limitando ao ponto de vista exclusivo de um juiz nacional. Destinando-se a persuasão ao alcance de um ponto de convergência entre as decisões possíveis a respeito de problemas globais como os direitos humanos, a fertilização constitucional cruzada pode inspirar ou informar outras nações ou regiões e resultar na emergência de uma jurisprudência global.

Na medida em que uma jurisprudência global emerge, tornam-se mais evidentes os diálogos judiciais. O sistema legal da UE foi construído com o envio de decisões de Cortes dos Estados à CEJ, reconhecida não como Suprema Corte, mas como Corte supranacional capaz de oferecer *judicial empowerment*⁵⁰ a litigantes individuais e a Cortes domésticas quanto ao cumprimento dos compromissos assumidos por seus governos. Como motivos subjacentes, restariam a competição entre Cortes por relativo prestígio e poder e uma visão particular alcançada com o seguimento dos precedentes da CEJ, oferecendo maior vantagem às partes.

Por sua vez, a CEJ aproveitou a oportunidade para fundar as bases do que foi originalmente chamado de *a new legal order*,⁵¹ em que o Tratado de Roma passou a ser considerado *directly effective*⁵² ou *self-executing*.⁵³ No âmbito de diferentes estruturas nacionais e internacionais, essa Corte tem construído um sistema pautado no diálogo interconstitucional, servindo de base para as relações entre Cortes ao redor do globo, não necessariamente sob os auspícios de uma pretensa hierarquia.

Contrariando o entendimento de que a CEJ seria dotada de um caráter estritamente supranacional, Slaughter (2004, p. 84) remete ao exemplo da Corte

⁵⁰ “Empoderamento judicial.” (Tradução nossa).

⁵¹ “Uma nova ordem jurídica.” (Tradução nossa).

⁵² “Diretamente eficaz.” (Tradução nossa).

⁵³ “Auto-executável.” (Tradução nossa).

Constitucional Federal Alemã, ressaltando o relacionamento cooperativo e a mútua influência entre essas instâncias judiciais:

The German Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht, or BvG) in particular has a long story of engaging and challenging the ECJ as a co-equal rather than a superior court (...). Within this relationship, both courts are to ensure that both Union law and national law are properly respected by the government institutions most directly within their jurisdiction and to acknowledge their “mutual influence” on one another (...). Within this community, each court is a check on the other, but not a decisive one; the courts assert their respective claims through a dialogue of incremental decisions signaling opposition or cooperation.⁵⁴

Com relação à construção de uma comunidade global de direitos humanos, a adjudicação de casos envolve a interpretação e aplicação de tratados internacionais por um Tribunal criado pelos Estados que participam dos respectivos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos. Quando esses Tribunais intercambiam informações e pontos de vista com cada um dos respectivos Tribunais constitucionais, pode-se dizer que se está a formar uma comunidade global de Cortes.

É o caso do TEDH, que detém competência exclusiva para interpretar a CEDH e determinar aos Estados submetidos à sua jurisdição medidas legislativas, administrativas e judiciais destinadas a dar cumprimento às normas de proteção e promoção dos direitos humanos. Outrossim, a Corte IDH reserva a competência para apreciar a CADH, pregando a necessidade de os Estados americanos exercerem um controle de convencionalidade de caráter subsidiário e complementar, destinado a dar efetivo cumprimento aos compromissos assumidos no campo humanitário.

Os Tratados constitutivos da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, de 1951, assim como o Tratado de Roma, de 1957, não faziam alusão ao dever de tutela desses direitos por parte dos Estados constituintes da então Comunidade Econômica Europeia. Somente em 1969, com o proferimento da emblemática Decisão 69/71/CEE da Comissão das Comunidades Europeias no Caso Stauder, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias quedou-se a admitir como obrigação própria a salvaguarda

⁵⁴ “A Corte Constitucional Federal Alemã (Bundesverfassungsgericht, ou BvG) em particular tem uma longa história de engajamento e desafio à CEJ como coiguais em vez de uma Corte superior (...). No âmbito desse relacionamento, ambas as Cortes devem assegurar que o direito nacional e o direito comunitário sejam apropriadamente respeitados pelas instituições governamentais mais diretamente sob sua jurisdição e permitir sua mútua influência em relação à outra (...). No âmbito dessa comunidade, cada Corte é uma verificação da outra, mas não uma determinante; as Cortes fazem valer suas respectivas reivindicações por meio de um diálogo ou de decisões incrementais que sinalizam oposição ou cooperação.” (Tradução nossa).

de direitos fundamentais da pessoa humana, desde que compreendidos nos princípios gerais de direito comunitário.

Porém, talvez o mais importante diploma normativo editado em solo europeu a esse respeito seja a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), reformulada em 2007 e vinculante desde 2009 por força do Tratado de Lisboa quanto a todos os países do bloco, com exceção da Polônia, do Reino Unido e da República Checa. Subdividida em capítulos que tutelam a dignidade, a liberdade, a igualdade, a solidariedade, os direitos dos cidadãos e a justiça, esta Carta consagra um rol de direitos fundamentais e obriga instituições da UE e autoridades nacionais, inclusive tribunais, a aplicar a legislação europeia sem alargar as competências do bloco a questões não incluídas nos tratados constituintes. (UNIÃO EUROPEIA, 2000).

Silveira (2016) trata da forma como a noção de cidadania europeia, assentada no Tratado de Maastricht, tem pautado o próprio processo integrativo por meio da tendencial equiparação jurídica dos nacionais de cada Estado-Parte. Em decorrência dessa incorporação conceitual, firmou-se a base jurídica necessária ao suprimento de lacunas existentes no campo da proteção indissociável dos direitos humanos na região. Também se constatou o reconhecimento da força vinculante da CDFUE pelo Tratado de Lisboa, objeto de construção jurisprudencial do TJUE em termos de um “padrão de jusfundamentalidade” em matéria de cidadania e direitos fundamentais.

O compromisso regional de assegurar tais direitos já encontrava disposição expressa no artigo 6º do Tratado de Maastricht ou Tratado da União Europeia (UNIÃO EUROPEIA, 1992), reconhecido nos termos da CEDH e em outras convenções por meio da Declaração Relativa a Disposições dos Tratados nº 2, anexada à Ata Final da Conferência intergovernamental que aprovou o Tratado de Lisboa:

Artigo 6º. (Ex-artigo 6º. TUE). 1. A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados. De forma alguma o disposto na Carta pode alargar as competências da União, tal como definidas nos Tratados. Os direitos, as liberdades e os princípios consagrados na Carta devem ser interpretados de acordo com as disposições gerais constantes do Título VII da Carta que regem a sua interpretação e aplicação e tendo na devida conta as anotações a que a Carta faz referência, que indicam as fontes dessas disposições. 2. A União adere à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Essa adesão não altera as competências da União, tal como definidas nos Tratados. [Ver Declaração n.º2] 3. Do direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a

Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros.

(...)

A. DECLARAÇÕES RELATIVAS A DISPOSIÇÕES DOS TRATADOS. (...) Declaração ad n.º 2 do artigo 6.º do Tratado da União Europeia. A Conferência acorda em que a adesão da União à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais se deverá realizar segundo modalidades que permitam preservar as especificidades do ordenamento jurídico da União. Neste contexto, a Conferência constata a existência de um diálogo regular entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, diálogo esse que poderá ser reforçado quando a União aderir àquela Convenção. (UNIÃO EUROPEIA, 2007, p. 9).

Os Tribunais dos Estados-membros detêm autonomia institucional e formam a instância comum de interpretação e aplicação do direito comunitário europeu, distinguindo-se como os principais responsáveis pela protecção dos direitos referidos no “bloco de fundamentalidade” no âmbito daquele bloco regional. Por sua vez, requer-se a edição de tratado que defina a esfera de competência e os instrumentos processuais adequados ao exercício da jurisdição dos Tribunais da UE, igualmente responsáveis pela tutela de direitos e liberdades fundamentais.

Os Tribunais da UE englobavam primeiramente o Tribunal Geral, integrado por um juiz de cada país, que analisava recursos interpostos por particulares, empresas e, em certos casos, governos. Suas ações eram recorríveis ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) unicamente para a apreciação de questões de direito. Ao seu lado, também funcionava o Tribunal da Função Pública, composto por sete juízes responsáveis pelo bloco regional e seu pessoal, destacando-se a redacção do art. 256 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE):

Artigo 256. (Ex-artigo 225.º TCE). 1. O Tribunal Geral é competente para conhecer em primeira instância dos recursos referidos nos artigos 263.º, 265.º, 268.º, 270.º e 272.º, com excepção dos atribuídos a um tribunal especializado criado nos termos do artigo 257.º e dos que o Estatuto reservar para o Tribunal de Justiça. O Estatuto pode prever que o Tribunal Geral seja competente para outras categorias de recursos. As decisões proferidas pelo Tribunal Geral ao abrigo do presente número podem ser objecto de recurso para o Tribunal de Justiça limitado às questões de direito, nas condições e limites previstos no Estatuto. 2. O Tribunal Geral é competente para conhecer dos recursos interpostos contra as decisões dos tribunais especializados. As decisões proferidas pelo Tribunal Geral ao abrigo do presente número podem ser reapreciadas a título excepcional pelo Tribunal de Justiça, nas condições e limites previstos no Estatuto, caso exista risco grave de lesão da unidade ou da coerência do direito da União. 3. O Tribunal Geral é competente para conhecer das questões prejudiciais, submetidas por força do artigo 267.º, em matérias específicas determinadas pelo Estatuto. Quando o Tribunal Geral

considerar que a causa exige uma decisão de princípio susceptível de afectar a unidade ou a coerência do direito da União, pode remeter essa causa ao Tribunal de Justiça, para que este delibere sobre ela. As decisões proferidas pelo Tribunal Geral sobre questões prejudiciais podem ser reapreciadas a título excepcional pelo Tribunal de Justiça, nas condições e limites previstos no Estatuto, caso exista risco grave de lesão da unidade ou da coerência do direito da União. (UNIÃO EUROPEIA, 2012, p. 119).

Constituído por um juiz de cada Estado e por 11 (onze) advogados-gerais, o TJUE abarcou a competências desses tribunais, avaliando decisões a título prejudicial remetidas pelas jurisdições estatais, interpretando a legislação vigente no bloco para assegurar sua aplicação uniforme, bem como certas ações de anulação e recursos. A esse respeito, vejam-se os artigos 267, 274, 279 e 280 do TFUE:

Artigo 267. (Ex-artigo 234. TCE). O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial: a) sobre a interpretação dos Tratados; b) sobre a validade e a interpretação dos actos adoptados pelas instituições, órgãos ou organismos da União. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal. Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível.

(...)

Artigo 274. (Ex-artigo 240. TCE). Sem prejuízo da competência atribuída ao Tribunal de Justiça da União Europeia pelos Tratados, os litígios em que a União seja parte não ficam, por este motivo, subtraídos à competência dos órgãos jurisdicionais nacionais.

(...)

Artigo 279. (Ex-artigo 243. TCE). O Tribunal de Justiça da União Europeia, nas causas submetidas à sua apreciação, pode ordenar as medidas provisórias necessárias.

Artigo 280. (Ex-artigo 244. TCE). Os acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia têm força executiva, nos termos do artigo 299. (UNIÃO EUROPEIA, 2012, p. 122).

Com sede em Estrasburgo, o TEDH foi fundado em 1959 pelo Conselho da Europa e tornou-se permanente em 1998. Integrado por 47 (quarenta e sete) Estados-membros como última instância de guarda dos direitos fundamentais, não constitui órgão da UE, mas opera subsidiariamente e com força vinculante em face do

esgotamento das vias internas de recurso perante os tribunais nacionais, nos termos dos artigos 35 e 46 da CEDH:

Artigo 35. Condições de admissibilidade. 1. O Tribunal só pode ser solicitado a conhecer de um assunto depois de esgotadas todas as vias de recurso internas, em conformidade com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos e num prazo de seis meses a contar da data da decisão interna definitiva (...).

(...)

Artigo 46. Força vinculativa e execução das sentenças. 1. As Altas Partes Contratantes obrigam-se a respeitar as sentenças definitivas do Tribunal nos litígios em que forem partes. 2. A sentença definitiva do Tribunal será transmitida ao Comité de Ministros, o qual velará pela sua execução. 3. Sempre que o Comité de Ministros considerar que a supervisão da execução de uma sentença definitiva está a ser entravada por uma dificuldade de interpretação dessa sentença, poderá dar conhecimento ao Tribunal a fim que o mesmo se pronuncie sobre essa questão de interpretação. A decisão de submeter a questão à apreciação do tribunal será tomada por maioria de dois terços dos seus membros titulares (...). (CONSELHO DA EUROPA, 1950, p. 27).

Constata-se um maior diálogo vertical entre seus membros e os juízes nacionais, além de um fluxo horizontal regular quanto ao uso de seus precedentes por parte da Corte IDH e da Corte ADHP. Suas decisões têm sido consideradas por juízes engajados no empreendimento comum de proteção dos direitos humanos em termos de legitimidade, cautela e qualidade, caracterizando legítima autoridade persuasiva.

Consolidou-se, assim, a visão de justiça constitucional de base triangular ou “triângulo judicial europeu”, que remete à coexistência de três vértices de sistemas de proteção no continente. Essa tutela judicial é garantida pelos tribunais dos Estados-membros e pelos Tribunais da UE, em especial o Tribunal de Justiça, além do TEDH, competente para interpretar e aplicar a CEDH. De acordo com Duarte (2012), no meio desse triângulo imaginário encontra-se o particular, cidadão da UE ou de qualquer Estado terceiro, que hesita quanto ao tribunal competente para apreciar seu pedido de tutela de um direito violado por órgão judicial nacional ou do bloco regional.

Subjaz um princípio basilar desse sistema, qual seja, *checks and balances*, em que as Cortes estatais respeitam e interagem com Cortes que podem ter ou não caráter supranacional, desde que suas decisões resultem de processos judiciais reconhecidamente independentes e fidedignos e não contrariem preceitos democráticos fundamentais. A partir desse cenário, firmou-se a ideia de “bloco de fundamentalidade” no âmbito europeu. Esse bloco seria formado pelos direitos que

tutelam os valores pluridimensionais inerentes à dignidade da pessoa humana, resultando de diferentes normas garantidoras de origem estatal, comunitária e internacional, congregando os sistemas jurídicos dos Estados-membros da UE.

Prevendo o exercício de uma competência exclusiva da UE em determinados domínios e outra partilhada com os Estados em outros casos, o art. 2º-A, incisos 1, 2 e 5 do Tratado de Lisboa explicitam que:

Artigo 2º-A. 1. Quando os Tratados atribuem à União competência exclusiva em determinado domínio, só a União pode legislar e adoptar actos juridicamente vinculativos; os próprios Estados-Membros só podem fazê-lo se habilitados pela União ou a fim de dar execução aos actos da União. 2. Quando os Tratados atribuem à União competência partilhada com os Estados-Membros em determinado domínio, a União e os Estados-Membros podem legislar e adoptar actos juridicamente vinculativos nesse domínio. Os Estados-Membros exercem a sua competência na medida em que a União não tenha exercido a sua. Os Estados-Membros voltam a exercer a sua competência na medida em que a União tenha decidido deixar de exercer a sua. (...) 5. Em determinados domínios e nas condições previstas pelos Tratados, a União dispõe de competência para desenvolver acções destinadas a apoiar, a coordenar ou a completar a acção dos Estados-Membros, sem substituir a competência destes nesses domínios. Os actos juridicamente vinculativos da União adoptados com fundamento nas disposições dos Tratados relativas a esses domínios não podem implicar a harmonização das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros. (UNIÃO EUROPEIA, 2007, p. 48).

Todavia, inexistia uma política de harmonização ou compatibilização da normativa internacional de proteção dos direitos humanos perante os ordenamentos jurídicos europeus. Isso implica necessariamente no exercício do controle de convencionalidade em matéria de direitos e liberdades fundamentais consagrados perante o organismo regional europeu e seus Estados-membros, medida urgente e necessária ao melhor atendimento do princípio *pro homine* ou *favor persona*.

Mas, a partir do Tratado de Lisboa, houve autorização para a União Europeia integrar, enquanto organismo internacional, a CEDH. A partir de então, intensifica-se a relação entre Direito Comunitário e direitos humanos, marcada pela incorporação de dispositivos convencionais e pela consideração dos direitos humanos como objetivo precípua dessa formação jurídica. Alçando a temática à condição de princípio de Direito Comunitário, as normas a ela inerentes passaram a gozar de efeito direto, alargando a proteção aos direitos e liberdades fundamentais e estimulando tanto a interação entre as Cortes de Luxemburgo e Estrasburgo quanto o aprimoramento da relação com as Cortes nacionais na forma de fertilização cruzada e de diálogo judicial.

Identifica-se certa vinculação entre as principais Cortes regionais europeias, o que implica na unificação das camadas de normas e na criação de um único sistema de proteção que poderia engendrar eventual vinculação do TJUE à CEDH ou, alternativamente, a criação de uma justiça especializada concentrada na CEDH. Ainda que se reconheça esse processo de transição como sendo dotado de múltiplas identidades, em qualquer dos casos seria exigível convergência e atuação coordenada entre as instâncias, vez que a primazia da norma mais favorável à preservação da dignidade humana continuaria a servir de guisa interpretativa aplicável em cada caso submetido à jurisdição competente.

A questão reporta-se ao modo por meio do qual os sistemas jurídicos mundiais podem trabalhar em harmonia, ao invés de contraditoriamente. Tal cooperação pressupõe o diálogo crescente entre Cortes ao redor do mundo, cientes de que as relações transnacionais não serão sempre harmônicas. Todavia, o conflito resultante do diálogo pode resultar no entendimento mútuo da atividade judicante e em futura colaboração, vez que estes não mais enxergariam um ao outro como operadores de esferas jurídicas distintas, mas como parte de um sistema integrado.

Buergenthal (1995, p. 687) elenca alguns aspectos inerentes ao processo:

First, the existence of international tribunals with jurisdiction to deal with complaints by states and individuals alleging violation of international legal obligations; second, the recognition by domestic courts – this will not always come easy or without political pressure – that we live in a world which the routine interaction between national and international tribunals is in the national interest because it promotes the rule of law; and third, the existence of domestic legal institutions that permit and facilitate this interaction.⁵⁵

A concepção de um sistema jurídico global tem como consequência o livre movimento de litigantes, a escolha de fóruns mais adequados à defesa de interesses e a deferência ou rejeição de juízes por razões de eficiência, equidade ou senso de justiça de suas decisões, relativizando suas prerrogativas de jurisdição e soberania. Em outros casos, esse diálogo se transforma em negociação interjudicial para obter cooperação e uma eficiente distribuição de tarefas independentemente de tratados.

⁵⁵ “Primeiro, a existência de tribunais internacionais com jurisdição para lidar com denúncias de Estados e indivíduos que alegam violação de obrigações internacionais; segundo, o reconhecimento por parte das Cortes domésticas – o que nem sempre vem fácil ou sem pressão política – de que vivemos em um mundo no qual a interação rotineira entre tribunais nacionais e internacionais é de interesse nacional por promover a regra de um processo justo; e terceiro, a existência de instituições legais domésticas que permitem e facilitam essa interação.” (Tradução nossa).

Tem-se um sistema legal global sujeito aos desafios de coordenação, integração e harmonização que pode ser incrementado com o estabelecimento de conexões estruturais recíprocas entre órgãos jurisdicionais locais e internacionais em que são discutidos limites de jurisdição, intercâmbio de informações a respeito de direitos materiais, harmonização normativa e combinação de tradições jurídicas marcadas pelos ditames do *civil law* e do *common law*.

Esse movimento de desagregação das relações judiciais remete ao pluralismo dos sistemas jurídicos, devendo ser dirigido pela expressão de uma identidade comum. Suas redes verticais e horizontais, formais e informais, são capazes de mobilizar juízes das mais diversas Cortes em prol de empreendimentos comuns, como é o caso da proteção e defesa dos direitos humanos em escala global.

Para Ost e Kerchove (2000), enquanto intérpretes privilegiados das relações entre as Constituições e demais espécies normativas nacionais e internacionais, as Cortes Supremas de Justiça ocupariam um lugar central no exercício da competência jurisdicional. Entretanto, ao regular as interações multiníveis entre o centro e a periferia dos sistemas jurídicos, elas se sujeitariam a vicissitudes que explicitam tanto debilidades quanto potencialidades resultantes da atividade inventiva e modificadora do Direito. Caberia, assim, ampliar seu papel prospectivo e considerar não apenas “meta-princípios” de alçada constitucional ou supraconstitucional, mas também mecanismos de controle que lhes garantam maior sentido e efetividade.

No campo da interação entre as diferentes redes transgovernamentais, faz-se necessário atentar para as relações de coexistência pacífica ou conflituosa entre instituições nacionais e internacionais. Como atores unitários, os Estados concluem tratados e estabelecem instituições que, a seu turno, criam e hospedam redes transgovernamentais como parte do processo de implementação desses acordos, mas que sofrem do mal de adjudicar funções tipicamente locais.

Também se permite que instituições locais limitem o poder de organismos supranacionais alicerçados no princípio de *checks and balances*, cabendo estruturar relações mais abrangentes e produtivas entre ambos, especialmente quanto à interação direta entre suas contrapartes. Nesses casos, os Estados podem assegurar a permanência do poder primário nas mãos de suas autoridades, complementando-o a nível supranacional e, reconhecendo o caráter primário do poder das instituições supranacionais, preservando o direito de limitá-lo.

Outrossim, diferentes tipos de organizações internacionais podem evoluir a fim de exercer poder e influência não meramente por meio de coerção, mas de coleta e disseminação de informações, coordenação política e desempenho de outras funções, assumindo a forma de secretariados, comissões ou de agências especializadas. Tal fenômeno conferiria novo sentido à busca do cumprimento dos compromissos assumidos, otimizando o trabalho das redes transgovernamentais.

Esse caminho perpassa a criação de convergência a partir de divergências, como ocorre nos casos em que agentes que participam de redes de informação atuam como emissores ou receptores de estilos e técnicas sobre determinadas matérias. Ao passo que concordam ou discordam das proposições, fazem-no conscientemente, com a apreciação de razões próprias ou emanadas de suas contrapartes.

Entende-se que a abertura dos ordenamentos jurídicos ao diálogo com outras jurisdições de caráter internacional ou supranacional seria útil ao enriquecimento mútuo dos sistemas de direito interno e internacional. Os empréstimos judiciais e o intercâmbio de experiências, argumentos, conceitos e princípios voltados para a proteção e promoção dos direitos humanos também permitiriam identificar um repertório de decisões emblemáticas e de melhores práticas em termos de governança, cientes da necessidade de as redes transgovernamentais superarem desafios como *lack of accountability*,⁵⁶ *lack of transparency*⁵⁷ e *lack of legitimacy*.⁵⁸

Ao lado dessas carências, é possível existir arbitrariedade no reconhecimento de normas. Há que se adotar uma metodologia integrativa que expanda a base conceitual das decisões e demais fontes normativas, avançando no campo da interação entre as esferas locais, regionais e globais e potencializando seu impacto por meio do debate político e de ferramentas comuns à interculturalidade jurídica. Nessa sociedade global, os riscos de fragmentação ou relativização normativa assumem a forma de decisões contraditórias, inconsistência doutrinária, colisões de princípios e conflitos entre regras, restando expandir os tradicionais modos de solução de controvérsias na forma de debates, negociações entre atores públicos e privados e de compartilhamento do poder interestatal.

Supondo que as contradições não possam ser evitadas, deveriam os sistemas jurídicos assumir novas formas de auto-observação e autodescrição e criar linhas

⁵⁶ “Falta de responsabilidade.” (Tradução nossa).

⁵⁷ “Falta de transparência.” (Tradução nossa).

⁵⁸ “Falta de legitimidade.” (Tradução nossa).

comunicativas entre arenas distintas. Considerando a fragmentação normativa um reflexo dos “choques de racionalidades” vivenciados pela sociedade global, Fischer-Lescano e Teubner (2004, p. 1017) consideram especulativa a concepção de um direito global: “*any aspiration to the organizational and doctrinal unity of law is surely a chimera. The reason is that global society is a ‘society without an apex or a center’.*”⁵⁹

Assim, para melhor compreender a conexão entre os processos de evolução jurídica e diferenciação social, seria preciso reconhecer que os sistemas jurídicos em sentido estrito existem apenas a nível de Estados-Nações, sendo mais plausível alcançar uma producente compatibilidade entre os diversos fragmentos existentes no espaço transnacional do que concebê-los como um todo unitário ou isoladamente.

No exercício desse mister, há que se levar em conta que a *network theory*⁶⁰ consiste em uma paradoxal combinação de ações lógicas pautadas na unidade de múltiplas configurações hierárquicas. Admitindo o colapso de hierarquias legais no espaço transnacional, faz-se necessário desenvolver formas heterárquicas dedicadas a estabelecer relações fluidas entre os fragmentos do Direito e a reforçar aspectos como transparência, acessibilidade, participação e competência deliberativa em termos de observação mútua entre os elementos da rede e de interpretação de normas substantivas. Tal tarefa resultaria de um processo seletivo de trabalho capaz de fortalecer as conexões já existentes entre regimes jurídicos distintos e entre estes e setores sociais autônomos de caráter governamental ou não-governamental.

Para compreender as colisões entre normas emanadas de diferentes regimes jurídicos, a exemplo de entidades e órgãos nacionais e internacionais, inclusive de caráter regulatório, faz-se necessário lidar com conflitos fundamentais entre princípios organizacionais dos sistemas sociais. Exige-se, assim, que os diferentes corpos judiciais ou quase-judiciais existentes no espaço transnacional se organizem em redes globais para combater as disparidades no campo das expectativas normativas e firmar uma compatibilidade concreta entre racionalidades sistêmicas colidentes, segundo um processo compartilhado, descentralizado e interativo de construção de uma gramática comum no seio de ordens heterárquicas marcadas pela complexidade.

⁵⁹ “Qualquer aspiração à unidade organizacional e doutrinária do Direito certamente é uma quimera. A razão é que a sociedade global é uma ‘sociedade sem um ápice ou um centro’.” (Tradução nossa).

⁶⁰ “Teoria de redes.” (Tradução nossa).

3.3 Diálogo interjurisdicional

Como resultado da globalização, que redefine o sentimento de pertença dos indivíduos e as fronteiras estatais, certa racionalidade do Direito é sacrificada em prol de uma evolução legal multifacetada e da ambivalência entre descentralização e cosmopolitismo. Nesse contexto, o diálogo transjudicial surge como prática hábil a construir legitimidade sob os aspectos normativo e de intercâmbio de experiências.

De acordo com Ferrarese (2009), o fenômeno de *de-nationalization*⁶¹ se torna evidente quando as fronteiras que dividem as jurisdições ao redor do globo se tornem incertas ou questionáveis, o que demanda maior interação entre juízes e Cortes no sentido de solucionar casos críticos e de repercussão global. Essa prática institucional evidenciaria aspectos como *constitutional dialogue*,⁶² *transjudicial dialogue*⁶³ e *judicial comity*,⁶⁴ dentre outros que se referem à prática em que juízes e Cortes fundamentam suas decisões não apenas com base no direito pátrio, mas também em opiniões, direitos e formas de interpretação emanadas de Cortes estrangeiras.

O “paradigma dialógico” seria um dos fenômenos mais marcantes da atualidade por permitir que os atores envolvidos em atividades jurisdicionais possam atuar no campo global, contribuindo para a criação de critérios compartilhados. Sua legitimidade perpassaria juízes e Cortes nacionais, internacionais e supranacionais, além de envolver atores públicos e privados interessados especialmente na questão dos direitos humanos. Transcende-se da legitimidade democrática centrada na soberania nacional como fonte exclusiva do Direito para uma concepção pautada na universalização da proteção de direitos e liberdades fundamentais.

Esse processo desenha uma nova noção de ordem jurídica, constituída por intercâmbios múltiplos e não vinculada a uma pirâmide normativa ou instância política. O fenômeno da mundialização judicial prolifera em um espaço policêntrico, sem hierarquia, em que o diálogo entre juízes supera o provincialismo dissociante ou o internacionalismo hegemônico que comumente caracterizam as relações entre as Cortes domésticas e internacionais.

Sobre esse cenário, Ciuffoletti (2011, p. 209) afirma que:

⁶¹ “Desnacionalização.” (Tradução nossa).

⁶² “Diálogo constitucional.” (Tradução nossa).

⁶³ “Diálogo transjudicial.” (Tradução nossa).

⁶⁴ “Cortesia judicial.” (Tradução nossa).

L'analisi dei differenti sistemi e dei luoghi giurisprudenziali di interazione mostra come ogni risposta si caratterizzi per un'elevato grado di originalità che deriva dalla necessaria opera de contestualizzazione del caso singolo; ciò che la comunità fornisce non sono soluzioni preconfezionate e universali a problemi comuni, ma strategie interpretative capaci di procurare il materiale di base per la decisione. La precipua forza persuasiva di un'argomentazione deve, infatti, convincere la comunità, a partire dalla singola comunità interpretativa nazionale per arrivare, in ultima analisi alla comunità interpretativa transnazionale. Il "dialogo" consiste esattamente in questo: nella volontaria e consapevole partecipazione a una grammatica di base per la protezione dei diritti che trascende il dato interno e nazionale, secondo un'interazione procedurale e metodologica, invece che finalistica.⁶⁵

Com a proliferação de Cortes, seria necessário reconhecer a dependência catalizadora do diálogo transnacional quanto à negociação judicial, objetivando a abertura de transações. O fato de juízes se envolverem nesses processos tem ajudado a desenvolver uma doutrina própria relacionada à *judicial comity*, em que uma série de princípios é criada com o fulcro de guiar as Cortes na deferência dada a seus membros e a suas contrapartes nacionais e estrangeiras. Assume-se a viabilidade de disputas interpretativas em que a cooperação judicial internacional atua como forma de solução de problemas comuns e de criação de uma jurisprudência global.

Apesar da possibilidade de surgimento de disputas e mal-entendidos, a *judicial comity* pode fornecer regras básicas para um diálogo global, compreendendo-se que as interações em curso devem se pautar na disposição de enfrentar os conflitos resultantes. Por conseguinte, a cortesia judicial emerge como um conceito legal e político de respeito às leis e atos de outros Estados que decorre de uma presunção de reconhecimento entendida como algo mais do que cortesia e menos que obrigação.

As Cortes a têm invocado em diferentes contextos para justificar a consideração às decisões estrangeiras na forma de: habilidade para resolver disputas, interpretar e aplicar a lei de modo eficaz; reconhecimento de que as Cortes envolvidas em disputas interpretativas gozam de paridade e se prestam à solução de controvérsias comuns; ênfase distintiva em direitos individuais e funções jurisdicionais

⁶⁵ "A análise dos diferentes sistemas e locais de interação jurisprudencial mostra como uma resposta se caracteriza por um elevado grau de originalidade que deriva do necessário trabalho de contextualização do caso individual; o que a comunidade fornece não são soluções pré-confeccionadas e universais a problemas comuns, mas estratégias interpretativas capazes de fornecer o material de base para a decisão. A precípua força persuasiva de uma argumentação deve, de fato, convencer a comunidade a partir da singular comunidade interpretativa nacional para chegar, em última análise, à comunidade interpretativa transnacional. O 'diálogo' consiste exatamente nisso: em uma participação consciente e voluntária de uma gramática básica para a proteção dos direitos que transcende o dado interno e nacional, segundo uma interação procedimental e metodológica, ao invés de finalística." (Tradução nossa).

de caráter protetivo; e compreensão das disputas como parte do engajamento em empreendimentos jurídicos comuns.

Partindo de uma presunção de identidade, as Cortes se examinariam reciprocamente de acordo com critérios aplicáveis a suas contrapartes em circunstâncias similares, sem desconsiderar os conflitos resultantes. Nessa linha, toda conversação é carregada de disputa e não necessariamente incorre em cooperação permanente, sendo imperativo solucionar eventuais conflitos sem a primazia de uma ordem em relação a outra e mediante a incorporação de novos sentidos normativos, promovendo aprendizado e intercâmbios cooperativos entre as instâncias judiciais.

A esse respeito, Varella (2012, p. 238) explica que:

Muitas vezes, os juízes nacionais são levados a interpretar ou reinterpretar o direito internacional, em reação a decisões estrangeiras. O esforço se torna particularmente interessante quando há um debate sobre qual decisão melhor atende a princípios aceitos tanto no plano doméstico, como no plano internacional, a exemplo da proteção da dignidade da pessoa humana, comum em diferentes contenciosos sobre direitos humanos (...).

Tomadas em conjunto, essas situações representariam a gradual construção de um sistema jurídico interconectado, em que os juízes enxergam uns aos outros não apenas como representantes de um governo em particular, mas como membros de uma profissão que transcende fronteiras. Nesse particular, eles agiriam perante as esferas doméstica e internacional, lidando com dificuldades substantivas e institucionais compartilhadas, cooperando diretamente para a resolução de disputas específicas e aprendendo a partir da experiência e do raciocínio de outros.

Preocupados com o reconhecimento do outro em uma espécie de empreendimento judicial comum, seus operadores estariam voltados a questões de caráter prático como o compartilhamento de políticas judiciais de maior efetividade, solução de demandas emblemáticas e o impacto de regras internacionais e de litigantes em diferentes contextos. Desse modo, o sistema jurídico resultante seria melhor descrito como uma comunidade de Cortes do que uma hierarquia centralizada.

Tratando da expansão judicial transnacional, o diálogo entre juízes representaria duas facetas do processo de mundialização do Direito, referentes às trocas e intercâmbios normativos e a uma nova forma de socialização, nascida do interesse em estabelecer relações recíprocas, cortesias e pacíficas. Considerando o caráter jusgenerativo das Cortes, não apenas os Estados teriam o poder de criar

Direito no momento da celebração de tratados, o que resultaria de diálogos diretos entre litigantes e junto a outras Cortes e instituições internacionais.

3.3.1 Ativismo judicial e *judicial borrowing*

O fenômeno hodierno da fertilização cruzada apresenta particularidades que merecem consideração. Essa interconexão simbólica, cultural e política entre sistemas jurídicos tem se manifestado no domínio de um circuito global multinível, de forma voluntária e não hierárquica. Resultando da dimensão prática do diálogo transjurisdicional na forma de citações mútuas e interação direta, a autoridade recíproca das Cortes envolve não apenas concordância, mas também o dissenso na forma de contrastes, críticas e até de resistência à ideia de uma jurisprudência global.

Os detalhes da temática dizem respeito à identidade do participante, à dimensão interativa do processo e aos motivos da prática do ativismo judicial, do *judicial borrowing* e do diálogo interjurisdicional, viabilizando a construção autoconsciente de uma comunidade global de intérpretes. O conceito evolui da simples menção à jurisprudência estrangeira para um processo interativo em que se constrói um entendimento comum como resultado de opiniões múltiplas.

Sob a ótica do ativismo judicial, o jurídico se transforma em promessa do resgate de dívidas históricas e de resposta a clamores sociais insatisfatoriamente respondidos. Para Barroso (2010), os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial são análogos, sendo aquele decorrente do modelo constitucional adotado como resultado factual do controle jurisdicional previsto no sistema de justiça, ao passo em que este é pura atitude, derivando da escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição e os TIDH, expandindo seu sentido e alcance.

De maneira complementar, evidencia-se o conceito de *judicial borrowing*, consistente na utilização de jurisprudência estrangeira sem a tradicional depuração terminológica e epistemológica que marca o método do direito comparado. Com o empréstimo temático, fundamentos jurídicos e motivações pragmáticas hauridos de Cortes estrangeiras são espelhados em decisões produzidas no âmbito doméstico, ainda que díspares em relação ao respectivo sistema receptor.

Cabe analisar o fenômeno a partir de suas estruturas referenciais, vez que muitos intérpretes se valem da jurisprudência de outros juízes e Cortes a partir do reconhecimento de sua autoridade persuasiva enquanto instrumento argumentativo

ou condição de asseverabilidade. Essa rede de citações cruzadas seria representada no campo semântico pelo diálogo, que não se propõe a sustentar por si só um mundo global e pacificado em torno de um núcleo de valores comuns, mas permite a abertura do contexto jurídico para a argumentação plural e compartilhada que lhe é peculiar.

Diante de dificuldades práticas inerentes ao contínuo movimento de expansão de Cortes de caráter internacional e supranacional, Pereira (2012, p. 192) afirma que “o Direito Internacional busca, alternativamente, migrar suas forças para o aprofundamento da efetividade e do assentimento de suas normas no plano doméstico dos Estados nacionais”, na tentativa de arregimentar parceiros “desejosos” em exercer o papel previamente concebido para aqueles organismos jurisdicionais. O transjudicialismo instrumental exigiria, assim, lidar concomitantemente com a aplicação do direito doméstico em face da ressignificação do Direito Internacional.

Dessa forma, o diálogo judicial transnacional poderia mover as fronteiras entre democracia e constitucionalismo, alterando relações hegemônicas de importação e exportação de precedentes judiciais por meio de novas formas de comunicação e intercâmbio normativo de caráter descentralizado e incremental, que vão além dos *legal transplants*⁶⁶ ou *legal grafts*.⁶⁷ Segundo Watson (1993), estes correspondem à transferência de leis, institutos e instituições jurídicas entre fronteiras geopolíticas ou culturais, sendo identificáveis as ideias de doadores e receptores das transferências realizadas, bem como a de sistemas ou objetos jurídicos transferidos.

Citando-se mutuamente e pedindo emprestado argumentos retóricos e técnicas interpretativas de diferentes jurisdições, tais atores se afirmariam como “engenheiros da mundialização” do Direito, transformando-o em um “produto de exportação”. Recorrendo a soluções externas para elaborar uma linguagem comum que transcenda fronteiras, busca-se equalizar problemas dos sistemas jurídicos em um ambiente marcado por diferentes manifestações da complexidade social.

A esse respeito, Santoro (2003, p. 116) aduz que:

Il fatto che il fenomeno si sviluppi nello spazio transnazionale rende molto meno cogenti i richiami ai testi normativi, lasciando più libertà ai giudici di sviluppare una rete di riferimenti giurisprudenziali che prescindono da ogni rinvio alle varie gerarchie delle fonti del diritto per svilupparsi su di un piano paritario. Si può dire che gli organi giudiziari, caratterizzati da una struttura

⁶⁶ “Transplantes legais.” (Tradução nossa).

⁶⁷ “Enxertos legais.” (Tradução nossa).

diffusa e plurale, dimostrano de essere capaci di adeguarsi alla globalizzazione, meglio degli organi politico-amministrativi.⁶⁸

Alguns precedentes ilustram o conceito: no Caso *Lawrence vs. Texas*, de 2003, a Suprema Corte dos Estados Unidos recorreu à jurisprudência da Corte EDH no Caso *Dudgeon vs. United Kingdom*, de 1981, para decidir pela inaplicabilidade de legislação do Estado do Texas que proibia relações homossexuais, caracterizadas como sodomia. Isso gerou grande embate ideológico no país, vez que a decisão não se valeu de expedientes formais do direito comparado ou do Direito Internacional Público, criando uma espécie de costume internacional para lidar com lacunas normativas; em outro caso norte-americano, a lei que estabelecia limite máximo para despesas em campanhas eleitorais foi questionada por uma associação local com base em um memorial que continha um inventário da legislação de diversos países.

No caso dos tribunais mistos criados para julgar crimes de guerra cometidos em Kosovo, Camboja e Iraque, esse intercâmbio judicial pautou-se na necessidade de operacionalizar os julgamentos em face de culturas jurídicas distintas; e, posteriormente aos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, diversos países integrantes da Comunidade Europeia decidiram substituir o processo de extradição por um processo unificado denominado “mandado de detenção”, em que o detido em país estrangeiro deveria ser prontamente entregue à respectiva autoridade, o que foi fruto da discussão realizada entre juízes de diferentes nacionalidades.

A África do Sul também consagra um caso emblemático de como é possível firmar esse diálogo na forma de empréstimos judiciais, já que a Constituição Sul-Africana de 1996 prevê expressamente a prerrogativa de seus Juízes Constitucionais valerem-se de opiniões ou fundamentos jurídicos estrangeiros durante o processo de formação de seu convencimento. O Caso nº CCT/3/94 ou *The State vs. T. Makwanyane and M. Mchunu* é o primeiro a retratar essa realidade por previsão expressa de norma constitucional originária, não se limitando a preferências pessoais de cada intérprete, nos termos dos parágrafos 333, 334 e 344 da sentença prolatada em 6 de junho de 1995 pela Corte Constitucional do país:

⁶⁸ “O fato de o fenômeno se desenvolver no espaço transnacional torna muito menos cogente a referência a textos legais, dando mais liberdade para os juízes desenvolverem uma rede de referências jurisprudenciais que exclui qualquer obediência às várias hierarquias das fontes do direito e cresce em pé de igualdade. Pode-se dizer que os órgãos judiciais, caracterizados por uma estrutura difusa e plural, demonstram serem capazes de se adequarem à globalização, em meio à maioria dos órgãos político-administrativos.” (Tradução nossa).

333. Are the rights to life and dignity breached by the death penalty? The death sentence has been part of South African law since the colonial era. Not only has the law permitted the death sentence, but it has been regularly imposed by courts and carried out by the government. For many years, South Africa had the doubtful honour of being a world leader in the number of judicial executions carried out. Although there is some uncertainty about the statistics, it appears that between 1981 and 1990 approximately 1100 people were executed in South Africa (...). The death sentence was imposed sometimes for crimes that were motivated by political ideals. In this way the death penalty came to be seen by some as part of the repressive machinery of the former government (...).

334. The purpose of the death penalty is to kill convicted criminals. Its very purpose lies in the deprivation of existence. Its inevitable result is the denial of human life. It is hard to see how this methodical and deliberate destruction of life by the government can be anything other than a breach of the right to life.

(...)

344. In conclusion, then, the death penalty is unconstitutional. It is a breach of the rights to life and dignity that are entrenched in sections 9 and 10 of our Constitution, as well as a breach of the prohibition of cruel, inhuman and degrading punishment contained in section 11 (2). The new Constitution stands as a monument to this society's commitment to a future in which all human beings will be accorded equal dignity and respect. We cannot postpone giving effect to that commitment.⁶⁹ (ÁFRICA DO SUL, 1995, p. 108).

Na ocasião, a Corte declarou inválida a pena de morte e proibiu o Estado e qualquer de seus órgãos de executarem os condenados à pena capital, invocando precedentes da CEDH e de tribunais ao redor do globo como: Suprema Corte dos Estados Unidos, Suprema Corte do Canadá, Tribunal Constitucional Federal Alemão, Tribunal Constitucional Húngaro, Suprema Corte da Índia, Tribunal de Apelação da Tanzânia e as Cortes norte-americanas da Califórnia e de Massachusetts.

⁶⁹ “333. Os direitos à vida e à dignidade são violados pela pena de morte? A sentença de morte tem sido parte do direito sul-africano desde o período colonial. A lei não apenas tem permitido a sentença de morte, como isso tem sido regularmente imposto pelas Cortes e executado pelo governo. Por muitos anos, a África do Sul teve a duvidosa honra de ser uma das líderes mundiais no número de cumprimento de execuções judiciais. Apesar de existir alguma incerteza a respeito das estatísticas, parece que entre 1981 e 1990 aproximadamente 1100 pessoas foram executadas na África do Sul (...). A sentença de morte foi imposta algumas vezes para crimes motivados por razões políticas. Dessa forma, a pena de morte passou a ser vista por alguns como parte da máquina repressiva do antigo governo (...).”; “334. O propósito da pena de morte é executar criminosos convictos. Esse mesmo propósito repousa na privação da existência. Seu resultado inevitável é a negação da vida humana. É difícil ver como essa metódica e deliberada destruição da vida pelo governo pode ser outra coisa senão uma violação do direito à vida.”; e “344. Em conclusão, então, a pena de morte é inconstitucional. É uma violação dos direitos à vida e à dignidade que estão entrenchados nas seções 9 e 10 de nossa Constituição, assim como é uma violação da proibição de penas cruéis, desumanas e degradantes contida na seção 11(2). A nova Constituição repousa como um monumento ao compromisso da sociedade com um futuro em que serão conferidos a mesma dignidade e respeito a todos os seres humanos. Nós não podemos adiar a efetivação desse compromisso.” (Tradução nossa).

Para Pereira (2014), as interações transjudiciais resultam de um complexo fenômeno sociológico que acompanha o movimento de expansão do Direito e das funções judiciais, importando no reconhecimento de um novo sentido dos sistemas de direito interno e internacional. Porém, essa forma de interação transcultural tem desencadeado uma série de críticas, notadamente quanto à discricionariedade e ao papel criativo de juízes e Cortes, além da suposta inexistência de uma racionalidade epistemológica própria, configurando situações de privilégio ou de negação de contrapartes de modo narcisista ou xenofóbico.

No contexto do transjudicialismo, o dilema do pluralismo se revelaria na fragmentação dos diversos sistemas de direito, acarretando a proliferação de Cortes e de juízes que poderiam servir à ampliação da diversidade intercultural ou, contrariamente, à consolidação de projetos hegemônicos. Já a incomensurabilidade de valores estaria associada ao dilema de justificação racional dos juízos de escolha e de admissibilidade de precedentes alienígenas por parte das diversas instâncias jurisdicionais, ensejando o problema de distinção entre diferentes culturas judiciais.

A advertência de Allard e Garapon (2006, p. 7) se dirige a um fenômeno que viria a revolucionar os modos de produção, reprodução e transmissão do Direito nos anos vindouros, qual seja, o “comércio entre juízes”, vez que “o Direito se tornou um bem intercambiável. Transpõe as fronteiras como se fosse um produto de exportação. Passa de uma esfera nacional para outra, por vezes infiltrando-se sem visto de entrada.” Por meio de fóruns informais e independentes, esse intercâmbio visa a superação do caráter vinculativo e homogêneo dos sistemas de direito interno com a reunião de argumentos de Cortes nacionais, internacionais ou supranacionais.

O criticismo a esse fenômeno pode ser visto como expressão do medo de um “governo de juízes”, em que os países desfavorecidos em tais relações de poder teriam de se defender do imperialismo norte-americano ou do eurocentrismo. Afora questões como desenvolvimento econômico e padrões democráticos, restaria o cuidado com a importação indiscriminada de regras e técnicas de interpretação e aplicação do direito transnacional, uma vez que estas poderiam esconder políticas de dominação sob o manto da retórica dos direitos humanos.

Por conseguinte, subsiste a resistência daqueles que sustentam uma disparidade entre a influência exercida por diferentes países no contexto do diálogo judicial transnacional. A dualidade entre países ricos e pobres, desenvolvidos e subdesenvolvidos, além da alegada existência de um déficit democrático, levantaria

dúvidas acerca da viabilidade do diálogo horizontal entre juízes e Cortes de diferentes regiões do globo, implicando em perda de legitimidade desse modelo de governança.

No Caso *Roper vs. Simmons*, relacionado à pena de morte e julgado em 2005 pela Suprema Corte dos Estados Unidos, a instrumentalização argumentativa entre diferentes sistemas jurídicos foi evidenciada pelo juiz Antonin Scalia, como aponta Delmas-Marty (2006). Todavia, sob o argumento de que os empréstimos judiciais e o diálogo entre juízes e Cortes corresponderiam a "infiltrações" de leis estrangeiras e doutrinas jurídicas, estados norte-americanos têm sancionado leis que proíbem seus tribunais de fundamentar decisões pautadas em normas estrangeiras.

No Kansas, tribunais, órgãos administrativos e jurisdicionais não referenciam sistemas legais estrangeiros que não concedam os mesmos direitos garantidos pelas Constituições estadual e federal. Predominam, então, argumentos contrários ao diálogo judicial transnacional, cabendo rediscutir tais preceitos sob a égide do *pluralisme ordonné*,⁷⁰ capaz de evitar a sobreposição de uma ordem hegemônica ou a gênese de uma "desordem impotente".

A seu turno, Choudhry (2006, p. 24) defende que:

The dialogical method of comparative engagement may equip US courts to respond to Scalia's challenge. I may help the leaders of the US Supreme Court's comparative turn to reject the dichotomy between binding and non-binding uses of comparative materials, opening up the space for a third option which accords comparative materials a distinctive legal significance without raising the fears of judicial activism or threats to US sovereignty. The Court may itself be heading toward this understanding.⁷¹

Também pode-se dizer que a preocupação com a ditadura dos juízes ou com a onipotência do Judiciário deriva da interpretação errônea atribuída a fenômenos como influência e interpretação no campo dialógico, em que o primeiro prepondera frente ao segundo por força dos diversos fatores econômicos, culturais e sociais que alteram o equilíbrio das relações entre os Estados e seus poderes instituídos.

De Vergottini (2010) explica que o ponto de partida da análise consiste na significativa distinção entre os conceitos de "influência" e de "interação". Enquanto o

⁷⁰ "Pluralismo ordenado." (Tradução nossa).

⁷¹ "O método dialógico de engajamento comparativo pode equipar as Cortes norte-americanas para responder ao desafio de Scalia. Eu posso ajudar os líderes da virada comparativa da Suprema Corte norte-americana a rejeitar a dicotomia entre o uso vinculante e não vinculante de materiais comparativos, abrindo espaço para uma terceira opção que atribui um significado jurídico distinto a materiais comparativos sem levantar o receio do ativismo judicial ou de ameaças à soberania norte-americana. A própria Corte pode avançar nesse sentido." (Tradução nossa).

primeiro revela ser unidirecional, o segundo implica em reciprocidade em torno do reconhecimento da *opinio juris* dominante; consequentemente, a negociação judicial manifestada por meio da interação argumentativa entre juízes e Cortes dos mais diversos tipos se manifestaria na forma de abertura discursiva e acolhimento da *ratio decidendi* estrangeira, suplantando o isolacionismo e a arbitrariedade peculiar à supremacia de alguns sistemas jurídicos. Com a incorporação de um significado metodológico ao processo, espera-se alcançar convergência semântica e soluções incrementais para um dado problema, transcendendo de monólogos ao diálogo.

Em vez de interações judiciais caóticas, a existência de um ideal comum seria preponderante para a manutenção da coerência e da efetividade sistêmica, tendo em vista a função estratégica de possibilitar a superação de problemas estruturais no marco das relações internacionais, como se pretende em relação ao âmbito de aplicação dos diversos regimes de proteção dos direitos humanos, em que se forma um consenso informado em torno do núcleo estruturante desses direitos, com a emergência de princípios e técnicas capazes de lhes outorgar maior efetividade.

Como membros de uma comunidade jurídica que transcende fronteiras, os operadores jurisdicionais atuam por meio de um diálogo transversal que permite problematizar teses e soluções distintas com fulcro na argumentação jurídica transnacional. Nesse campo, não há que se esperar uma relação de reciprocidade absoluta para que as relações sejam firmadas, tampouco é possível sistematizá-las a contento. Reconhece-se que o cenário global se encontra em contínuo processo de construção e reconstrução, sendo o diálogo transnacional pautado pela liberdade de acesso, pluralismo, vantagens e riscos que lhe são peculiares.

Essa nova dimensão dialógica favoreceria especialmente os direitos humanos, por serem positivados em instrumentos multiníveis que permitem uma visão ampla a respeito das possíveis garantias judiciais em torno de sua titularidade e de seu próprio núcleo fundamental. Transcendendo da mera recepção a um diálogo autoconsciente por envolver deliberação comparativa, tal intercâmbio se prestaria a otimizar a proteção de direitos universais em diferentes contextos ao redor do globo.

Nesses casos, a adjudicação dos direitos humanos é discutida com o uso de critérios globais, mas considerando os aspectos contextuais dos casos apresentados em determinada jurisdição estatal. Isso conferiria aos órgãos envolvidos maior flexibilidade e pluralidade em termos de governança, suplantando a exacerbação do

formalismo procedimental em prol do fornecimento de respostas afetadas a situações e demandas de maior complexidade.

A elasticidade peculiar a esse modo de interpretação e aplicação do Direito permitiria que fluxos e influxos emanados de várias jurisdições ao redor do globo alargassem o discurso jurídico e enriquecessem a jurisprudência em torno da concretização dos direitos humanos. Longe de ser um mecanismo de simplificação universalista, o uso interativo de argumentos e precedentes estrangeiros figura como expediente de asseverabilidade da norma mais favorável à pessoa humana.

A interpretação do direito transnacional é impulsionada, assim, por uma noção de justiciabilidade global, ainda que o intercâmbio normativo possa depender de circunstâncias processuais peculiares a cada sistema de direito interno. Essa nova cultura jurídica, fundada na negociação judicial, permite que órgãos das mais variadas jurisdições atuem não apenas por meio de relações hierárquicas ou verticalizadas, comuns no âmbito do Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos (SEPDH) e em desenvolvimento no SIPDH; também é possível construir intercâmbios normativos de caráter horizontal, pautados em uma nova semântica jurídica.

Guerra e Lima Sobrinho (2015) destacam que, em se tratando de matérias complexas, especialmente aquelas ligadas a normas definidoras de direitos e liberdades fundamentais, é comum entender a atividade jurisdicional como um complexo reduto da luta política da sociedade, nos temas em que se suscita o que se convencionou chamar de *reasonable disagreements*,⁷² situações argumentativas desconcertantes em que a mediação política não percebe a porosidade das posições antagônicas estabelecidas a partir da complexidade social.

Em se tratando de relações de convergência, uma espécie de consenso informado pode ser útil ao desenvolvimento de melhores abordagens teórico-práticas em torno do núcleo rígido dos direitos humanos, conferindo-lhes maior efetividade. Por meio desse diálogo transversal, surgem estratégias argumentativas capazes de atribuir à jurisprudência global maior força ou autoridade persuasiva, a depender da legitimação conferida pelos próprios Estados e pela comunidade internacional.

Sob a ótica de uma comunidade global de intérpretes, a discussão evolui dos monólogos ao diálogo interjurisdicional, explorando valores e dilemas capazes de fornecer novos horizontes interpretativos. Essa propensão serve como ferramenta de

⁷² “Discordâncias razoáveis.” (Tradução nossa).

otimização recíproca dos sistemas de direito interno e internacional na medida em que a ponderação é exercida em largo espectro, considerando a diversidade cultural que os cerca. Logo, o *obiter dictum* resultante pode vir a confirmar ou a confrontar entendimentos anteriores, legitimando a experiência judicial de caráter transnacional por meio do *consensus* ou da *dissidente opinion* enquanto fundamento.

A esse respeito, Slaughter (2004, p. 243) acrescenta que:

In addition, judges thinking both globally and nationally might be more inclined to try to identify the underlying common principle at work in a range of different doctrinal approaches. They might come to see their national case law as only one manifestation of this principle. The result could be a global jurisprudence, at least in some areas, combining universality with pluralism (...). They would all be participants simultaneously in national legal systems and the construction of a global legal system.⁷³

Suplantando a recepção de princípios e o compartilhamento de técnicas de interpretação, assim como a construção de uma solução comum ou a força resultante de um consenso internacional relativo à tutela de direitos e liberdades fundamentais, o valor intrínseco do diálogo interjurisdicional reside em seu método. O caminho percorrido com o uso de uma linguagem comum de precedentes e opiniões judiciais convergentes ou contrastantes poderá se converter em um instrumento de maior autoridade persuasiva que as decisões tomadas isoladamente.

Assumindo uma postura isolacionista, os juízes e Cortes que decidem não se empenhar na atividade dialógica transnacional acabam enclausurando os sistemas de direito interno em torno de si mesmos. Sua influência diminuirá sensivelmente na esfera global também como emissora da *opinio juris* a respeito de temas capitais, com a prevalência do fenômeno de autorreferenciamento em detrimento de sua participação em uma comunidade interpretativa de caráter evolutivo e intercambiável.

O trabalho de construção de uma epistemologia jurídica autônoma exigiria a propensão dos Estados ao firmamento de diálogos produtores com homólogos estrangeiros no sentido de empreender empréstimos retóricos que superem o isolacionismo de cada sistema de direito interno e construam uma jurisprudência

⁷³ “Adicionalmente, juízes que pensam tanto global quanto localmente podem ser mais inclinados a identificar o princípio comum subjacente ao trabalho em diferentes abordagens doutrinárias. Eles podem ver sua jurisprudência nacional apenas como uma manifestação desse princípio. O resultado poderia ser uma jurisprudência global, pelo menos em algumas áreas, combinando universalidade com pluralismo (...). Todos seriam simultaneamente participantes nos sistemas jurídicos nacionais e na construção de um sistema jurídico global.” (Tradução nossa).

evolutiva, pragmática e persuasiva. Seu valor simbólico deve ultrapassar o utilitarismo jurídico e político contrário ao pluralismo de ideias, à consciência deliberativa e ao compartilhamento de experiências na administração de justiça.

Ciente dos riscos envolvidos, seria por intermédio do conhecimento e da difusão de diferentes visões de mundo a respeito de problemas comuns em precedentes nacionais, internacionais ou mesmo supranacionais que o transjudicialismo poderia culminar em uma comunidade de Cortes com identidade própria. Dirigindo-se aos textos normativos que a fundamentam, a interação judicial transnacional estaria adstrita a critérios hermenêuticos comuns à argumentação dialógica, vez que a linguagem seria capaz de vincular a faculdade interpretativa dos atores envolvidos, mas negando o poder criativo do Direito em sua plenitude.

Ainda que em construção e sujeita aos diversos riscos e críticas de diferentes matizes, a metodologia peculiar a essa nova dialética inclusiva poderia deslocar a discussão sobre constitucionalidade para a convencionalidade, a proteção dos direitos fundamentais para a garantia dos direitos humanos e a imposição de poder intraestatal para a interdependência de poder interestatal, revelando um ambiente institucional mais adequado para as práticas de cooperação.

4 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Em termos gerais, o controle de convencionalidade consiste em um mecanismo complementar e coadjuvante ao controle de constitucionalidade, visando a adaptar ou conformar os atos e as leis produzidos internamente aos compromissos de direitos humanos assumidos pelos Estados na esfera internacional. Há que se esclarecer que se utiliza o termo “convencionalidade” porque, diferentemente do que ocorre com o controle de constitucionalidade, o paradigma de controle em questão não reside na Constituição nacional, mas nas convenções de direitos humanos.

4.1 Breve histórico

Mazzuoli (2012) afirma que o controle de convencionalidade originou-se na França, em um caso em que o Conselho Constitucional francês, na decisão 74-54 DC, de 1975, entendeu não ser competente para analisar a convencionalidade preventiva das leis, ou seja, sua compatibilidade perante os tratados ratificados pelo país, no caso, a CEDH. Todavia, enquanto técnica legislativa ou hermenêutica destinada a determinar *in abstracto* o cumprimento das obrigações de um Estado frente a normas consuetudinárias de caráter universal, pode-se dizer que a questão remete à CVDT.

Atualmente, esse mecanismo de controle deriva do complexo movimento de expansão quantitativa e qualitativa do Direito Internacional, que passou a abranger diversos campos da conduta social, a exemplo do que ocorre em matéria de direitos humanos, demandando o fortalecimento dos procedimentos de interpretação e cumprimento de suas normas perante os órgãos judiciais ou quase-judiciais de solução de controvérsias que se projetam para além dos Estados, não raras vezes com caráter reconhecidamente supranacional.

Hitters (2009, p. 111) explica que o *control de convencionalidad*⁷⁴ foi inaugurado no SIPDH com o processamento do *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala* perante a Corte IDH em 2003. Entretanto, isso não significa que apenas a partir desse momento tenha surgido a preocupação com a compatibilidade entre as normas de direito interno e internacional e com o consequente cumprimento das obrigações internacionais assumidas pelos Estados da região: “*lo que en verdad ha*

⁷⁴ “Controle de convencionalidade.” (Tradução nossa).

sucedido es que desde ese momento se utiliza tal fraseología.”⁷⁵ Quer-se dizer que essa Corte não objetiva modificar de forma direta o direito doméstico, mas “controlar” se suas normas acatam ou não as convenções internacionais de direitos humanos.

Esclareça-se que desde a *Opinión Consultiva OC-14/94*, emitida a pedido da Comissão IDH, estabeleceu-se que os Estados-Partes do SIPDH devem controlar sua produção normativa, tendo em vista a responsabilização internacional por expedição ou aplicação de leis violatórias do regime de proteção convencional:

La Corte, por unanimidad, decide que es competente para rendir la presente opinión consultiva. Y es de opinión por unanimidad, 1. Que la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación de ésta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado. 2. Que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención, genera responsabilidad internacional para tal Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya *per se* un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que ejecutaron el acto.⁷⁶ (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1994, p. 16).

Enquanto controle *in concreto*, Ramos (2004) destaca o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial do controle de convencionalidade no SIPDH ao longo dos últimos anos. Seu fundamento repousa nas obrigações *erga omnes* assumidas voluntariamente pelos Estados-Partes do SIPDH quando da ratificação da CADH, notadamente naquelas constantes de seus arts. 1º e 2º, prevalecendo de forma enfática como apelo regional para unificação da interpretação jurídica dessas normas.

Ao se submeterem de forma livre à jurisdição contenciosa da Corte IDH, esses Estados acabam reconhecendo-a como intérprete autêntica e final dessa convenção e vinculando-se à jurisprudência convencional resultante de sua atividade interpretativa, manifestada precipuamente pela inspeção das disposições de alcance geral impugnadas à luz do direito convencional vigente na região.

⁷⁵ “O que em verdade aconteceu foi que desde esse momento se utiliza tal terminologia.” (Tradução nossa).

⁷⁶ “A Corte, por unanimidade, decide ser competente para expedir a presente opinião consultiva. E é de opinião, por unanimidade, 1. Que a expedição de uma lei manifestamente contrária às obrigações assumidas por um Estado ao ratificar ou aderir à Convenção constitui uma violação desta e, no caso em que essa violação afete direitos e liberdades protegidos a respeito de indivíduos determinados, gera a responsabilidade internacional de tal Estado. 2. Que o cumprimento por parte de agentes ou funcionários do Estado de uma lei manifestamente violatória da Convenção gera responsabilidade internacional para o Estado. No caso em que o ato de cumprimento constitua *per se* um crime internacional, gera também a responsabilidade internacional dos agentes ou funcionários que executaram o ato.” (Tradução nossa).

Por essa razão, suas sentenças possuem um alto valor para a compreensão das obrigações relativas à proteção e à promoção dos direitos humanos, constituindo-se em guisa de orientação e em legítimas obrigações de resultado, conforme arts. 67 a 69 da CADH. Conforme compêndio da Corte IDH, a doutrina do controle de convencionalidade vem sendo desenvolvida na região nos seguintes termos:

Esto nos lleva al tema del necesario análisis que deben realizar los órganos e agentes estatales (particularmente los jueces y demás operadores de justicia) sobre la compatibilidad de las normas y prácticas nacionales con la Convención Americana. En sus decisiones y actos concretos dichos órganos y agentes deben cumplir con la obligación general de garantizar los derechos y libertades protegidos en dicho tratado, asegurándose de no aplicar normas jurídicas internas violatorias de la Convención Americana, así como aplicando correctamente este tratado y los estándares desarrollados por la Corte Interamericana.⁷⁷ (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2013, p. 33).

Revelando norma consuetudinária de Direito Internacional, a CADH cria obrigações gerais de respeito e de garantia quanto ao gozo de direitos e liberdades reconhecidos a qualquer pessoa sob a jurisdição dos Estados-Partes do SIPDH. Enquanto o dever de respeito compreende a restrição do poder estatal, o dever de garantia implica em condutas positivas destinadas a efetivar cada direito substantivo em situações particulares, envolvendo a organização do aparato governamental nas tarefas de investigação, punição e prevenção de futuras violações de direitos humanos. Constatando-se o descumprimento de ditas obrigações por atos comissivos ou omissivos de qualquer poder, órgão ou autoridade pública, independentemente de sua hierarquia, revela-se o fundamento da responsabilidade internacional do Estado.

Em estreita relação com as obrigações gerais, a norma convencional também exige a adoção de disposições de direito interno, sejam legislativas ou de qualquer natureza, necessárias ao cumprimento das obrigações assumidas voluntariamente e de boa-fé perante a comunidade internacional, medidas estas que devem ser dotadas do devido efeito útil. Ainda que o conteúdo material do direito em xequo deva ser regulamentado por norma de direito interno, os deveres de respeito e garantia são

⁷⁷ “Isso nos leva ao tema da necessária análise que os órgãos e agentes estatais (particularmente os juízes e demais operadores de justiça) devem realizar sobre a compatibilidade das normas e práticas nacionais com a Convenção Americana. Em suas decisões e atos concretos, esses órgãos e agentes devem cumprir com a obrigação geral de garantir os direitos e liberdades protegidos no citado tratado, assegurando a não aplicação de normas jurídicas internas violatórias da Convenção Americana, assim como aplicando corretamente este tratado e os padrões desenvolvidos pela Corte Interamericana.” (Tradução nossa).

exigíveis de forma imediata e vinculam os Estados na esfera internacional desde a entrada em vigor da CADH no ordenamento jurídico de cada signatário, não dependendo de nenhuma declaração dos órgãos de supervisão e controle do SIPDH.

Em termos estritos, o Estado pode violar essas obrigações com a edição de normas de direito interno contrárias ao conteúdo da proteção conferida pelo direito convencional. Ainda que aprovadas em regimes democráticos e respaldadas por instrumentos de participação popular, tais normas não seriam automaticamente legítimas frente ao DIDH, devendo-se verificar a compatibilidade de sua aplicação ou interpretação para com o conteúdo material dos direitos substantivos estabelecidos por essa convenção e demais instrumentos de proteção e promoção dos direitos humanos, assim como frente à interpretação conferida a estes pela Corte IDH.

Mac-Gregor (2011) afirma tratar-se da fixação, por esse órgão jurisdicional, de um “padrão mínimo de proteção” que emana do direito e da jurisprudência convencional em matéria de direitos humanos, padrão esse que deve ser ampliado por normas nacionais de alçada constitucional ou infraconstitucional. Tal tarefa seria tangível a partir da incorporação de preceitos normativos para além da convenção e de seus protocolos facultativos, tais como: demais TIDH e congêneres vigentes na região ou no SUPDH; informes, recomendações, opiniões consultivas e resoluções dos organismos de proteção e promoção dos direitos humanos; princípios informadores; e costume internacional, formando um “bloco de convencionalidade”.

Quanto a normas de interpretação e de reconhecimento, os arts. 29, alíneas “b” e “c” e 31 da CADH preveem que nenhuma de suas disposições pode: “(...) *limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados*”; “(...) *excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno*”; e “(...) *podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77.*” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969, p. 11).⁷⁸

⁷⁸ “(...) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possa ser reconhecido de acordo com as leis de qualquer dos Estados-Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um de tais Estados”; “(...) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humanos ou que derivam da forma democrática representativa de governo.”; e “(...) poderão ser incluídos no

A própria jurisprudência convencional atrela a atuação estatal ao primado da prevalência da norma mais favorável à pessoa humana, vide parágrafo 52 da *Opinión Consultiva OC-5/85*: “(...) si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana.”⁷⁹ (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1985, p. 18). Esse padrão de proteção deve ser ampliado sempre que se identifique maior efetividade à norma em questão, dada a natureza transnacional das garantias conferidas a seus titulares em termos de responsabilização legal e de não repetição de abusos contra seu gozo e fruição em situações vindouras.

Assim, os Estados-Partes do SIPDH devem se privar de adotar ou eliminar de seus ordenamentos jurídicos qualquer norma contrária aos direitos e liberdades assegurados convencionalmente. O dever de adotar medidas de qualquer natureza que preservem seus núcleos basilares ao menos em patamares mínimos alcança desde o texto constitucional até meras resoluções administrativas, sendo possível ampliar o rol que os compreende e criar patamares mais elevados de garantia em cada sistema de direito interno.

Sob essa vertente, a lógica do modelo tutelar próprio do regime convencional reside na necessidade de apreciar a racionalidade, a proporcionalidade e a pertinência de fatos e atos de direito interno sob a perspectiva dos direitos humanos. Verificada a imposição de limites ou restrições ao exercício dos direitos e liberdades tutelados pelo DIDH, bem como inexistindo processos internos dedicados à garantia de seu livre gozo e fruição e à efetividade do direito e da jurisprudência convencional, restaria configurado o desrespeito às obrigações naturais dos Estados-Partes do SIPDH. Consequentemente, caberia apurar eventuais violações de direitos humanos na forma de ilícito internacional, ensejando reparação e prevenção em casos futuros.

Conforme Steiner e Uribe (2014, p. 6), a assunção da obrigação convencional exige colocar em prática todo o aparato estatal para a promoção e proteção dos direitos humanos, importando na adoção de medidas legislativas, judiciais, administrativas ou de outra natureza, bem como a remoção de quaisquer obstáculos que impeçam o livre e pleno gozo dos direitos e liberdades enunciados:

regime de proteção desta Convenção outros direitos e liberdades que sejam reconhecidos de acordo com os procedimentos estabelecidos nos artigos 76 e 77.” (Tradução nossa).

⁷⁹ “(...) se a uma mesma situação são aplicáveis a Convenção Americana e outro tratado internacional, deve prevalecer a norma mais favorável à pessoa humana.” (Tradução nossa).

Al respecto, la obligación convencional exige poner en marcha todo el aparato estatal para la promoción y protección de los derechos humanos. Aquí, los operadores jurídicos, en particular los órganos de la administración de justicia, sus jueces, fiscales y defensores públicos, poseen un papel preponderante en exigir la convencionalidad, a través de la aplicación de las normas, los estándares y la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos, como parte integrante del eslabón estatal obligado a efectivizar estos derechos (...). Muestra de ello es que las instituciones nacionales, como los órganos de la administración de justicia y sus operadores, han incorporado, paulatinamente, no sólo las normas de los tratados internacionales de derechos humanos, sino también los criterios jurisprudenciales interamericanos, coadyuvando, a través de sus propios pronunciamientos, a la interpretación de los instrumentos internacionales y al desarrollo de nuevos estándares internacionales en la materia (...). Esta viva interacción entre las normas internacionales de derechos humanos y los principios y normas del ámbito interno se retroalimenta permanentemente y se encuentra en constante movimiento. Le otorga especial dinamismo a la relación entre el derecho interno y el derecho internacional, en la perspectiva de garantizar y efectivizar los derechos humanos, internacionalmente protegidos, en el plano nacional a través de la exigibilidad de la Convención en los procesos domésticos.⁸⁰

Em diversas oportunidades, proclamou-se que os Estados devem exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas nacionais aplicadas a casos concretos e as normas internacionais definidoras de direitos e liberdades fundamentais. Exige-se, assim, o exercício obrigatório de um mecanismo de controle da adequação ou conformidade das normas de direito interno para com as normas de conteúdo humanístico que obrigam os Estados perante a comunidade internacional.

Entende-se que a conformidade resultante do controle de constitucionalidade é insuficiente à consolidação da proteção dos direitos humanos no âmbito nacional. Dessa forma, o controle de convencionalidade presta-se a compatibilizar as normas domésticas em relação às normas internacionais de direitos humanos, em uma tentativa de ampliar o diálogo interjurisdiccional. Conforme Sudre (2004), sua finalidade reside em garantir-lhes um padrão mínimo a ser concretizado pelos Estados.

⁸⁰ “A esse respeito, a obrigação convencional exige colocar em marcha todo o aparato estatal para a proteção e promoção dos direitos humanos. Aqui, os operadores jurídicos, em particular os órgãos da administração de justiça, seus juízes, fiscais e defensores públicos, possuem um papel preponderante em exigir a convencionalidade, por meio da aplicação das normas, dos padrões e da jurisprudência internacional em matéria de direitos humanos, como parte do elo estatal obrigado a efetivar esses direitos. Prova disso é que as instituições nacionais, como os órgãos de administração de justiça e seus operadores, têm incorporado, paulatinamente, não apenas as normas dos tratados internacionais de direitos humanos, mas também os critérios jurisprudenciais interamericanos, coadjuvando, por meio de seus próprios pronunciamientos, à interpretação dos instrumentos internacionais e ao desenvolvimento de novos padrões internacionais na matéria (...). Esta viva interação entre as normas internacionais de direitos humanos e os princípios e normas do âmbito interno se retroalimenta permanentemente e se encontra em constante movimento. Lhe dá especial dinamismo a relação entre o direito interno e o direito internacional, na perspectiva de garantir e efetivar no plano nacional os direitos humanos internacionalmente protegidos por meio da exigibilidade da Convenção nos processos domésticos.” (Tradução nossa).

Consequentemente, os compromissos comuns ao DIDH se convertem em normas *self-executing* e preferentes nas jurisdições estatais, dada a diretiva de cumprir de boa-fé as obrigações internacionais e de não gerar obstáculos ao seu fiel cumprimento. É de se esperar que a administração de justiça dos Estados-Partes do SIPDH exerça o controle de convencionalidade, o que implica realizar um exame *ex officio* da compatibilidade entre os atos normativos nacionais e internacionais de proteção dos direitos humanos. Assim, privilegiam-se a legitimação e o fortalecimento desse sistema regional a partir de seus próprios membros.

Em todos os casos, o princípio *pro homine* serve como critério hermenêutico que visa à mais ampla proteção normativa ou à interpretação mais favorável enquanto garantia material. No sentido oposto, deve prevalecer a interpretação mais restritiva quanto a normas neutralizadoras que pretendam estabelecer limites ao exercício de direitos humanos. Respeitadas as regras procedimentais de cada sistema, o controle de convencionalidade deve ser empreendido para identificar em sede de direito interno e internacional os pressupostos materiais e processuais mais adequados à efetividade desses direitos, incluída a orientação jurisprudencial vinculante da CIDH.

A incompatibilidade entre a normativa interna e a proveniente do DIDH, quando dotada de maior potencial protetivo, gera um conflito que a CIDH resolve ao declarar a primeira espécie como “inconvencional”. Todavia, é a partir da interação entre os diversos órgãos internacionais e agentes estatais envolvidos na tarefa de proteção e promoção dos direitos humanos que o controle de convencionalidade pode se expandir e aperfeiçoar, vez que o âmbito de aplicação de seus princípios informadores e de seu núcleo essencial perpassam os diversos níveis de organização político-administrativa estatal e alcançam o destinatário final dos respectivos sistemas de proteção: o sujeito enquanto titular de direitos essenciais.

4.2 *Leading cases* do controle de convencionalidade interamericano

Na sequência, são abordados casos em que os Estados-Partes do SIPDH foram condenados em virtude da verificação de incompatibilidade entre normas internas e internacionais de proteção dos direitos humanos. Com isso, espera-se evidenciar a base argumentativa do controle de convencionalidade na esfera interamericana, abrangendo o texto da normativa convencional, bem como as sentenças emanadas da Corte IDH no exercício de sua competência.

4.2.1 Regime Convencional e Jurisdição contenciosa

Como precedente da doutrina desenvolvida paulatinamente na esfera do SIPDH, tem-se o *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, de 25 de novembro de 2003. Seu objeto reside na responsabilização internacional do Estado da Guatemala em decorrência do crime de assassinato cometido por agentes militares em 11 de setembro de 1999, assim como por falta de investigação e sanção de todos os autores materiais e intelectuais do delito.

O contexto era o de conflito armado interno e de corriqueiras execuções extrajudiciais como parte de um processo de “limpeza social”. A vítima se dedicava a investigar as comunidades em resistência e as ações repressivas do exército guatemalteco sobre elas. No caso, foram abordados assuntos como proteção judicial, garantias judiciais e processuais, direito à vida e à integridade pessoal, consignando-se a responsabilidade estatal por desrespeito aos arts. 1, 4, 5, 8 e 25 da CADH (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969, p. 2).⁸¹

⁸¹ A título elucidativo, seguem transcritos os fundamentos da sentença: “artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos. 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.”; “artigo 4. Direito à vida. 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. 2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente. 3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido. 4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada por delitos políticos, nem por delitos comuns conexos com delitos políticos. 5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez. 6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente.”; “artigo 5. Direito à integridade pessoal. 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. 3. A pena não pode passar da pessoa do delincente. 4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas. 5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento. 6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.”; “artigo 8. Garantias judiciais. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que

Com efeito, o parágrafo 27 da sentença do *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala* pauta a atuação estatal no controle de convencionalidade interamericano:

27. Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio - sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto - y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del "control de convencionalidad" que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.⁸² (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2003, p. 165).

Nesse momento, reforçou-se a tese de que o Estado adquire responsabilidade internacional ante o descumprimento da normativa com a qual se obrigou voluntariamente, não sendo lícito subtrair frações ou vincular apenas alguns de seus órgãos à esfera de responsabilidade convencional, como Colautti (2003) assevera.

se presume sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.”; e “artigo 25. Proteção judicial. 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. 2. Os Estados Partes comprometem-se: a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.”

⁸² “Para os efeitos da Convenção Americana e do exercício da jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, o Estado responde de forma integral, como um todo. Nessa ordem, a responsabilidade é global, diz respeito ao Estado em seu conjunto e não pode se sujeitar à divisão de atribuições que sinaliza o direito interno. Não é possível dividir internacionalmente o Estado, obrigar perante a Corte somente um ou alguns de seus órgãos, entregar a estes a representação perante o juízo - sem que essa representação repercuta sobre o Estado em seu conjunto - e subtrair outros desse regime convencional de responsabilidade, deixando suas atuações fora do 'controle de convencionalidade' que traz consigo a jurisdição da Corte Internacional.” (Tradução nossa).

No *Caso Tibi vs. Ecuador*, de 7 de setembro de 2004, a Corte IDH determinou a responsabilização do Estado equatoriano em virtude da privação de liberdade ilegal e arbitrária e dos maus-tratos impostos a Daniel David Tibi, cidadão francês que residia no país e se dedicava ao comércio de pedras preciosas e arte local. Em 27 de setembro de 1995, foi detido sob a alegação de controle migratório, enquanto as suspeitas se dirigiam ao tráfico internacional de drogas.

Sem que qualquer acusação formal lhe fosse formalmente comunicada, tal situação perdurou até 21 de janeiro de 1998, tendo a vítima sido sistematicamente torturada e ameaçada por guardas dos diversos cárceres por onde passou para que assumisse involuntariamente a culpa por aqueles crimes, restado infrutíferos os recursos de amparo e queixas que impetrou em sua defesa.

No âmbito da Corte IDH, foram debatidas matérias como proteção judicial, garantias judiciais e processuais, direito à integridade e à liberdade pessoal, tortura, proteção à família, direito à propriedade privada e o dever de adotar disposições de direito interno. Concluiu-se pela afronta aos arts. 1, 2, 5, 7, 8, 17, 21 e 25 da CADH (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969, p. 2)⁸³ e aos arts. 1, 6 e 8 da

⁸³ Além dos arts. 1, 5, 8 e 25 da CADH, retratados em caso julgado anteriormente, a Corte IDH entendeu ter havido desrespeito também aos arts. 2, 7, 17 e 21: “artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”; “artigo 7. Direito à liberdade pessoal. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. 2. 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. 3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários. 4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela. 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. 6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis preveem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa. 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”; “artigo 17. Proteção da família. 1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado. 2. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de fundarem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não-discriminação estabelecido nesta Convenção. 3. O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos contraentes. 4. Os Estados Partes devem tomar medidas apropriadas no sentido de assegurar a igualdade de direitos e a adequada

Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (CIPPT) (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1985, p. 1),⁸⁴ além dos princípios das Nações Unidas para a proteção das pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão, da CVDT, da Convenção de Viena sobre Relações Consulares e do PIDCP.

O parágrafo 3 da sentença estatuiu a necessidade de a Corte IDH decidir no tocante à convencionalidade dos atos estatais que chegassem ao seu conhecimento, paralelamente ao controle de constitucionalidade realizado pelos Estados:

3. En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados - disposiciones de alcance general - a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público - y, eventualmente, de otros agentes sociales - al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.⁸⁵ (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2004, p. 115).

equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento, durante o casamento e em caso de dissolução do mesmo. Em caso de dissolução, serão adotadas disposições que assegurem a proteção necessária aos filhos, com base unicamente no interesse e conveniência dos mesmos. 5. A lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento como aos nascidos dentro do casamento.”; e “artigo 21. Direito à propriedade privada. 1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social. 2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei. 3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei.”

⁸⁴ “Artigo 1. Os Estados Partes obrigam-se a prevenir e a punir a tortura, nos termos desta Convenção.”; “artigo 6. Em conformidade com o disposto no artigo 1, os Estados Partes tomarão medidas efetivas a fim de prevenir e punir a tortura no âmbito de sua jurisdição. Os Estados Partes assegurar-se-ão de que todos os atos de tortura e as tentativas de praticar atos dessa natureza sejam considerados delitos em seu direito penal, estabelecendo penas severas para sua punição, que levem em conta sua gravidade. Os Estados Partes obrigam-se também a tomar medidas efetivas para prevenir e punir outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, no âmbito de sua jurisdição.”; e “artigo 8. Os Estados Partes assegurarão a qualquer pessoa que denunciar haver sido submetida a tortura, no âmbito de sua jurisdição, o direito de que o caso seja examinado de maneira imparcial. Quando houver denúncia ou razão fundada para supor que haja sido cometido ato de tortura no âmbito de sua jurisdição, os Estados Partes garantirão que suas autoridades procederão de ofício e imediatamente à realização de uma investigação sobre o caso e iniciarão, se for cabível, o respectivo processo penal. Uma vez esgotado o procedimento jurídico interno do Estado e os recursos que este prevê, o caso poderá ser submetido a instâncias internacionais, cuja competência tenha sido aceita por esse Estado.”

⁸⁵ “3. De certa maneira, a tarefa da Corte se assemelha a que os tribunais constitucionais realizam. Estes examinam os atos impugnados - disposições de alcance geral - à luz das normas, dos princípios e dos valores das leis fundamentais. A Corte Interamericana, por sua vez, analisa os atos

Buscou-se esclarecer que a jurisdição interamericana não pretendia se constituir em uma instância de revisão dos processos internos dos Estados-Partes. Seu objetivo seria o de conformar os atos e as situações geradas internamente com os TIDH que conferem à Corte IDH competência em assuntos contenciosos fundamentados no direito e na jurisprudência convencional.

Já no *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*, sentença de 26 de setembro de 2006, a Corte IDH determinou a responsabilidade internacional do Estado paraguaio como resultado da execução extrajudicial de Gerardo Vargas Areco e da falta de investigação e sanção do responsável, um agente militar. Em 26 de janeiro de 1989, quando contava com 15 (quinze) anos de idade, a vítima foi recrutada pelas forças armadas locais. Em dezembro do mesmo ano, após ter se submetido a atendimento médico, foi alvejada pelas costas ao tentar se evadir do local, o que a levou a óbito.

Após denúncia impetrada pelos pais de Gerardo Vargas Areco, o suboficial responsável pelo homicídio foi condenado em março de 1990, perante a jurisdição penal militar, a um ano de prisão militar por “excesso de zelo”. Apenas em março de 2005 foi prolatada sentença condenatória na esfera penal comum, quando nova pena privativa de liberdade de um ano foi fixada devido ao homicídio culposo cometido. Foram consignados temas como proteção judicial, garantias judiciais e processuais, direito à vida e à integridade pessoal, direitos da criança, tortura e direito humanitário.

A Corte IDH verificou o descumprimento dos arts. 1, 4, 5, 7, 8, 19 e 25 da CADH (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969, p. 8)⁸⁶ e dos arts. 6 e 8 da CIPPT, chamando-se a atenção para os parágrafos 6 e 12 da sentença:

6. La Corte Interamericana, que tiene a su cargo el “control de convencionalidad” fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana, no puede, ni pretende - jamás lo ha hecho -, convertirse en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno. La expresión de que el Tribunal interamericano constituye una tercera o cuarta instancia, y en todo caso una

que chegam a seu conhecimento com relação a normas, princípios e valores dos tratados em que funda sua competência contenciosa. Dito de outra maneira, se os tribunais constitucionais controlam a 'constitucionalidade', o tribunal internacional de direitos humanos resolve acerca da 'convencionalidade' desses atos. Por meio do controle de convencionalidade, os órgãos internos procuram conformar a atividade do poder público - e, eventualmente, de outros agentes sociais - à ordem que implica o Estado de Direito em uma sociedade democrática. O tribunal interamericano, por sua vez, pretende conformar essa atividade à ordem internacional acolhida na convenção fundadora da jurisdição interamericana e aceita pelos Estados-partes no exercício de sua soberania.” (Tradução nossa).

⁸⁶ Citados os arts. 1, 4, 5, 7, 8 e 25 da CADH, resta o seguinte: “artigo 19. Direitos da criança. Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.”

última instancia, obedece a una percepción popular, cuyos motivos son comprensibles, pero no corresponde a la competencia del Tribunal, a la relación jurídica controvertida en éste, a los sujetos del proceso respectivo y a las características del juicio internacional sobre derechos humanos.

(...)

12. Con apoyo en estas consideraciones, la Corte ha expresado la preocupación que le suscitan ciertas evidentes fracturas de la proporcionalidad que se debiera observar cuando existe una restricción o afectación de un derecho o se emite una decisión que sanciona la violación cometida al amparo de cierta ley y en el desempeño de determinada jurisdicción. El juez de convencionalidad no se erige, por esta vía, en legislador o juzgador nacional, sino aprecia los actos de aquéllos al amparo de la Convención, aunque detenga su análisis em ese ejercicio de mera apreciación y no llegue a fijar, por su parte, medidas cuya determinación específica incumbe al Estado, principalmente si existen, como los hay en el presente caso, límites derivados del acto de reconocimiento de la competencia de la Corte.⁸⁷ (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2006e, p. 50).

Na decisão, discorreu-se a respeito do papel exercido pela Corte IDH, que não poderia ser confundida com uma terceira ou quarta instância de revisão da controvérsia suscitada na ordem interna, limitando-se a analisar os atos dos juízes nacionais ao amparo da convenção e demais instrumentos comuns ao SIPDH.

Por sua vez, o *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia*, sentença de 1 de setembro de 2010, abrange a responsabilidade do Estado boliviano resultante do desaparecimento forçado de Rainer Ibsen Cárdenas e da execução extrajudicial de José Luis Ibsen Peña, opositores do regime ditatorial militar inaugurado em agosto de 1971 pelo Coronel Hugo Banzer Suárez. Em outubro do mesmo ano, a primeira vítima foi detida na cidade de Santa Cruz por supostamente ser membro do *Ejército de Liberación Nacional*, tendo permanecido sob cárcere privado durante 9 (nove) meses, quando foi sumariamente executada sob a alegação de tentativa de fuga.

⁸⁷ “6. A Corte Interamericana, encarregada do 'controle de convencionalidade' fundamentado no confronto entre o fato realizado e as normas da Convenção Americana, não pode, nem pretende – jamais o fez –, converter-se em uma nova e última instância para conhecer a controvérsia suscitada na ordem interna. A afirmação de que o Tribunal interamericano constitui uma terceira ou quarta instância e, em todo caso, uma última instância, obedece a uma percepção popular, cujos motivos são compreensíveis, mas não corresponde à competência do Tribunal, à relação jurídica controvertida deste, aos sujeitos do respectivo processo e às características do juízo internacional de direitos humanos.”; e “12. Apoiado nessas considerações, a Corte expressou a preocupação de que lhe suscitem certas fraturas evidentes de proporcionalidade que deveriam ser observadas quando existe uma restrição ou afetação de um direito ou se emite uma decisão que sanciona a violação cometida sob o abrigo de certa lei e no desempenho de determinada jurisdição. O juiz de convencionalidade não se erige, por essa via, no legislador ou julgador internacional, senão aprecia os atos destes ao amparo da Convenção, ainda que detenha sua análise nesse exercício de mera apreciação e não chegue a fixar, por sua parte, medidas cuja determinação específica incumbe ao Estado, principalmente se existem, como há no presente caso, limites derivados do ato de reconhecimento da competência da Corte.” (Tradução nossa).

A segunda vítima foi seu pai, detido em 10 de fevereiro de 1973 por agentes de segurança do Estado e conduzido ao *Centro de Detención de El Pari*. Todavia, em 28 de fevereiro desse ano seus familiares foram informados de que este teria saído do cárcere e se exilado no Brasil, mas tal informação não foi confirmada pelo consulado local. Seu paradeiro tornou-se desconhecido desde então, sem que os responsáveis fossem devidamente responsabilizados pelos crimes cometidos.

Tratando de proteção judicial, garantias judiciais e processuais, igualdade perante a lei, liberdade pessoal, desaparecimento forçado, direito à vida e à integridade pessoal, personalidade jurídica e controle de convencionalidade, a Corte IDH julgou terem sido desrespeitados os arts. 1, 3, 4, 5, 7, 8, 24 e 25 da CADH (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969, p. 2),⁸⁸ além da CIPPT.

Segue o parágrafo 202 da sentença, relativo ao imprescindível exercício do controle de convencionalidade no SIPDH:

202. Por otra parte, la Corte considera oportuno reiterar que en relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial está llamado a ejercer un “control de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.⁸⁹ (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2010f, p. 64).

⁸⁸ De maneira complementar, menciona-se os arts. 3 e 24 dessa convenção: “artigo 3. Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica. Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.”; e “artigo 24. Igualdade perante a lei. Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.”

⁸⁹ “202. Por outro lado, a Corte considera oportuno reiterar que, com relação às práticas judiciais, este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, portanto, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não sejam esgotados pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e fim, que desde o início carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judicial deve exercer um ‘controle de convencionalidade’ ex officio entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judicial deve levar em consideração não somente o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana tem feito do mesmo, intérprete última da Convenção Interamericana.” (Tradução nossa).

A máxima de que os Estados devem velar pela compatibilidade entre suas normas internas, os termos da CADH e demais diplomas correlatos e a interpretação que deles faz a Corte IDH acaba por caracterizar o controle de convencionalidade como mecanismo subsidiário e complementar aos controles de direito interno, como é o caso do controle de constitucionalidade. Sob essa perspectiva, o controle de convencionalidade é compreendido como uma prática judicial a ser abraçada não apenas pela Corte IDH, e sim pelas próprias Cortes de Justiça e juízes nacionais.

Quanto à configuração dos crimes de lesa-humanidade, a Corte IDH considerou que os Estados devem analisar a prescrição de condutas como tortura e assassinato segundo o dever convencional de realização de investigações e de condenação dos responsáveis, sob pena de os poderes públicos instituídos contribuírem com a impunidade dos crimes cometidos contra uma população civil durante um contexto de violações massivas e sistemáticas de direitos humanos.

4.2.2 Integração normativa e efetivação de direitos e liberdades fundamentais

Com o *Caso Cepeda Vargas vs. Colombia*, sentença de 26 de maio de 2010, estabeleceu-se a responsabilização decorrente da execução extrajudicial de Manuel Cepeda Vargas e da falta de investigação e sanção dos responsáveis. Enquanto comunicadora social e líder do *Partido Comunista Colombiano* e da *Unión Patriótica*, a vítima sofreu ataques violentos e sistemáticos no exercício do mandato de Deputado Federal entre 1991 e 1994; eleita Senador da República para o período de 1994 a 1998, foi emboscada e assassinada em 9 de agosto de 1994, sem que os recursos judiciais interpostos por familiares acarretassem condenação dos autores do delito.

Discorrendo sobre responsabilidade do Estado, proteção judicial, garantias judiciais e processuais, direito à vida e à integridade pessoal, direitos políticos e econômicos, direito à honra e à intimidade, dignidade, liberdade de pensamento e de expressão, liberdade de associação, liberdade de circulação e de residência, a Corte IDH concluiu pelo desrespeito aos arts. 1, 4, 5, 8, 11, 13, 16, 22, 23 e 25 da CADH (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969, p. 2).⁹⁰

⁹⁰ Discriminados os arts. 1, 4, 5, 8 e 25, veja-se a redação dos arts. 11, 13, 16, 22 e 23: “artigo 11. Proteção da honra e da dignidade. 1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais

No parágrafo 42 da sentença do *Caso Cepeda Vargas vs. Colombia* constam outras reflexões sobre o alcance da responsabilidade convencional dos Estados do SIPDH, bem como do arcabouço normativo que a fundamenta:

42. En casos de violaciones graves a los derechos humanos la Corte ha tomado en cuenta, en el análisis de fondo, que tales violaciones pueden también ser caracterizadas o calificadas como crímenes contra la humanidad, por haber sido cometidas en contextos de ataques masivos y sistemáticos o generalizados hacia algún sector de la población, a efectos de explicitar de

ingerências ou tais ofensas.”; “artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.”; “artigo 16. Liberdade de associação. 1. Todas as pessoas têm o direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza. 2. O exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei que sejam necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas. 3. O disposto neste artigo não impede a imposição de restrições legais, e mesmo a privação do exercício do direito de associação, aos membros das forças armadas e da polícia.”; “artigo 22. Direito de circulação e de residência. 1. Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado tem direito de circular nele e de nele residir em conformidade com as disposições legais. 2. Toda pessoa tem o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive do próprio. 3. O exercício dos direitos acima mencionados não pode ser restringido senão em virtude de lei, na medida indispensável, numa sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas. 4. O exercício dos direitos reconhecidos no inciso 1 pode também ser restringido pela lei, em zonas determinadas, por motivo de interesse público. 5. Ninguém pode ser expulso do território do Estado do qual for nacional, nem ser privado do direito de nele entrar. 6. O estrangeiro que se ache legalmente no território de um Estado Parte nesta Convenção só poderá dele ser expulso em cumprimento de decisão adotada de acordo com a lei. 7. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos e de acordo com a legislação de cada Estado e com os convênios internacionais. 8. Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas. 9. É proibida a expulsão coletiva de estrangeiros.”; e “artigo 23. Direitos políticos. 1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades: a. de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos; b. de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e c. de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país. 2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.”

manera clara los alcances de la responsabilidad estatal bajo la Convención en el caso específico y las consecuencias jurídicas. Con ello, la Corte no realiza, de ningún modo, una imputación de un delito a persona natural alguna. En este sentido, las necesidades de protección integral del ser humano bajo la Convención han llevado a la Corte a interpretar sus disposiciones por la vía de la convergencia con otras normas del derecho internacional, particularmente en lo relacionado con la prohibición de crímenes contra la humanidad, que tiene carácter *jus cogens*, sin que ello pueda implicar una extralimitación en sus facultades, pues, se reitera, con ello respeta las facultades de las jurisdicciones penales para investigar, imputar y sancionar a las personas naturales responsables de tales ilícitos. Lo que la Corte hace, de acuerdo con el derecho convencional y el derecho consuetudinario, es utilizar la terminología que emplean otras ramas del Derecho Internacional con el propósito de dimensionar las consecuencias jurídicas de las violaciones alegadas vis-à-vis las obligaciones estatales.⁹¹ (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2010b, p. 16).

A Corte IDH enfatizou que os crimes de lesa-humanidade, cometidos massiva e repetidamente contra a população civil, ensejam responsabilização nos termos da interpretação sistemática entre a convenção e outras normas. Associado ao *jus cogens*, o direito convencional fundamenta o direito de proteção integral dos indivíduos e dimensiona as consequências jurídicas das violações de direitos humanos frente às obrigações estatais. Esse fenômeno não importa em intromissão na jurisdição interna, vez que a competência para investigar e sancionar os responsáveis por tais delitos continua sendo dos Estados componentes do SIPDH.

A obrigação de dispor de um recurso efetivo a nível interno para reparar violações de direitos humanos deve, assim, ser cumprida por meio de procedimentos compatíveis com os arts. 8 e 25 da CADH, consoante parágrafos 27 e 28 do voto concorrente do Juiz Diego García-Sayán:

27. En el presente caso, el Consejo de Estado de Colombia, máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa de ese país, realizó la determinación definitiva de la indemnización por lucro cesante con base en

⁹¹ “42. No caso de graves violações a direitos humanos, a corte tem levado em consideração, na análise do mérito, que tais violações também podem ser caracterizadas ou qualificadas como crimes contra a humanidade, por terem sido cometidas em contextos de ataques massivos e sistemáticos ou generalizados a algum setor da população, a fim de explicitar de maneira clara o alcance da responsabilidade estatal nos termos da Convenção no caso específico e suas consequências jurídicas. Com isso, a Corte não realiza, de maneira alguma, uma imputação de delito a qualquer pessoa. Nesse sentido, as necessidades de proteção integral do ser humano a respeito da Convenção têm levado a Corte a interpretar suas disposições pela via de convergência com outras normas do Direito Internacional, particularmente com relação à proibição de crimes contra a humanidade, que tem caráter *jus cogens*, sem que isso possa implicar no extrapolamento de suas facultades, portanto, se reitera que isso diz respeito à faculdade das jurisdições penais para investigar, imputar e sancionar as pessoas naturais responsáveis por tais ilícitos. O que a Corte faz, de acordo com o direito convencional e o direito consuetudinário, é utilizar a terminologia que outros ramos do Direito Internacional empregam com o propósito de dimensionar as consequências jurídicas das violações alegadas vis-à-vis as obrigações estatais.” (Tradução nossa).

critérios explícitos, claros, objetivos y razonables que atienden a compensar el daño sufrido. El Consejo de Estado realizó una determinación de los ingresos dejados de percibir de una forma distinta a como usualmente lo ha hecho la Corte, pero sin que los criterios utilizados por dicho órgano estatal confronten criterios esenciales orientados a fijar una compensación equitativa del daño patrimonial causado a quien se habría beneficiado directamente de los ingresos que habría percibido la víctima. La decisión adoptada por los tribunales internos no fue una decisión arbitraria, sino fundamentada en estándares objetivos y conocidos previamente a nivel interno. Por tales razones, la Corte no debe ni puede desconocer esa determinación interna.

28. De manera consecuente con los anteriores criterios, por otra parte, la Corte también constató que la determinación realizada en el procedimiento contencioso administrativo no contempló otro de los elementos del daño que el Tribunal ha considerado que debe ser indemnizado, cual es el daño emergente y, por ello, ordenó una indemnización dirigida a compensar este daño (párr. 247), sin limitarse a lo establecido en el ámbito interno.⁹² (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2010b, p. 100).

Constata-se que o *Consejo de Estado de Colombia* outorgou uma indenização por lucros cessantes satisfatória aos familiares da vítima, mesmo não tendo adotado critérios idênticos aos da Corte IDH. Entretanto, o procedimento contencioso administrativo acabou não englobando o dano emergente, um dos elementos adotados pela Corte IDH, o que ensejou a fixação de indenização com ele compatível.

O *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, sentença de 24 de agosto de 2010, diz respeito à responsabilização do Estado por não garantir o direito de propriedade ancestral do povo Enxet-Lengua da comunidade indígena Xákmok Kásek, ameaçando a sobrevivência de 66 (sessenta e seis famílias) que viviam na região do Chaco paraguaio. No final do Século XIX, o Paraguai vendeu dois terços dessa área a particulares sem conhecimento da população que ali vivia.

Com a criação de fazendas como a *Estancia Salazar* na região, muitos passaram a viver sob restrições de uso da propriedade privada nas terras que

⁹² “27. No presente caso, o conselho de Estado da Colômbia, órgão máximo da jurisdição contenciosa e administrativa desse país, realizou a determinação definitiva da indenização por lucros cessantes com base em critérios explícitos, claros, objetivos e razoáveis que atendem à compensação do dano sofrido. O Conselho de Estado realizou uma determinação dos ingressos que deixaram de ser recebidos de forma distinta como tem feito a /corte, mas sem que os critérios utilizados por esse órgão estatal confrontem critérios essenciais orientados à fixação de uma compensação equitativa do dano patrimonial causado por quem teria se beneficiado diretamente dos ingressos que a vítima teria recebido. A decisão adota pelos tribunais internos não foi uma decisão arbitrária, mas fundamentada nos padrões objetivos e conhecidos a nível interno. Por tais razões, a Corte não deve nem pode desconhecer essa determinação interna”; e “28. De forma consistente com os critérios anteriores, por outro lado, a Corte também constatou que a determinação realizada no procedimento contencioso administrativo não contemplou outro dos elementos do dano que o Tribunal tem considerado que deve ser indenizado, qual seja, o dano emergente e, por isso, ordenou uma indenização destinada a compensar esse dano (par. 247), sem limitar-se ao estabelecido no âmbito interno.” (Tradução nossa).

tradicionalmente habitavam, sendo impedidos de desenvolver plenamente seu modo de vida, suas atividades de subsistência e seu direito de ir e vir. Diante de tal situação, seus líderes interpuseram em 1990 um procedimento administrativo destinado a recuperar parte de seu território, que restou infrutífero. Em 1999, recorreram ao *Congreso de la República* novamente não logrando êxito.

Ao final de 2002, parte do território reclamado foi adquirido pela *Cooperativa Menonita Chortitzer Komitee* e pela *Eaton y Cía. S.A.* Em 25 de fevereiro de 2008, os indígenas se instalaram provisoriamente em terras cedidas pela *Comunidad Angaité*, quando foram surpreendidos com a edição do *Decreto nº 11.804, de 31 de enero de 2008*, que declarou a *Estancia Salazar* como área silvestre protegida sob o domínio privado sem consultar os líderes da *Comunidad Indígena Xákmok Kásek* e desconsiderando a reivindicação de terras.

Já em 31 de julho de 2008, as vítimas apresentaram uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) perante a *Corte Suprema de Justicia*, exigindo-se a juntada de cópia do citado processo administrativo de 1990 e a suspensão de prazo para contestação, sem que tal procedimento tivesse sido concluído até a data de prolação da sentença da Corte IDH.

Quando do julgamento perante essa sala de justiça, debateu-se a respeito de proteção judicial, garantias judiciais e processuais, povos indígenas, personalidade jurídica, direito à vida, à vida digna e à qualidade de vida, direito à integridade pessoal, direito à saúde e à educação e direito das crianças e adolescentes. A Corte IDH constatou afronta aos arts. 1, 2, 3, 4, 5, 8, 19, 21 e 25 da CADH, bem como à Convenção sobre os Direitos do Menor e à Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais.

Na linha da reivindicação da *Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, o parágrafo 311 da sentença prolatada reflete a necessidade de o estado Paraguai exercer o devido controle de convencionalidade entre suas normas internas, a convenção e demais diplomas de proteção e promoção dos direitos humanos na região:

311. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin. En otras

palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.⁹³ (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2010c, p. 79).

Note-se que o *Decreto nº 11.804, de 31 de enero de 2008* ignorou os diversos procedimentos administrativos e judiciais interpostos pelos líderes da *Comunidad Indígena Xákmok Kásek* com a finalidade de garantir o direito legítimo ao território ancestral de sua população. Esse direito comunitário de propriedade ainda se viu restringido em virtude das diversas proibições relativas às atividades de caça, pesca e cultivo de alimentos nas denominadas áreas silvestres protegidas sob domínio privado, ignorando o modo de vida peculiar dos indígenas e seu direito de locomoção.

Não obstante, a falta de expropriação da área e o prazo excessivo transcorrido limitou sobremaneira o exercício dos direitos dos indígenas, exigindo a decretação da invalidade dessa norma por força dos diversos expedientes interamericanos. Merece consideração o parágrafo 14 do voto dissidente do Juiz Augusto Fogel Pedrozo: “(...) *las gestiones para garantizar el derecho de propiedad de la Comunidad Xákmok Kásek no fueron efectivas debido a vacíos normativos en el derecho interno.*”⁹⁴ (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2010c, p. 100).

Como dito, identificam-se “vazios normativos” na esfera do direito paraguaio, especialmente quanto à garantia do livre gozo de direitos e liberdades fundamentais por parte da população indígena. Sem a devida compatibilização normativa, o Estado continua a incidir em grave desrespeito aos ditames da CADH e de seus protocolos facultativos, contrariando o entendimento da Corte IDH, que se coaduna a diversos diplomas legais comuns ao SUPDH e se estende aos demais membros do SIPDH.

⁹³ “311. Com relação às práticas judiciais, este Tribunal estabeleceu que é consciente de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, portanto, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não sejam esgotados pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e fim. Em outras palavras, o Poder Judicial deve exercer um ‘controle de convencionalidade’ ex officio entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judicial deve levar em consideração não somente o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana tem feito do mesmo, intérprete última da Convenção Interamericana.” (Tradução nossa).

⁹⁴ “(...) os esforços para garantir o direito de propriedade da Comunidad Xákmok Kásek não foram efetivos devido a vazios normativos no direito interno.” (Tradução nossa).

Em diversos casos, o Estado constitucional representou formas jurídicas alheias à realidade própria dos povos da região. Consolidando uma forte tradição em torno de um modelo centralizado ou federativo como ordenamento territorial e administrativo, foram sistematicamente desconsiderados os diferentes fatores étnicos, sociais e culturais dos povos originários do continente. Povos que, na opinião de Ortiz-Alvarez e Lejarza (1997, p. 18), foram claramente “subordinados por um império de instituições pertencentes a outras realidades típicas das sociedades dominantes”.

A seu turno, o *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México*, sentença de 30 de agosto de 2010, retrata a responsabilização estatal decorrente do abuso sexual da indígena Inés Fernández Ortega por agentes militares, além da falta de investigação e sanção dos responsáveis. Em 22 de março de 2002, a vítima foi violentada na presença de seus filhos, durante a presença militar na *Comunidad Indígena Me’phaa*, situada em Barranca Tecoani, Estado de Guerrero. Apesar das interpelações judiciais, determinou-se que o feito prosseguisse perante a jurisdição militar.

No seu âmbito de competência, a Corte IDH aventou questões como proteção judicial, garantias judiciais e processuais, jurisdição penal e militar, povos indígenas, personalidade jurídica, liberdade de associação, igualdade perante a lei, direito à vida privada e à qualidade de vida, direito à integridade pessoal, direito a honra e à intimidade, dignidade, agressão sexual e responsabilidade do Estado. Constatou-se violação dos arts. 1, 2, 5, 8, 11, 16, 24 e 25 da CADH (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969, p. 7),⁹⁵ dos arts. 1, 6 e 8 da CIPPT, além do art. 7 da Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência Contra a Mulher (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1994, p. 3).⁹⁶

⁹⁵ Além dos arts. 1, 2, 5, 8, 11, 24 e 25, cabe remeter a este: “artigo 16. Liberdade de associação. 1. Todas as pessoas têm o direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza. 2. O exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei que sejam necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas. 3. O disposto neste artigo não impede a imposição de restrições legais, e mesmo a privação do exercício do direito de associação, aos membros das forças armadas e da polícia.”

⁹⁶ “Artigo 7. Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em: a) abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar por que as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicos ajam de conformidade com essa obrigação; b) agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher; c) incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis; d) adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que

Decisão semelhante foi proferida em 31 de agosto de 2010 no *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México*, em que a vítima, membro da mesma comunidade indígena, foi agredida e violentada por dois agentes militares em 16 de fevereiro de 2002 às margens de um rio. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010g). Na oportunidade, acrescentou-se aos temas do *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México* a tortura e os direitos de mulheres, crianças e adolescentes, já que a vítima possuía dezessete anos de idade à época, sem que nenhum dos mecanismos judiciais adotados restasse frutífero quanto à condenação dos responsáveis.

Pugnou-se pela violação dos arts. 1, 5, 8, 11, 19, 24 e 25 da CADH, dos arts. 1, 6 e 8 da CIPPT e do art. 7 da Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência Contra a Mulher, afora o Protocolo de Istambul e as Diretrizes da Organização Mundial de Saúde para o Cuidado Médico-Legal das Vítimas de Violência Sexual. Os parágrafos 235 e 236 da sentença do *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México* são idênticos aos parágrafos 218 e 219 da sentença também emanada da Corte IDH no *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México*, fazendo menção expressa ao exercício e finalidade do controle de convencionalidade:

235. Para este Tribunal, no solo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantiza los derechos contenidos en la Convención Americana. De conformidad con la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento, también se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. La existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. En términos prácticos, como ya lo ha establecido esta Corte, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana.

236. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando um Estado es parte de un tratado internacional como la

danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade; e) tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher; f) estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos; g) estabelecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher sujeitada a violência tenha efetivo acesso a restituição, reparação do dano e outros meios de compensação justos e eficazes; h) adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias à vigência desta Convenção.”

Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. El Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.⁹⁷ (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2010d, p. 83).

Em ambos os casos, enfatiza-se o dever de os Estados realizarem prestações condizentes com a observância de direitos e liberdades consagrados convencionalmente. Assim, a Corte IDH externa o entendimento de que o controle de convencionalidade não se limita a verificar a compatibilidade entre as normas internas e internacionais por força do primado dos direitos humanos, exigindo a adequada interpretação e aplicação dessas normas aos fins da CADH e a adoção de medidas necessárias a sua plena realização, independentemente de sua natureza.

A Corte IDH exigiu que o Estado mexicano exercesse o controle de convencionalidade *ex officio* e se coadunasse a princípios como devido processo legal e acesso à justiça, refletidos na convenção e na *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Logo, as constituições nacionais não poderiam ser consideradas como último parâmetro de compatibilização quanto às demais espécies normativas, devendo-se considerar, ainda, os TIDH relativos ao SIPDH e a interpretação que deles faz a Corte IDH, além dos demais expedientes de direitos humanos.

⁹⁷ “235. Para este Tribunal, não só a supressão ou expedição das normas no direito interno garante os direitos contidos na Convenção Americana. Em conformidade com a obrigação compreendida no artigo 2º deste instrumento, também se requer o desenvolvimento de práticas estatais conducentes à efetiva observância dos direitos e liberdades nela consagrados. A existência de uma norma não garante por si só que sua aplicação seja adequada. É necessário que a aplicação das normas ou sua interpretação, enquanto práticas jurisdicionais e manifestação da ordem pública estatal, se encontrem ajustadas ao mesmo fim que persegue o artigo 2º da Convenção. Em termos práticos, como esta Corte já estabeleceu, a interpretação do artigo 13 da Constituição Política Mexicana deve ser coerente com os princípios constitucionais e convencionais do devido processo e do acesso à justiça, contidos no artigo 8.1 da Convenção Americana e nas normas pertinentes da Constituição mexicana.”; e “236. Este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, portanto, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado é parte de um tratado internacional como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, incluídos seus juízes, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não sejam esgotados pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e fim. O Poder Judicial deve exercer um ‘controle de convencionalidade’ *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judicial deve levar em consideração não somente o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana tem feito do mesmo, intérprete última da Convenção Interamericana.” (Tradução nossa).

Desse modo, os Estados devem adequar suas interpretações constitucionais e infraconstitucionais referentes aos critérios de competência formal e material de suas jurisdições aos termos da CADH. Especialmente no tocante à incompatibilidade de dispositivos como o *Código de Justicia Militar Mexicano*, as autoridades judiciais devem, com fulcro no controle de convencionalidade, levar imediatamente e de ofício o conhecimento dos fatos ao foro penal ordinário.

4.2.3 Legitimação e exercício *ex officio* do controle de convencionalidade

O marco de desenvolvimento da doutrina do controle de convencionalidade no âmbito do SIPDH decorre do *Caso Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*, de 26 de setembro de 2006, quando se discutiu a responsabilidade do Estado chileno por falta de investigação e sanção dos responsáveis pela execução extrajudicial de Luis Alfredo Almonacid Arellano durante o regime militar que derrocou o Presidente Salvador Allende do poder em 11 de setembro de 1973 e perdurou até 10 de março de 1990, além da falta de compensação adequada em favor de seus familiares.

Com a edição do *Decreto Ley nº 2.191, de 18 de abril de 1978*, o governo chileno concedeu anistia a todas as pessoas que incorreram em fatos delituosos entre 1973 e 1978, o que incluiu o caso da vítima em questão, então Professor do Ensino Fundamental e militante do Partido Comunista, opositor do regime. Versando sobre jurisdição comum e militar, proteção judicial, garantias processuais, crimes de lesa-humanidade, anistia, obrigação de adoção de disposições de direito interno e controle de convencionalidade, verificou-se o desrespeito aos arts. 1, 2, 8 e 25 da CADH, à Convenção de Haia sobre Leis e Costumes da Guerra Terrestre, às Convenções de Genebra de 1949, ao Estatuto de Roma e à CVDT.

Partiu-se da obrigação consuetudinária de que um Estado que celebre um tratado deve proceder às alterações necessárias em seu direito interno para assegurar a consecução das obrigações assumidas voluntariamente, em respeito aos princípios da boa-fé e *pacta sunt servanda*. Destaca-se a redação dos parágrafos 118 e 123 a 125 da sentença do *Caso Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*:

118. A la luz del artículo 2 de la Convención, tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de

práticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Es necesario reafirmar que la obligación de la primera vertiente sólo se satisface cuando efectivamente se realiza la reforma.

(...)

123. La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.⁹⁸ (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2006a, p. 51).

⁹⁸ “118. À luz do artigo 20 da Convenção, tal adequação implica a adoção de medidas em duas vertentes, a saber: 1) a supressão das normas e práticas de qualquer natureza que impliquem em violação das garantias previstas na Convenção; e ii) a expedição de normas e o desenvolvimento de práticas conducentes à efetiva observância dessas garantias. É necessário reafirmar que a obrigação da primeira vertente só se satisfaz quando efetivamente se realiza a reforma.”; “123. A descrita obrigação legislativa do artigo 2º da Convenção também tem a finalidade de facilitar a função do Poder Judicial de tal forma que o aplicador da lei tenha uma opção clara de como resolver um caso particular. Sem embargo, quando o Legislativo falha em sua tarefa de suprimir e/ou não adotar leis contrárias à Convenção Americana, o Judiciário permanece vinculado ao dever de garantia estabelecido em seu artigo 1.1 e, consecuentemente, deve abster-se de aplicar qualquer normativa que lhe seja contrária. O cumprimento por parte de agentes ou funcionários do Estado de uma lei violatória da Convenção produz responsabilidade internacional do Estado, e é um princípio básico do direito da responsabilidade internacional do Estado, no sentido de que todo Estado é internacionalmente responsável por atos ou omissões de qualquer de seus poderes e órgãos que violem os direitos internacionalmente consagrados, segundo o artigo 1.1 da Convenção Americana.”; “124. A Corte é consciente de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao

Firmou-se, assim, o dever de os Estados adequarem suas normas à normativa convencional e à dada pela Corte IDH, sob pena de responsabilização internacional. Surgia a obrigação do exercício de “uma espécie de controle de convencionalidade” por parte dos poderes públicos, com destaque para o Judiciário.

Posteriormente, o *Caso Boyce y Otros vs. Barbados*, sentença de 20 de novembro de 2007, tratou da responsabilidade estatal em virtude da natureza obrigatória da pena de morte por enforcamento imposta a quatro pessoas condenadas por homicídio, sem que nenhum tribunal avaliasse as circunstâncias particulares das vítimas. A decisão envolveu proteção judicial, direito à vida e à integridade pessoal, privação de liberdade, tratamento desumano, cruel e degradante, além de pena de morte, constatando-se afronta aos arts. 1, 2, 4, 5 e 25 da CADH e à CVDT.

Sobre a temática, o parágrafo 69 da sentença informa que:

69. La Corte ha sostenido, en reiteradas ocasiones, que todo Estado Parte de la Convención “ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención”. También ha afirmado que los Estados, en el cumplimiento del deber general de respetar y garantizar los derechos, “deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental”. Es decir, conforme al artículo 2 de la Convención Americana, los Estados no sólo tienen la obligación de adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos en ella consagrados, sino que también deben evitar promulgar aquellas leyes que impidan el libre ejercicio de estos derechos y evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen. Estas obligaciones son una consecuencia natural de la ratificación de la Convención Americana por parte del Estado.⁹⁹ (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2007, p. 20).

império da lei e, por um lado, estão obrigados a aplicar tais disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam esgotados pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e fim e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judicial deve exercer uma espécie de 'controle de convencionalidade' entre as normas jurídicas internas aplicadas nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nessa tarefa, o Poder Judicial deve levar em conta não só o tratado, mas também a interpretação que do mesmo faz a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.”; e “125. Nessa mesma linha de ideias, esta Corte estabeleceu que 'segundo o direito internacional, as obrigações que este impõe devem ser cumpridas de boa fé e não se pode invocar o direito interno para seu descumprimento'. Essa regra foi codificada no artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969.” (Tradução nossa).

⁹⁹ “69. A Corte tem sustentado, em reiteradas ocasiões, que todo Estado-Parte da Convenção 'tem de adotar todas as medidas para que o estabelecido na Convenção seja efetivamente cumprido em seu ordenamento jurídico interno, tal como requer o artigo 20 da Convenção.' Também tem afirmado que os Estados, no cumprimento do dever geral de respeitar e garantir os direitos, 'devem adotar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limitem ou violem um direito fundamental e suprimir as medidas ou práticas que restrinjam ou vulnerem um direito fundamental.' Significa dizer que, conforme o artigo 2º da Convenção Americana, os Estados não só têm a obrigação de adotar as

Por desrespeito ao dever de adotar disposições de direito interno de qualquer natureza para garantir direitos e liberdades fundamentais, questiona-se o art. 2 da *Ley de Delitos Contra la Persona* e o art. 26 da *Constitución de Barbados*. No primeiro caso, estar-se a tratar da previsão de que qualquer pessoa condenada por homicídio será submetida à pena de morte, independentemente das circunstâncias do caso concreto e do grau de participação e culpabilidade do delinquente.

No segundo caso, em virtude de uma “cláusula de exclusão”, não se permite que leis anteriores a 30 de novembro de 1966, data de entrada em vigor da Constituição de Barbados, sejam submetidas a revisão, mesmo que afrontem direitos e liberdades fundamentais. É o caso da *Ley de Delitos Contra la Persona*, de 1868, que contraria o art. 15.1 da *Constitución de Barbados* quanto à proibição de penas cruéis, desumanas e degradantes, destacando-se os parágrafos 77 e 78 da sentença:

77. La Corte observa que el CJCP [Comité Judicial del Consejo Privado] llegó a la conclusión mencionada anteriormente a través de un análisis puramente constitucional, en el cual no se tuvo en cuenta las obligaciones que tiene el Estado conforme a la Convención Americana y según la jurisprudencia de esta Corte. De acuerdo con la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados, Barbados debe cumplir de buena fe con sus obligaciones bajo la Convención Americana y no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales. En el presente caso, el Estado está precisamente invocando disposiciones de su derecho interno a tales fines.

78. El análisis del CJCP no debería haberse limitado a evaluar si la LDCP [Ley de Delitos Contra la Persona] era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era “convencional”. Es decir, los tribunales de Barbados, incluso el CJCP y ahora la Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención. En este sentido, la Corte ha afirmado, en otras ocasiones, que el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas (...) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.¹⁰⁰ (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2007, p. 22).

medidas legislativas necessárias para garantir o exercício dos direitos nela consagrados, mas também devem evitar promulgar aquelas leis que impeçam o livre exercício desses direitos e evitar que as leis que os protegem sejam suprimidas ou modificadas. Essas obrigações são uma consequência natural da ratificação da Convenção Americana por parte do Estado.” (Tradução nossa).

¹⁰⁰ “A Corte observa que o CJCP [Comitê Judicial do Conselho Privado] chegou à conclusão mencionada anteriormente por meio de uma análise puramente constitucional, na qual não foram levadas em conta as obrigações que o Estado tem conforme a Convenção Americana e segundo a jurisprudência desta Corte. De acordo com a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, Barbados deve cumprir de boa-fé com suas obrigações nos termos da Convenção Americana e não poderá invocar as disposições de seu direito interno como justificativa para o descumprimento

Afora a remissão aos princípios de *bona fides* e *pacta sunt servanda* presentes na CVDT, a mencionada decisão explicita a obrigação de que os Estados que participam do SIPDH não procedam apenas ao controle de constitucionalidade de suas leis, como também ao devido controle de convencionalidade, por força do regime de proteção dos direitos humanos instituído na região. Novamente se está a tratar da CADH, de seus diplomas correlatos e da interpretação que dela faz a Corte IDH, gerando uma espécie de “bloco de convencionalidade” ao lado do tradicional “bloco de constitucionalidade” no âmbito dos sistemas de direito interno.

Julgando o *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Perú*, sentença de 24 de novembro de 2006, a Corte IDH ventilou a responsabilidade do Estado peruano em decorrência da demissão injustificada de 257 (duzentos e cinquenta e sete) trabalhadores vinculados ao Congresso Nacional durante o autogolpe proclamado por Alberto Fujimori em 5 de abril de 1992, além da falta do devido processo legal para questionar dita situação.

Mediante o *Decreto Ley nº 25.640, de 21 de julio de 1992*, foi autorizada a criação de um processo de racionalização de pessoal levado a cabo pela *Comisión Administradora de Patrimonio del Congreso de la República*, culminando na dispensa de 1.110 (mil cento e dez) funcionários, entre os quais se encontravam as 257 (duzentas e cinquenta e sete) vítimas legitimadas. Referindo-se a aspectos como proteção judicial, garantias judiciais e processuais, direitos econômicos, sociais e culturais e controle de convencionalidade, a Corte IDH entendeu ter o *Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional* desrespeitado os arts. 1, 2, 8, 25 e 26 da CADH (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969, p. 10).¹⁰¹

Por meio do parágrafo 128 da sentença proferida no *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Perú*, passou-se a exigir que os Estados componentes do SIPDH exerçam quanto a suas normas internas não apenas um controle de constitucionalidade, mas também um controle de convencionalidade *ex officio*, ou seja, independentemente de requerimento:

destas obrigações convencionais. No presente caso, o Estado está precisamente invocando disposições de seu direito interno para esse fim.” (Tradução nossa).

¹⁰¹ Além dos arts. 1, 2, 8 e 25 da CADH acrescente-se o: “Artigo 26. Desenvolvimento progressivo. Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.”

128. Cuando um Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.¹⁰² (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2006b, p. 47).

Na oportunidade, os parágrafos 11 a 13 do voto concorrente do Juiz Sergio García Ramírez retrataram a imediata aplicabilidade dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos no âmbito interno dos Estados:

11. Si existe esa conexión clara y rotunda - o al menos suficiente, inteligible, que no naufrague en la duda o la diversidad de interpretaciones -, y en tal virtud los instrumentos internacionales son inmediatamente aplicables en el ámbito interno, los tribunales nacionales pueden y deben llevar a cabo su propio “control de convencionalidad”. Así lo han hecho diversos órganos de la justicia interna, despejando el horizonte que se hallaba ensombrecido, inaugurando una nueva etapa de mejor protección de los seres humanos y acreditando la idea - que he reiterado - de que la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, pero no sustituto, el internacional.

12. Este “control de convencionalidad”, de cuyos buenos resultados depende la mayor difusión del régimen de garantías, puede tener - como ha sucedido en algunos países - carácter difuso, es decir, quedar en manos de todos los tribunales cuando éstos deban resolver asuntos en los que resulten aplicables las estipulaciones de los tratados internacionales de derechos humanos.

13. Esto permitiría trazar un sistema de control extenso - vertical y general - en materia de juridicidad de los actos de autoridades - por lo que toca a la conformidad de éstos con las normas internacionales sobre derechos humanos -, sin perjuicio de que la fuente de interpretación de las disposiciones internacionales de esta materia se halle donde los Estados la han depositado al instituir el régimen de protección que consta en la CADH y en otros instrumentos del corpus juris regional. Me parece que ese control extenso - al que corresponde el ‘control de convencionalidad’ - se halla entre las más relevantes tareas para el futuro inmediato del Sistema Interamericano

¹⁰² “128. Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que o efeito útil da Convenção não se veja esgotado ou anulado pela aplicação de leis contrárias a suas disposições, objeto e fim. Em outras palavras, os órgãos do Poder Judicial devem exercer não só um controle de constitucionalidade, também ‘de convencionalidade’ *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e dos regulamentos processuais correspondentes. Essa função não deve se limitar exclusivamente às manifestações ou atos dos demandantes em cada caso concreto, tampouco implica que esse controle deva ser sempre exercido sem considerar outros pressupostos formais e materiais de admissibilidade e procedência de tais ações.” (Tradução nossa).

de Protección de los Derechos Humanos.¹⁰³ (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2006b, p. 68).

O argumento foi o de que o Poder Judiciário estatal deveria empreender seu próprio controle de convencionalidade de caráter não apenas concentrado, mas difuso, concebendo um sistema extenso, vertical e geral dirigido à manutenção da conformidade entre as normas vigentes em sede de direito interno e os diversos TIDH comuns ao *corpus juris* regional.

Considerando a constante interação entre os sistemas de direito no campo dos direitos humanos, o parágrafo 3 do voto concorrente do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade ainda evidenciou que os juízes e tribunais dos Estados-Partes seriam os primeiros a exercer, *ex officio*, tanto o controle de constitucionalidade quanto o de convencionalidade, superando a discussão sobre o caráter subsidiário desse sistema regional e o esgotamento dos recursos de direito interno:

3. O sea, los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer *ex officio* el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana (...).¹⁰⁴ (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2006b, p. 70).

¹⁰³ “11. Se existe essa conexão clara e retumbante - ou ao menos suficiente, inteligível, que não naufrague na dúvida ou na diversidade de interpretações -, em virtude da qual os instrumentos internacionais são imediatamente aplicáveis no âmbito interno, os tribunais nacionais podem e devem levar a cabo seu próprio 'controle de convencionalidade'. Assim tem feito diversos órgãos da justiça interna, limpando o horizonte que se achava nebuloso, inaugurando uma nova etapa de melhor proteção dos seres humanos e dando crédito à ideia - que tenho reiterado - de que a grande batalha pelos direitos humanos se ganhará no âmbito interno, de que é coadjuvante ou complementar, mas não substituto, o internacional.”; “12. Esse 'controle de convencionalidade', de cujos bons resultados depende a maior difusão do regime de garantias, pode ter - como tem acontecido em alguns países - caráter difuso, quer dizer, permanecer nas mãos de todos os tribunais quando estes devam resolver assuntos em que resultem aplicáveis as estipulações dos tratados internacionais de direitos humanos.”; e “13. Isso permitiria traçar um extenso sistema de controle - vertical e geral - em matéria de juridicidade dos atos de autoridades - com relação à conformidade destes com as normas internacionais de direitos humanos -, sem prejuízo de que a fonte de interpretação das disposições internacionais nessa matéria caia onde os Estados a tem depositado ao instituir o regime de proteção que consta na CADH e em outros instrumentos do *corpus juris* regional. Me parece que esse controle extenso - que corresponde ao 'controle de convencionalidade' - se encontra entre as tarefas mais relevantes para o futuro imediato do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.” (Tradução nossa).

¹⁰⁴ “3. Ou seja, os órgãos do Poder Judicial de cada Estado-Parte da Convenção Americana devem conhecer a fundo e aplicar devidamente não só o Direito Constitucional, mas também o Direito Internacional dos Direitos Humanos; devem exercer *ex officio* tanto o controle de constitucionalidade quanto de convencionalidade, tomados em conjunto, porquanto os ordenamentos jurídicos internacional e nacional se encontram em constante interação no presente domínio de proteção da pessoa humana (...).” (Tradução nossa).

No *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, sentença de 12 de agosto de 2008, foi abordada a responsabilidade do Estado devido ao desaparecimento forçado e à execução extrajudicial ocorrida durante o governo militar instaurado no país, além da falta de investigação e sanção de seus responsáveis e de adequada reparação em favor dos familiares. A vítima era um dos líderes do *Movimiento de Unidad Revolucionaria*, que se opunha ao regime ditatorial, tendo desaparecido em 14 de maio de 1970. Seus restos mortais foram encontrados e identificados em 1999, em um quartel de Tocumen, sem que o responsável tenha sido condenado.

A Corte IDH tratou de proteção judicial, garantias judiciais e processuais, direito à integridade e à liberdade pessoal, direito à vida, liberdade de pensamento e de expressão, desaparecimento forçado e direito à verdade, concluindo pela violação dos arts. 1, 2, 4 e 5 da CADH, 1, 6 e 8 da CIPPT e I a III da Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas (CIDFP) (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1994, p. 2)¹⁰⁵, além da CVDT, da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra os Desaparecimentos Forçados, da Declaração das Nações Unidas sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados e do Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional.

Sobre o exercício do controle de convencionalidade, destacam-se inicialmente os parágrafos 180 e 187 da sentença do *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*:

180. La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas

¹⁰⁵ “Artigo I. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a: a. não praticar, nem permitir, nem tolerar o desaparecimento forçado de pessoas, nem mesmo em estado de emergência, exceção ou suspensão de garantias individuais; b. punir, no âmbito de sua jurisdição, os autores, cúmplices e encobridores do delito do desaparecimento forçado de pessoas, bem como da tentativa de prática do mesmo; c. cooperar entre si a fim de contribuir para a prevenção, sanção e erradicação do desaparecimento forçado de pessoas; e d. tomar as medidas de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de qualquer outra natureza que sejam necessárias para cumprir os compromissos assumidos nesta Convenção.”; “artigo II. Para os efeitos desta Convenção, entende-se por desaparecimento forçado a privação de liberdade de uma pessoa ou mais pessoas, seja de que forma for, praticada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas que atuem com autorização, apoio ou consentimento do Estado, seguida de falta de informação ou da recusa a reconhecer a privação de liberdade ou a informar sobre o paradeiro da pessoa, impedindo assim o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes.”; “artigo III. Os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com seus procedimentos constitucionais, as medidas legislativas que forem necessárias para tipificar como delito o desaparecimento forçado de pessoas e a impor-lhe a pena apropriada que leve em conta sua extrema gravidade. Esse delito será considerado continuado ou permanente, enquanto não se estabelecer o destino ou paradeiro da vítima. Os Estados Partes poderão estabelecer circunstâncias atenuantes para aqueles que tiverem participado de atos que constituam desaparecimento forçado, quando contribuam para o aparecimento com vida da vítima ou forneçam informações que permitam esclarecer o desaparecimento forçado de uma pessoa.”

de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina “control de convencionalidad”, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos.

(...)

187. La Corte observa que, a pesar de haber asumido dicha obligación en 1996, el Estado tipificó la desaparición forzada de personas recién en el actual Código Penal de 2007, el cual entró en vigencia en mayo de 2008. Resulta pertinente resaltar que la Comisión Interamericana presentó la demanda en este caso el 23 de enero de 2007, con anterioridad a la promulgación del nuevo Código Penal panameño en el que se tipifica el delito de desaparición forzada. El Tribunal estima que el transcurso de más de diez años desde que Panamá ratificó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas sin que el Estado haya tipificado la conducta en cuestión sobrepasa el tiempo razonable para hacerlo. Por lo tanto, la Corte considera que el Estado incumplió con su obligación convencional específica de tipificar el delito de desaparición forzada, de conformidad con lo establecido en el artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.¹⁰⁶ (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2008, p. 49).

Note-se que a Corte IDH apontou o descumprimento das obrigações convencionais que remetem à CADH e à CIDFP. Nesse sentido, a adoção das

¹⁰⁶ “180. A Corte tem interpretado que tal adequação implica na adoção de medidas em duas vertentes a saber: i) a supressão de normas e práticas de qualquer natureza que impliquem em violação das garantias previstas na Convenção ou que desconheçam os direitos nela reconhecidos e obstaculizem seu exercício; e ii) a expedição de normas e o desenvolvimento de práticas conducentes à efetiva observância dessas garantias. Precisamente, a respeito da adoção dessas medidas, é importante destacar que a defesa ou observância dos direitos humanos à luz dos compromissos internacionais relativos ao trabalho dos operadores de justiça deve realizar-se por meio do que se denomina 'controle de convencionalidade', segundo o qual cada julgador deve velar pelo efeito útil dos instrumentos internacionais, de modo que não seja reduzido ou anulado pela aplicação de normas ou práticas internas contrárias ao objeto e fim do instrumento internacional ou do padrão internacional de proteção dos direitos humanos.”; e “187. A Corte observa que, apesar de ter assumido esta obrigação convencional em 1996, o Estado tipificou o desaparecimento forçado de pessoa recentemente, no atual Código Penal de 2007, o qual entrou em vigor em maio de 2008. É pertinente ressaltar que a Comissão Interamericana apresentou a demanda desse caso em 23 de janeiro de 2007, anteriormente à promulgação do novo Código Penal panamenho, em que se tipifica o crime de desaparecimento forçado. O Tribunal considera que o transcurso de mais de dez anos desde que o Panamá ratificou a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, sem que o Estado tenha tipificado a conduta em questão, ultrapassa o tempo razoável para fazê-lo. Portanto, a Corte considera que o Estado descumpriu sua obrigação convencional específica de tipificar o crime de desaparecimento forçado, em conformidade com o estabelecido no artigo III da Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas.” (Tradução nossa).

medidas cabíveis para dar cumprimento aos direitos elencados não foi efetivada em sede de direito interno, ou seja, o devido controle de convencionalidade não foi empreendido a fim de garantir o efeito útil dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, seja por meio da supressão de normas contrárias ao seu objeto, seja por meio da adoção de normas e práticas conducentes à sua efetiva observância.

Entendeu-se ter transcorrido prazo mais do que razoável para a produção de medidas compatíveis com o combate ao desaparecimento forçado de pessoas por parte do Estado panamenho, vez que este assumiu tal obrigação em 1996, tendo a Comissão IDH apresentado o caso em 2007 e adotado somente em 2008 o novo Código Penal que tipificou o crime no país.

Assim, a Corte IDH constituiu jurisprudência de combate à inércia estatal, exigindo uma postura proativa em termos de cumprimento dos direitos humanos com o uso do controle de convencionalidade; outro ponto fundamental resulta do parágrafo 19 do voto concorrente do Juiz Sergio García Ramírez, que enfatizou o desrespeito ao dever convencional de os Estados elaborarem disposições de direito interno compatíveis com os direitos e garantias comuns ao SIPDH:

19. En la sentencia a la que agrego este voto, la Corte Interamericana observa el deber del Estado de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la Convención Americana, con el propósito de prevenir y sancionar las conductas violatorias de tales bienes jurídicos, deber que resulta de la obligación de respeto y garantía contenida en dicho instrumento. Asimismo, la Corte observa que el deber del Estado de tipificar penalmente la desaparición forzada surge del mandamiento explícito de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de 1994. Es pertinente - en la medida en que se acoge a un deber convencional - que el Estado legislador adopte la caracterización que aporta el Derecho Internacional de los Derechos Humanos acerca de la desaparición forzada (cómo también de la tortura, en su caso) para evitar incongruencias entre la previsión internacional, vinculante para el Estado, y la disposición incriminadora nacional. Es posible, desde luego, que ésta se exprese en términos más comprensivos que aquélla, para favorecer la tutela de los derechos humanos, pero no lo es que reduzca esa tutela a través de tipificaciones domésticas que entren en colisión o no guarden correspondencia con las caracterizaciones internacionales.¹⁰⁷ (CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS, 2008, p. 76).

¹⁰⁷ “19. Na sentença em que adiciono este voto, a Corte Interamericana observa o dever de o Estado adequar seu direito interno às disposições da Convenção Americana, com o propósito de prevenir e sancionar as condutas violatórias de tais bens jurídicos, dever que resulta da obrigação de respeito e garantia contida no referido instrumento. Igualmente, a Corte observa que o dever de tipificar penalmente o desaparecimento forçado surge do mandamento explícito da Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, de 1994. É pertinente - na medida em que se acolhe um dever convencional – que o Estado legislador adote a caracterização que o Direito Internacional dos Direitos Humanos oferece a respeito do desaparecimento forçado (como também a tortura, no seu caso) para evitar incongruências entre a previsão internacional, vinculante para o Estado, e a disposição nacional incriminadora. É possível, desde logo, que esta se expresse

Tratou-se de coibir tipificações domésticas do crime de desaparecimento forçado de pessoas mais maleáveis ou contraditórias em relação aos diplomas comuns ao sistema regional, o que novamente se dirige ao exercício do controle de convencionalidade por parte dos Estados-Partes.

4.2.4 Repercussão geral da jurisprudência convencional e anticonvencionalidade

No *Caso La Cantuta vs. Perú*, sentença de 29 de novembro de 2006, debateu-se a responsabilidade estatal em decorrência do desaparecimento forçado e da execução extrajudicial de 10 (dez) pessoas, entre estudantes e professores, por parte de agentes militares. Os fatos remetem a 22 de maio de 1991, quando o Exército se fixou na *Universidad Nacional Enrique Guzmán y Valle*, impondo toque de recolher, controle de pessoas e prisão arbitrária das vítimas em 18 de julho de 1992. Apesar de terem sido instauradas investigações nas searas civil e militar, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 26.479, de 14 de junho de 1995, concedendo anistia a civis e militares envolvidos em violações de direitos humanos a contar de maio de 1980.

Discorrendo sobre proteção judicial, garantias judiciais e processuais, direito à integridade e à liberdade pessoal, direito à vida, personalidade jurídica e responsabilidade do Estado, a Corte IDH condenou o Perú por desrespeito aos arts. 1 a 5, 7, 8 e 25 da CADH, à CIDFP e aos princípios das Nações Unidas sobre a efetiva prevenção e investigação de execuções extralegais, arbitrárias e sumárias.

Os parágrafos 171 e 172 da sentença do *Caso La Cantuta vs. Perú* ainda preveem a aplicação de princípios estruturantes dirigidos à efetividade normativa como fundamento do exercício do controle de convencionalidade pelos poderes estatais, sob pena de responsabilização internacional:

171. En la Convención, este principio es recogido en su artículo 2, que establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella consagrados, la cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*).

172. Ciertamente el artículo 2 de la Convención no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno a la misma, obviamente por depender ello del carácter de la norma que la requiera y las

em termos mais compreensivos que aquela para favorecer a tutela dos direitos humanos, mas não que reduza essa tutela por meio de tipificações domésticas que entrem em choque ou não guardem correspondência com as caracterizações internacionais." (Tradução nossa).

circunstancias de la situación concreta. Por ello, la Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. El Tribunal ha entendido que la obligación de la primera vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico y, por ende, se satisface con la modificación, la derogación, o de algún modo anulación, o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda.¹⁰⁸ (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2006c, p. 90).

A interpretação realizada pela Corte IDH a respeito da obrigação de adequação do direito interno dos Estados participantes do SIPDH aos termos da CADH e de seus protocolos facultativos deixa claro o intuito de garantir a efetividade dos direitos nela consagrados. A depender de cada caso, devem ser adotadas medidas legislativas, judiciais ou administrativas hábeis a suprimir os efeitos das normas de direito interno que importem em violação de garantias e em prejuízo ao conhecimento e exercício dos direitos reconhecidos internacionalmente.

Dessa forma, ainda que a norma incompatível seja mantida no ordenamento jurídico estatal, seus efeitos ou práticas resultantes deverão ser suprimidos por meio de derrogação, anulação ou reforma, nos termos das disposições aplicáveis a cada caso. Também se exige a expedição de normas e a adoção de outras medidas que conduzam à efetiva observância desses mesmos direitos e garantias.

O voto concorrente do Juiz Sergio García Ramírez atenta para o combate à fonte de violação dos direitos elencados na convenção e a garantia de não repetição; seu argumento reside na repercussão geral de casos de desrespeito aos direitos humanos, prescindindo de declaração particular de “anticonvencionalidade” e evitando decisões repetitivas e meramente declaratórias da Corte IDH. Leia-se:

¹⁰⁸ “171. Na Convenção, esse princípio é reconhecido em seu artigo 2º, que estabelece a obrigação geral de cada Estado-Parte adequar seu direito interno às disposições da mesma para garantir os direitos por ela consagrados, a qual implica em que as medidas de direito interno tenham de ser efetivas (princípio de *effet utile*).”; e “172. Certamente que o artigo 2º da Convenção não define quais são as medidas pertinentes para a adequação do direito interno à mesma, obviamente por isso depender do caráter da norma que a requeira e das circunstâncias do caso concreto. Por isso, a Corte interpreta que tal adequação implica na adoção de medidas em duas vertentes, a saber: 1) a supressão das normas e práticas de qualquer natureza que impliquem em violação das garantias previstas na Convenção ou que desconheçam os direitos ali reconhecidos e obstaculizem seu exercício; e ii) a expedição de normas e o desenvolvimento de práticas conducentes à efetiva observância dessas garantias. O Tribunal entende que a obrigação da primeira vertente é descumprida enquanto se mantém a norma ou prática violatória no ordenamento jurídico e, portanto, se satisfaz com a modificação, derrogação, ou algum modo de anulação ou reforma das normas ou práticas que tenham esse alcance, segundo corresponda.” (Tradução nossa).

7. No tendría sentido afirmar la “anticonvencionalidad” de la norma en una hipótesis particular y dejar incólume la fuente de violación para los casos que se presenten en el futuro. Lejos de establecer una garantía de no repetición - propósito crucial del sistema tutelar de los derechos humanos -, se estaría abriendo la puerta a la reiteración de la violación. Sería impracticable - y frustrante - requerir nuevos pronunciamientos de la Corte Interamericana que abarquen y resuelvan una serie indefinida de casos de la misma naturaleza, llevados a la consideración de aquélla, uno a uno, con el propósito de obtener la respectiva declaratoria de “anticonvencionalidad”.¹⁰⁹ (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2006c, p. 121).

Já o Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade cita em seu voto concorrente o Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y Otros*) vs. *Chile* para reforçar que os Estados devem se adaptar às disposições convencionais e suprimir normas contrárias ao pleno gozo dos direitos e garantias dela resultantes, sob pena de responsabilização internacional; de modo semelhante, também, menciona o Caso *Barrios Altos* vs. *Perú* para evidenciar os “efeitos gerais” dessas sentenças, o que se coaduna com a “repercussão geral” apontada pelo Juiz Sergio García Ramírez:

23. En su Sentencia en el caso de “La Última Tentación de Cristo” (*Olmedo Bustos y Otros versus Chile*, Sentencia del 05.02.2001), esta Corte señaló que el deber general que impone el artículo 2 de la Convención Americana requiere que cada Estado Parte adopte todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, lo que significa que el Estado debe adaptar su actuación a la normativa de protección de la Convención (párr. 87). Siete meses después, la Corte recordó este obiter dictum en su histórica Sentencia en el caso “*Barrios Altos*”, atinente al Perú (Interpretación de Sentencia, del 03.09.2001), en relación con el “deber del Estado de suprimir de su ordenamiento jurídico las normas vigentes que impliquen una violación” de la Convención Americana (párr. 17), y agregó: “la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado Parte en la Convención constituye per se una violación de ésta y genera responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, la Corte considera que, dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía n. 26479 y n. 26492, lo resuelto en la Sentencia de fondo en el caso *Barrios Altos* tiene efectos generales (...)” (párr. 18).¹¹⁰ (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2006c, p. 133).

¹⁰⁹ “Não teria sentido afirmar a ‘anticonvencionalidade’ da norma em determinada hipótese e deixar incólume a fonte de violação para os casos que se apresentem no futuro. Longe de estabelecer uma garantia de não repetição - propósito crucial do sistema tutelar dos direitos humanos -, se estaria abrindo portas à reiteração da violação. Seria impraticável - e frustrante - requerer novos pronunciamientos da Corte Interamericana que abranjam e resolvam uma série indefinida de casos da mesma natureza, levados à sua consideração, um a um, com o propósito de obter a respectiva declaração de ‘anticonvencionalidade’.” (Tradução nossa).

¹¹⁰ “23. Em sua sentença no caso ‘A Última Tentação de Cristo’ (*Olmedo Bustos e Outros versus Chile*, sentença de 05.02.2001), esta Corte assinalou que o dever geral o artigo 2º da Convenção Americana impõe requer que cada Estado-Parte adote todas as medidas para que o estabelecido na Convenção seja efetivamente cumprido em seu ordenamento jurídico interno, o que significa que o Estado deve adaptar sua atuação à normativa de proteção da Convenção (par. 87). Sete meses depois, a Corte lembrou este *obiter dictum* em sua histórica sentença no caso ‘Barrios Altos’, concernente ao Peru (interpretação de sentença de 03.09.2001), em relação ao ‘dever do Estado

No *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, sentença de 23 de novembro de 2010, ventilou-se a responsabilidade do Estado em virtude da detenção migratória do equatoriano Jesús Vélez Loor, das más condições dos centros de detenção em que foi mantido e da falta de um devido processo legal. Tendo sido detido em 11 de novembro de 2002 no *Puesto Policial de Tupiza*, Província de Darién, por supostamente não ter em mãos a documentação necessária para permanecer no país, a vítima foi aprisionada com fulcro no *Decreto Ley nº 16 sobre Migración, de 30 de junio de 1960*, mas sem tomar ciência do teor das alegadas acusações.

Em 18 de dezembro de 2002, foi mantido sob tortura e maus tratos no *Centro Penitenciario La Joyita* até 10 de setembro de 2003, quando foi deportado por resolução da *Directoria Nacional de Migración y Naturalización del Ministerio de Gobierno y Justicia*, que tornou sem efeito a respectiva pena. Como temas, a Corte IDH abrangeu proteção judicial, garantias judiciais e processuais, princípios da legalidade e da retroatividade, igualdade perante a lei, privação de liberdade, direito à integridade pessoal, imigrantes, tortura e tratamento cruel, desumano e degradante.

Constatou-se o desafio aos arts. 1, 2, 5, 8, 9, 24 e 25 da CADH (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969, p. 5),¹¹¹ à CIPPT, ao Conjunto de Princípios para Proteção de todas as Pessoas Submetidas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão, à Convenção de Viena sobre Relações Consulares, às Regras Mínimas para o Tratamento de Presos e até à CEDH. Quanto ao exercício do controle de convencionalidade por agentes que integram os poderes estatais, leiam-se os parágrafos 286 e 287 da sentença do *Caso Vélez Loor vs. Panamá*:

286. No obstante, el Tribunal considera pertinente recordar al Estado que debe prevenir la recurrencia de violaciones a los derechos humanos como las ocurridas y, por eso, adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro, en cumplimiento de sus deberes de prevención y garantía de los derechos fundamentales reconocidos por la Convención Americana.

de suprimir de seu ordenamento jurídico as normas vigentes que impliquem em uma violação' da Convenção Americana (par. 17) e acrescentou: 'a promulgação de uma lei manifestamente contrária às obrigações assumidas por um Estado-Parte na Convenção constitui por si só uma violação desta e gera responsabilidade internacional do Estado. Consequentemente, a Corte considera que, dada a natureza da violação constituída pelas leis de anistia n. 26479 e n. 26492, a decisão na sentença de fundo no caso Barrios Altos tem efeitos gerais (...) (par. 18)'." (Tradução nossa).

¹¹¹ Afora os comentados artigos, remete-se a este: "artigo 9. Princípio da legalidade e da retroatividade. Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado."

Asimismo, debe adoptar todas las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos por la Convención Americana, razón por la cual la obligación estatal de adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales no se limita al texto constitucional o legislativo, sino que deberá irradiar a todas las disposiciones jurídicas de carácter reglamentario y traducirse en la efectiva aplicación práctica de los estándares de protección de los derechos humanos de las personas migrantes. En particular, en lo relativo a la notificación a los detenidos extranjeros sobre su derecho a la asistencia consular, así como a asegurar la revisión judicial directa ante un juez o tribunal competente para que decida sobre la legalidad del arresto o detención.

287. Asimismo, cabe resaltar que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, quienes ejercen funciones jurisdiccionales también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos de cualquiera de los Poderes cuyas autoridades ejerzan funciones jurisdiccionales deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.¹¹² (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2010h, p. 89).

Caberia aos Estados exercer o controle de convencionalidade como forma de prevenir a recorrência de violações de direitos humanos, o que se traduziria na compatibilização normativa e na adoção de medidas necessárias à efetivação de direitos e liberdades fundamentais. Tais medidas não se limitariam à reforma ou revisão de diplomas constitucionais e infraconstitucionais, irradiando toda e qualquer disposição jurídica de caráter regulamentar concernente à proteção e promoção dos direitos humanos em sede de direito interno.

¹¹² “286. Não obstante, o Tribunal considera pertinente lembrar que o Estado deve prevenir a ocorrência de violações aos direitos humanos como as ocorridas e, portanto, adotar todas as medidas legais, administrativas e de outra índole que sejam necessárias para evitar que acontecimentos semelhantes voltem a ocorrer no futuro, em cumprimento aos seus deveres de prevenção e garantia dos direitos fundamentais reconhecidos pela Convenção Americana. Igualmente, deve adotar as medidas legislativas ou de outro caráter que sejam necessárias para efetivar os direitos reconhecidos pela Convenção Americana, razão pela qual a obrigação estatal de adequar a legislação interna às disposições convencionais não se limita ao texto constitucional ou legislativo, mas deverá irradiar todas as disposições jurídicas de caráter regulamentar e traduzir-se na efetiva aplicação prática das normas de direitos humanos das pessoas migrantes. Particularmente, em relação à notificação dos estrangeiros detidos, quanto ao seu direito à assistência consular, assim como a assegurar a revisão judicial direta perante um juiz ou tribunal competente para que decida sobre a legalidade da prisão ou detenção.”; e “287. Igualmente, cabe ressaltar que quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, aqueles que exercem funções jurisdiccionais também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que o efeito útil da Convenção não seja esgotado ou anulado pela aplicação de leis contrárias às suas disposições, objeto e fim. Em outras palavras, os órgãos de qualquer dos Poderes cujas autoridades exerçam funções jurisdiccionais devem exercer não só um controle de constitucionalidade, mas também de ‘controle de convencionalidade’ ex officio entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulações processuais correspondentes.” (Tradução nossa).

Mais uma vez se remete ao dever de os órgãos estatais que exercem funções jurisdicionais preservarem o efeito útil da CADH, o que só pode ser alcançado por meio da supressão dos efeitos de normas contrárias às suas disposições, ao seu objeto e à sua finalidade. Estende-se, assim, a esfera de atuação dos órgãos públicos estatais aptos ao exercício do controle de convencionalidade, vez que não apenas os membros do Poder Judiciário, mas de todo e qualquer Poder que exerça funções jurisdicionais necessitam adequar sua normativa aos parâmetros do SIPDH.

Na sequência, o *Caso Radilla Pacheco vs. México*, sentença de 23 de novembro de 2009, retratou a responsabilidade estatal em função do desaparecimento forçado de Radilla Pacheco, envolvido em atividades políticas e sociais de oposição ao governo instaurado. Tendo sido detido em 25 de agosto de 1974 por militares, foi visto pela última vez no Quartel Militar de Atoyac de Álvarez, Estado de Guerrero, com evidência de ter sofrido agressões físicas. Apesar da interposição de diversas medidas judiciais por seus familiares, a jurisdição penal militar foi eleita sem que os fatos fossem devidamente investigados.

Abarcando proteção judicial, garantias judiciais e processuais, jurisdição penal e militar, direito à vida, liberdade e integridade pessoal, desaparecimento forçado, direito à verdade, personalidade jurídica e responsabilidade internacional, a sentença foi fundamentada nos arts. 1, 3, 4, 5, 7, 8, 13 e 25 da CADH, arts. I, II, IX e XI da CIDFP (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1994, p. 4)¹¹³ e na CVDT. Seu parágrafo 247 concerne à finalidade precípua do controle de convencionalidade:

247. (...) La obligación estatal de adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales comprende el texto constitucional y todas las disposiciones jurídicas de carácter secundario o reglamentario, de tal forma que pueda traducirse en la efectiva aplicación práctica de los estándares de protección de los derechos humanos.¹¹⁴ (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2009c, p. 71).

¹¹³ Transcritos seus arts. I e II, resta citar os: “Artigo IX. Os suspeitos dos atos constitutivos do delito do desaparecimento forçado de pessoas só poderão ser julgados pelas jurisdições de direito comum competentes, em cada Estado, com exclusão de qualquer outra jurisdição especial, particularmente a militar. Os atos constitutivos do desaparecimento forçado não poderão ser considerados como cometidos no exercício das funções militares. Não serão admitidos privilégios, imunidades nem dispensas especiais nesses processos, sem prejuízo das disposições que figuram na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas.”; e “Artigo XI. Toda pessoa privada de liberdade deve ser mantida em lugares de detenção oficialmente reconhecidos e apresentada, sem demora e de acordo com a legislação interna respectiva, à autoridade judiciária competente. Os Estados Partes estabelecerão e manterão registros oficiais atualizados sobre seus detidos e, de conformidade com sua legislação interna, os colocarão à disposição dos familiares dos detidos, bem como dos juízes, advogados, qualquer pessoa com interesse legítimo e outras autoridades.”

¹¹⁴ “247. (...) A obrigação estatal de adequar a legislação interna às disposições convencionais compreende o texto constitucional e todas as disposições jurídicas de caráter secundário ou

Na ocasião, a Corte IDH apreendeu que a normativa interna dos Estados deve se adequar às disposições do SIPDH, abarcando normas de caráter secundário, regulamentar e de hierarquia constitucional. Evidencia-se, assim, a insuficiência do controle de constitucionalidade e a necessidade de empreender o devido controle de convencionalidade com o fito de compatibilizar especialmente as Constituições nacionais aos termos da CADH, de seus protocolos facultativos e da interpretação que dela faz a Corte IDH, sem descartar a orientação dada pela DADDH.

De maneira complementar, os parágrafos 338 e 339 da sentença do *Caso Radilla Pacheco vs. México* demonstram a ampliação do papel a ser exercido pelos Estados que participam do sistema regional interamericano quanto ao cumprimento de tal mister, exigindo destes não apenas o exercício da devida compatibilização normativa, mas também a adoção das medidas necessárias à sua efetiva aplicação, independentemente de sua natureza:

338. Para este Tribunal, no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención (...).

339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.¹¹⁵ (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2009c, p. 92).

regulamentar, de tal forma que possa traduzir-se na efetiva aplicação prática das normas de proteção dos direitos humanos.” (Tradução nossa).

¹¹⁵ “338. Para este Tribunal, não só a supressão ou expedição de normas no direito interno garantem os direitos contidos na Convenção Americana, em conformidade com a obrigação compreendida no artigo 2º deste instrumento. Também se requer o desenvolvimento de práticas estatais conducentes à efetiva observância dos direitos e liberdades nela consagrados.

Sustentou-se que a simples expedição de normas favoráveis à observância dos direitos humanos ou a supressão das que lhes sejam contrárias não seriam suficientes para garantir direitos e liberdades fundamentais; teriam de ser adotadas práticas jurisdicionais e manifestações de ordem pública conducentes à efetiva observância de seus preceitos normativos, ensejando sua adequada interpretação e aplicação nas diversas esferas de poder estatal.

Corroborou-se, mais uma vez, a visão de que os Estados devem exercer o controle de convencionalidade *ex officio* das normas internas quanto às normas comuns ao SIPDH e à interpretação realizada pela Corte IDH à luz de seus preceitos. Quando contrárias ao seu objeto, tais normas careceriam de quaisquer efeitos jurídicos por força da prevalência dos compromissos assumidos voluntariamente pelos Estados no que tange à promoção e à proteção dos direitos humanos.

4.2.5 Expansão do direito convencional e interação jurisdicional

No *Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, sentença de 24 de novembro de 2010, o Estado foi responsabilizado devido ao desaparecimento forçado de 354 (trezentos e cinquenta e quatro) membros da “Guerrilha do Araguaia”, grupo de resistência formado por membros do recém-inaugurado Partido Comunista do Brasil. Os fatos se deram entre abril de 1972 e janeiro de 1975, durante o período ditatorial militar inaugurado em 1964 com a deflagração de um golpe de Estado contra o governo do então Presidente João Goulart, culminando com a edição da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979 – Lei de Anistia brasileira, que impediu a investigação, processamento e sanção dos responsáveis por tais crimes.

Consequentemente, a existência de uma norma não garante por si só que sua aplicação seja adequada. É necessário que a aplicação das normas ou sua interpretação, enquanto práticas jurisdicionais e manifestações da ordem pública estatal, se encontrem ajustadas ao mesmo fim que o artigo 2º da Convenção persegue (...).”; e “339. Com relação às práticas judiciais, este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não sejam esgotados pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e fim, que desde o início carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judicial deve exercer um 'controle de convencionalidade' *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judicial deve levar em consideração não somente o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana tem feito do mesmo, intérprete última da Convenção Interamericana.” (Tradução nossa).

Segundo Guerra e Lima Sobrinho (2015), a decisão da Corte IDH condena o Brasil por sua leitura equivocada sobre o alcance da Lei de Anistia brasileira, que impediria a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos. O processo nasceu do ativismo de três Organizações Não-Governamentais: o Centro Pela Justiça e o Direito Internacional, o Grupo Tortura Nunca Mais do Rio de Janeiro e a Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos do Instituto de Estudos da Violência do Estado.

Em 21 de outubro de 2008, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153/DF com o fito de declarar a inconstitucionalidade da Lei de Anistia, um dos últimos óbices ao resgate da verdade e da memória na tardia transição democrática brasileira. A controvérsia centrou-se no dever de efetuar uma interpretação conforme à Constituição, de modo a declarar, à luz de seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida aos crimes políticos ou conexos não se estenderia a crimes comuns praticados por agentes da repressão contra opositores políticos durante o regime militar vigente entre 1964 e 1985 (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008).

Alegou-se o descumprimento de preceitos fundamentais como: isonomia em matéria de segurança (art. 5º, *caput*), tendo a lei estendido a anistia a classes indefinidas de crimes; dever do Poder Público de não ocultar a verdade (art. 5º, inciso XXXIII); violação aos princípios democrático e republicano (art. 1º, *caput*); e desrespeito ao valor da dignidade humana (art. 1º, inciso III). Também se insistiu que a Lei de Anistia afrontaria princípios fundamentais do Direito Internacional e dos sistemas de proteção de direitos humanos que concebem os crimes contra a humanidade como imprescritíveis e indignos de anistia, tais como o assassinio, o extermínio e outros atos gravosos cometidos contra a população civil.

Sendo imanente a obrigação de investigação, ajuizamento e punição dos responsáveis, tais crimes só admitiriam a contagem de prescrição a partir da consumação, devido à sua natureza permanente, de tal modo que, inexistindo data do óbito, não haveria que se falar em incidência do fenômeno prescritivo. A discussão, no âmbito da Corte, gravitou em torno do sentido normativo atribuído ao art. 5º, *caput* e incisos III e XXXIII da CRFB, pugnando-se pela não violação aos princípios democrático e republicano.

É o que se extrai da ata de julgamento da ADPF nº 153/DF, nesses termos:

A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. Mas essa afirmação aplica-se exclusivamente à interpretação das leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma. Não aquelas, designadas leis-medida (*Massnahmegesetze*), que disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas, e consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. No caso das leis-medida interpreta-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão “crimes conexos” na Lei n. 6.683 (...). A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento – o momento da transição conciliada de 1979. A Lei n. 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010a, p. 43).

Os Ministros entenderam ter-se operado, à época da promulgação da lei em xeque, um acordo amplo e irrestrito de toda a sociedade, com validade política e social à vista do momento histórico em que foi realizado. A EC nº 26, de 27 de novembro de 1985, ao convocar a Assembleia Constituinte, teria perpetrado um estado de coisas radicado na “autoanistia” comum à “justiça de transição”, não se podendo invocar parâmetros de correção posteriores às decisões voltadas à reabertura democrática.

O então Presidente da Corte, Ministro Cezar Peluso, afirmou não conseguir entender o porquê de a OAB questionar esse acordo mais de 30 anos depois de sua feitura, tendo dele participado, destacando o mérito conservador do voto do Relator, Min. Eros Roberto Grau, que praticamente identificou a ocorrência do perdão e da anistia de atos grotescos eivados do profundo e horrendo autoritarismo da recente história, como se a sociedade não fosse refém do Estado autocrático, como se a OAB não estivesse submetida ao jugo cruel da exceção.

Ora, ainda que não fosse possível o ajuizamento de ações penais ou o processamento de feitos relacionados com o período de exceção e anteriormente à redemocratização brasileira, seria de imaginar que as citadas providências fossem plenamente tomadas e asseguradas às vítimas, familiares e demais membros da sociedade quando findo o regime ditatorial militar. Percebe-se que houve verdadeira “transição sem justiça”, em flagrante desrespeito à ideia de justiça de transição.

Esse conceito engloba o conjunto de processos e mecanismos judiciais e extrajudiciais associados às tentativas da sociedade em chegar a um acordo quanto ao grande legado de abusos cometidos no passado, a fim de assegurar que os responsáveis prestem contas de seus atos, se faça justiça e alcance a reconciliação.

Tal conjunto perpassaria diferentes níveis de envolvimento internacional, abarcando o juízo de processos individuais, destituição de cargos, reparações, busca da verdade, reforma institucional, investigação de antecedentes ou a combinação desses procedimentos. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2009).

Nesse contexto, a Lei de Anistia brasileira foi considerada harmônica com a ordem constitucional vigente, afastando a incidência da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura, e, ainda, desconsiderando o que preconiza o art. 5º, inciso XLIII, da CRFB, que declara insuscetíveis de graça e de anistia a prática da tortura, entre outros crimes, posto que a lei foi editada anteriormente.

Após o julgamento realizado em 29 de abril de 2010, em que se pugnou pela improcedência da ADPF nº 153/DF por 7 votos contra 2, a Corte IDH notificou em 14 de dezembro de 2010 o governo brasileiro, os representantes das vítimas e a Comissão IDH. Em julgamento próprio, a Corte IDH tratou de temas como proteção judicial, garantias judiciais e processuais, princípio de legalidade e retroatividade, liberdade e integridade pessoal, liberdade de pensamento e de expressão, jurisdição penal civil e militar, direito à vida, desaparecimento forçado de pessoas, direito à verdade, anistia, personalidade jurídica e controle de convencionalidade.

A Corte IDH entendeu terem sido contrariados os arts. 1 a 5, 7 a 9, 13 e 25 da CADH e os arts. 1, 2, 6 e 8 da CIPPT, além de diplomas como: CVDT; Convenção Internacional para a Proteção de todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados; CIDFP; Declaração das Nações Unidas sobre a Proteção de todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados; Declaração e Programa de Ação de Viena; Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional; e PIDCP.

De início, o parágrafo 31 da sentença do *Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* traz importante discussão sobre o interesse processual e da competência da Comissão IDH e da Corte IDH perante casos de graves violações de direitos humanos na região, independentemente das medidas adotadas internamente:

31. Por otra parte, en cuanto a la alegada falta de interés procesal de la Comisión y los representantes debido a las diversas iniciativas adoptadas por Brasil en el ámbito interno, siguiendo su jurisprudencia, este Tribunal recuerda que la responsabilidad internacional del Estado se genera inmediatamente después de cometerse un acto ilícito según el derecho internacional, y que la voluntad de reparar dicho acto a nivel interno no inhibe

a la Comisión ni a la Corte para conocer un caso. Es decir, de conformidad con el Preámbulo de la Convención Americana, la protección internacional de naturaleza convencional es “coadyuvante o complementaria [a] la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. Consecuentemente, cuando se alega que el Estado no cumplió cabalmente con su obligación de reparar alguna violación a los derechos reconocidos en la Convención Americana, corresponde a este Tribunal ejercer su competencia sobre el supuesto acto ilícito, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos procesales convencionales, así como, eventualmente, declarar las violaciones que en su caso correspondan y ordenar las reparaciones pertinentes de conformidad con el artículo 63.1 de la Convención. Por lo tanto, el Tribunal considera que las acciones que el Estado señala que adoptó para reparar las supuestas violaciones cometidas en el presente caso o evitar su repetición, pueden ser relevantes para el análisis de la Corte sobre el fondo del caso y, eventualmente, para las posibles reparaciones que se ordenen, pero no tienen efecto sobre el ejercicio de la competencia de la Corte para conocer el mismo. Con base en lo expuesto, el Tribunal desestima la excepción preliminar del Estado.¹¹⁶ (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2010e, p. 14).

A título de exceção preliminar, o Brasil alegou falta de interesse processual da Comissão IDH e da Corte IDH, vez que teriam sido adotadas diversas iniciativas no âmbito de seu direito interno quanto aos atos ilícitos praticados no *Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Entretanto, ambos os órgãos conheceram do caso por restar comprovado que as medidas adotadas pelo Brasil não foram suficientes para reparar e evitar futuras violações de direitos humanos, afrontando a CADH e configurando a responsabilidade internacional do Estado.

Também se reafirmou a competência dos órgãos do SIPDH, dada a proteção convencional e o caráter coadjuvante e complementar do controle exercido perante o direito interno dos Estados-Partes. Tal fato independe da adoção de medidas de reparação e violação do direito convencional, o que seria ponderado em sede

¹¹⁶ “31. Por outro lado, quanto à alegada falta de interesse processual da Comissão e dos representantes devido às diversas iniciativas adotadas pelo Brasil no âmbito interno, seguindo sua jurisprudência, este Tribunal lembra que a responsabilidade internacional do Estado se origina imediatamente depois de cometer-se um ato ilícito segundo o Direito Internacional e que a vontade de reparar este ato a nível interno não inibe a Comissão nem a Corte para conhecer de um Caso. Quer dizer, em conformidade com o Preâmbulo da Convenção Americana, a proteção internacional de natureza convencional é 'coadjuvante e complementar [a] à que o direito interno dos Estados americanos oferece'. Consequentemente, quando se alega que o Estado não cumpriu com sua obrigação de reparar alguma violação aos direitos reconhecidos na Convenção Americana, cabe a este Tribunal exercer sua competência sobre o suposto ato ilícito, sempre e quando se cumpram certos requisitos processuais convencionais, assim como, eventualmente, declarar as violações correspondentes em cada caso e ordenar as reparações pertinentes em conformidade com o artigo 63.1 da Convenção. Portanto, o Tribunal considera que as ações que o Estado sinaliza ter adotado para reparar as supostas violações cometidas no presente caso ou para evitar sua repetição podem ser relevantes para a análise da Corte sobre o mérito do caso e, eventualmente, para as possíveis reparações a serem ordenadas, mas não tem efeito sobre o exercício da competência da Corte para conhecê-lo. Com base no exposto, o Tribunal rejeita a exceção preliminar do Estado.” (Tradução nossa).

meritória quando da mensuração dos danos causados às vítimas, não impedindo o trâmite do devido processo legal internacional.

Posteriormente, tratou-se da violação dos compromissos internacionais dos Estados que participam do SIPDH quanto à atuação de seus órgãos, incluindo suas Cortes Superiores de Justiça, vide parágrafo 49 da sentença:

49. En numerosas ocasiones la Corte ha sostenido que el esclarecimiento de si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales en virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, puede conducir a que este Tribunal deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos para establecer su compatibilidad con la Convención Americana, lo cual incluye, eventualmente, las decisiones de tribunales superiores. En el presente caso, la Corte Interamericana no está llamada a realizar un examen de la Ley de Amnistía en relación con la Constitución Nacional del Estado, cuestión de derecho interno que no le compete, y que fuera materia del pronunciamiento judicial en la Acción de Incumplimiento No. 153 (infra párr. 136), sino que debe realizar el control de convencionalidad, es decir, el análisis de la alegada incompatibilidad de aquella ley con las obligaciones internacionales de Brasil contenidas en la Convención Americana. En consecuencia, los alegatos referentes a esta excepción son cuestiones relacionadas directamente con el fondo de la controversia, que pueden ser examinados por este Tribunal a la luz de la Convención Americana sin contravenir la regla de la cuarta instancia. Por lo tanto, el Tribunal desestima esta excepción preliminar.¹¹⁷ (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2010e, p. 20).

Na oportunidade, a Corte IDH se absteve de analisar a compatibilidade da Lei de Anistia brasileira com a CRFB, o que foi objeto da ADPF nº 153/DF, tendo-se considerado a CADH como parâmetro. Restando comprovada a violação de direitos humanos, vez que a decisão interna impedia seu exercício, constatou-se a existência de obstáculos à efetivação dos direitos humanos nos fundamentos da decisão proferida na ADPF nº 153/DF, dotada de efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, fixando-se reparação de danos e sanção dos ilícitos. Leiam-se os parágrafos 128 e 129 da sentença do *Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*:

¹¹⁷ “49. Em diversas ocasiões a Corte sustentou que o esclarecimento a respeito da violação ou não das obrigações internacionais em virtude da atuação de seus órgãos judiciais pode conduzir este Tribunal a ocupar-se do exame dos respectivos processos internos para estabelecer sua compatibilidade com a Convenção Americana, o que inclui, eventualmente, as decisões de tribunais superiores. No presente caso, a Corte Interamericana não é chamada a realizar um exame da Lei de Anistia com relação à Constituição Nacional do Estado, questão de direito interno que não lhe compete e que foi objeto de pronunciamento judicial na Ação de Descumprimento nº. 153 (infra par. 136), mas deve fazer o controle de convencionalidade, quer dizer, a análise da alegada incompatibilidade daquela lei com as obrigações internacionais do Brasil contidas na Convenção Americana. Consequentemente, as alegações referentes a essa demanda são questões relacionadas diretamente com o mérito da controvérsia, que podem ser examinadas por esse Tribunal à luz da Convenção Americana sem contrariar a regra da quarta instância. Portanto, o Tribunal rejeita essa exceção preliminar.” (Tradução nossa).

128. Los representantes coincidieron con los alegatos de la Comisión sobre la obligación de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos del presente caso. Si bien los Estados tienen la obligación de remover todos los obstáculos fácticos y jurídicos que puedan dificultar el esclarecimiento judicial exhaustivo de violaciones a la Convención Americana, en el presente caso existen diversos obstáculos legales. En cuanto a la Ley de Amnistía, la interpretación que se ha dado en el ámbito interno es la que considera como “crímenes conexos” a todos aquellos cometidos por los agentes del Estado, inclusive las graves violaciones a derechos humanos. Dicha interpretación constituye el mayor obstáculo para la garantía del derecho al acceso a la justicia y del derecho a la verdad de los familiares de los desaparecidos, lo cual ha creado una situación de total impunidad. Esa interpretación ha sido refrendada recientemente por el Supremo Tribunal Federal, lo cual hace mayor el obstáculo que la Ley representa para la investigación de los hechos por los efectos vinculantes y eficacia erga omnes de esa decisión. Finalmente, señalaron la irrelevancia del contexto de creación de la Ley de Amnistía para el Derecho Internacional, pues consideraron que en tanto esta impida la persecución de los responsables de graves violaciones a derechos humanos, la misma será contraria a las obligaciones internacionales del Estado. La Ley de Amnistía no fue el resultado de un proceso de negociación equilibrada, ya que su contenido no contempló las posiciones y necesidades reivindicadas por sus destinatarios y sus familiares. De tal modo, atribuir el consentimiento de la amnistía para los agentes represores al lema de la campaña y a los familiares de los desaparecidos es deformar la historia.

129. Por otra parte, los representantes indicaron que la prescripción es un segundo obstáculo legal para la investigación de los hechos y la sanción de los responsables, como lo demuestran casos en los cuales se aplicó dicha figura a conductas delictivas ocurridas durante el régimen militar. El tercer obstáculo es la falta de tipificación del delito de desaparición forzada en el derecho brasileño, sobre el cual indicaron que: a) al tratarse de un delito de ejecución permanente, la prohibición penal es aplicable mientras se mantenga la conducta delictiva; b) la falta de tipificación de ese crimen en el ordenamiento jurídico brasileño implica el incumplimiento del Estado de las disposiciones del artículo 2 de la Convención e impone al Estado la obligación de aplicar su derecho penal de forma compatible con sus obligaciones convencionales, de modo que evite que dichas conductas permanezcan impunes, y c) el principio de legalidad no debe perjudicar el juzgamiento y la sanción de los actos que, al momento de su comisión, ya constituían delitos según los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional. Un cuarto obstáculo legal resulta la intervención de la jurisdicción militar, dado que en el derecho interno existen antecedentes recientes que abren la posibilidad para que ello ocurra en violación de los parámetros interamericanos e internacionales. Por todo lo anterior, concluyeron que el Estado violó los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo tratado. Asimismo, dado que el Estado no adoptó medidas efectivas para evitar, prevenir y sancionar los actos de tortura sufridos por las personas desaparecidas, violó los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.¹¹⁸ (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010e, p. 48).

¹¹⁸ “128. Os representantes concordaram com as alegações da Comissão sobre a obrigação de investigar e punir as violações de direitos humanos no presente caso. Embora os Estados tenham a obrigação de remover todos os obstáculos fácticos e jurídicos que possam dificultar o esclarecimento judicial exaustivo de violações à Convenção Americana, no presente caso existem diversos obstáculos legais. Quanto à Lei de Anistia, a interpretação que se tem dado no âmbito interno é a que considera como 'crimes conexos' todos aqueles cometidos por agentes do Estado, inclusive as graves violações de direitos humanos. Tal interpretação constitui o maior obstáculo para a garantia do direito de acesso à justiça e do direito à verdade dos familiares dos

Verifica-se que a compreensão dos atos perpetrados por agentes estatais durante o regime ditatorial militar brasileiro como “crimes conexos” descaracterizaria as graves violações de direitos humanos, gerando impunidade e impedindo o acesso à justiça e o direito à verdade. Piovesan (2009) afasta a interpretação de que, em nome da conciliação nacional, a lei de anistia seria uma lei de “duas mãos” a beneficiar torturadores e vítimas, resultado de equivocada interpretação. Sendo praticados por uma pessoa ou grupo de pessoas que se encadeiam em suas causas, não caberia sustentar conexidade entre fatos praticados pelo delinquente e as ações de sua vítima, tendo a anistia perdoado estes, não aos que delinquem em nome do Estado.

A alegação de prescrição processual também inviabiliza a investigação dos fatos e a sanção dos ilícitos cometidos contra a população civil, assim como a falta de tipificação do crime de desaparecimento forçado de pessoas dificulta a persecução penal dos responsáveis, apesar da sustentada natureza de crime permanente. Por conseguinte, engana-se quem pensa que a transição democrática se operou de forma plena no Brasil. Talvez não venha a se concluir enquanto persistir o autoritarismo herdado em inúmeras posturas institucionais e até mesmo culturais, como a crença em uma forma mística de perdão descompromissada com a verdade e a memória.

desaparecidos, o que tem criado uma situação de total impunidade. Essa interpretação foi referendada recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, aumentando o obstáculo que a lei representa para a investigação dos fatos devido aos efeitos vinculantes e à eficácia *erga omnes* dessa decisão. Finalmente, assinalaram a irrelevância do contexto de criação da Lei de Anistia para o Direito Internacional, por terem considerado que, estando impedida a persecução dos responsáveis por graves violações de direitos humanos, a mesma contraria as obrigações internacionais do Estado. A Lei de Anistia não resultou de um processo de negociação equilibrada, já que seu conteúdo não contemplou as posições e necessidades reivindicadas por seus destinatários e familiares. De tal modo, atribuir o consentimento da anistia para os agentes repressores ao lema da campanha e aos familiares dos desaparecidos é deformar a História.”; e “129. Por outro lado, os representantes indicaram que a prescrição é um segundo obstáculo para a investigação dos fatos e a sanção dos responsáveis, como demonstram os casos em que se aplicou essa figura a condutas criminosas ocorridas durante o regime militar. O terceiro obstáculo é a falta de tipificação do crime de desaparecimento forçado no direito brasileiro, a esse respeito indicaram que: a) por tratar-se de um crime de execução permanente, a proibição penal é aplicável enquanto se mantenha a conduta delitiva; b) a falta de tipificação desse crime no ordenamento jurídico brasileiro implica no descumprimento por parte do Estado das disposições do artigo 2º da Convenção e lhe impõe a obrigação de aplicar seu direito penal de forma compatível com suas obrigações convencionais, de modo que evite que essas condutas permaneçam impunes; e c) o princípio de legalidade não deve prejudicar o julgamento e a sanção dos atos que, no momento de seu cometimento, já constituam crimes segundo os princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade internacional. Um quarto obstáculo legal resulta da intervenção da jurisdição militar, uma vez que no direito interno existem antecedentes recentes que abrem a possibilidade para que isso ocorra em violação aos parâmetros interamericanos e internacionais. Por todo o exposto, concluíram que o Estado violou os arts. 8º e 25 da Convenção Americana, com relação aos arts. 1.1 e 2º do mesmo tratado. Igualmente, dado que o Estado não adotou medidas efetivas para evitar, prevenir e punir os atos de tortura sofridos pelas pessoas desaparecidas, violou os arts. 10, 6º e 8º da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.” (Tradução nossa).

Anos após o julgamento da ADPF nº 153/DF, os trabalhos conduzidos pelas autoridades brasileiras, inclusive na forma de uma “Comissão da Verdade”, se limitaram à busca de restos mortais de vítimas do regime militar; arquivos das Forças Armadas deixaram de ser publicizados e os responsáveis pelos crimes continuados e permanentes cometidos à época não foram identificados, processados e julgados, em claro desrespeito dos poderes públicos à sentença proferida pela Corte IDH.

Com fulcro nos arts. 1º, inciso III; 4º, incisos I e II; e 5º, §§ 1º a 3º da CRFB, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) impetrou em 15 de maio de 2014 a ADPF nº 320/DF contra interpretações judiciais que continuavam a considerar extinta a punibilidade de agentes estatais envolvidos em graves violações de direitos humanos, alegando-se prescrição da pretensão punitiva e descaracterizando o desaparecimento forçado de pessoas ante a tipificação de sequestro ou de ocultação de cadáver, além de terem sido desconsiderados outros crimes de lesa-humanidade.

Do Parecer da Procuradoria-Geral da República, proferido em 28 de agosto de 2014 nos autos da ADPF nº 320/DF, destaca-se o reconhecimento dos efeitos vinculantes da sentença oriunda da Corte IDH, veja-se:

A pretensão contida nesta arguição não conflita com o decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 153/DF nem caracteriza superfetação (*bis in idem*). Ali se efetuou controle de constitucionalidade da Lei 6.683/1979. Aqui se pretende reconhecimento de validade e de efeito vinculante da decisão da Corte IDH no Caso Gomes Lund, a qual agiu no exercício legítimo do controle de convencionalidade (...). O artigo 68 (1) da convenção estabelece que os Estados-Partes se comprometem a cumprir a decisão da Corte em todo caso no qual forem partes. Dever idêntico resulta da própria Constituição brasileira, à luz do art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988. Para negar eficácia à Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou às decisões da Corte IDH, seria necessário declarar inconstitucionalidade do ato de incorporação desse instrumento ao Direito interno. Disso haveria de resultar denúncia integral da convenção, na forma de seu art. 75 e do art. 44 (1) da Convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados (Decreto 7.030/2009) (...). Cabe ADPF para que o Supremo Tribunal Federal profira, com efeito vinculante (art. 10, caput e § 3º, da Lei 9.882/1999), decisão que impeça se adotarem os fundamentos mencionados para obstar a persecução daqueles delitos, sem embargo da observância das demais regras e princípios aplicáveis ao processo penal, tanto no plano constitucional quanto no infraconstitucional. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2014, p. 2).

Entretanto, o Ministério Público Federal pugnou pelo conhecimento da reclamação com a procedência parcial dos pedidos, com restrição quanto à pretensão de compelir o Brasil de forma genérica ao cumprimento de todos os pontos resolutivos da sentença do *Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, sob o

argumento de ausência de prova do inadimplemento estatal quanto a todos eles. Em 21 de outubro de 2014, o Conselho Federal da OAB e o Conselho Nacional de Igrejas Cristãs do Brasil adentraram na relação processual na condição de *amicus curiae*, estando a ação conclusa para julgamento desde 3 de agosto de 2015.

Portanto, caberia ao Brasil remover os obstáculos ao pleno gozo de direitos e liberdades fundamentais, não se limitando à adequação de sua legislação interna aos ditames convencionais de proteção e promoção dos direitos humanos. Entretanto, a supressão dos efeitos de normas contrárias a esse fim, bem como a promulgação de outras com ele condizentes aparenta ser insuficiente em sede de direito comparado, ensejando a adoção de medidas outras capazes de assegurar o cumprimento das obrigações internacionais assumidas pelos Estados.

Concluiu-se que as disposições da lei de autoanistia brasileira impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos, restando incompatíveis com a CADH e carecendo de efeitos jurídicos. Por essa razão, não podem continuar a servir de óbice à identificação e à punição dos responsáveis ou ter impacto sobre outros casos similares. Vejam-se os parágrafos 172 e 174 da sentença:

172. La Corte Interamericana considera que la forma en la cual ha sido interpretada y aplicada la Ley de Amnistía adoptada por Brasil (supra párrs. 87, 135 y 136) há afectado el deber internacional del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos al impedir que los familiares de las víctimas en el presente caso fueran oídos por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención Americana y violó el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 del mismo instrumento precisamente por la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos, incumpliendo asimismo el artículo 1.1 de la Convención. Adicionalmente, al aplicar la Ley de Amnistía impidiendo la investigación de los hechos y la identificación, juzgamiento y eventual sanción de los posibles responsables de violaciones continuadas y permanentes como las desapariciones forzadas, el Estado incumplió la obligación de adecuar su derecho interno consagrada en el artículo 2 de la Convención Americana.

(...)

174. Dada su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana, las disposiciones de la Ley de Amnistía brasileña que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos carecen de efectos jurídicos. En consecuencia, no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana ocurridos en Brasil.¹¹⁹ (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2010e, p. 65).

¹¹⁹ “172. A Corte interamericana considera que a forma que tem sido interpretada e aplicada a Lei de Anistia adotada pelo Brasil (supra par. 87, 135 e 136) tem afetado o dever internacional do Estado

Tais fatos configuraram ilícito internacional por descumprimento das obrigações convencionais do Estado. Vejam-se os parágrafos 176 e 177 da sentença:

176. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. El Poder Judicial, en tal sentido, está internacionalmente obligado a ejercer un “control de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

177. En el presente caso, el Tribunal observa que no fue ejercido el control de convencionalidad por las autoridades jurisdiccionales del Estado y que, por el contrario, la decisión del Supremo Tribunal Federal confirmó la validez de la interpretación de la Ley de Amnistía sin considerar las obligaciones internacionales de Brasil derivadas del derecho internacional, particularmente aquellas establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma. El Tribunal estima oportuno recordar que la obligación de cumplir con las obligaciones internacionales voluntariamente contraídas corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional de los Estados, respaldado por la jurisprudencia internacional y nacional, según el cual aquellos deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*). Como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, los Estados no pueden, por razones de orden interno, incumplir obligaciones internacionales. Las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos sus poderes y órganos, los cuales deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) em el plano de su derecho interno.¹²⁰ (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2010e, p. 66).

de investigar e punir as graves violações de direitos humanos, ao impedir que os familiares das vítimas no presente caso fossem ouvidos por um juiz, conforme assinalado no artigo 8.1 da Convenção Americana, violando o direito à proteção judicial consagrado no artigo 25 do mesmo instrumento precisamente pela falta de investigação, persecução, captura, ajuizamento e sanção dos responsáveis pelos fatos, descumprindo também o artigo 1.1 da Convenção. Adicionalmente, ao aplicar a Lei de Anistia impedindo a investigação dos fatos e a identificação, julgamento e eventual sanção dos possíveis responsáveis de violações contínuas e permanentes como os desaparecimentos forçados, o Estado descumpriu a obrigação de adequar seu direito interno consagrada no artigo 2º da Convenção Americana.”; e “174. Dada sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos. Consequentemente, não podem continuar representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e a punição dos responsáveis, nem podem ter impacto igual ou semelhante em outros casos ocorridos no Brasil de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana.” (Tradução nossa).

¹²⁰ “176. Este Tribunal estableció en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley e, portanto, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Mas quando um Estado é parte de um tratado internacional como

Demonstra-se que o Poder Judicial se limitou a tomar como parâmetro a CRFB, ignorando os compromissos constantes do regime inaugurado pela CADH e os princípios de boa fé e *pacta sunt servanda* consagrados na CVDI; tampouco foram considerados como normas vinculantes os expedientes emanados da Comissão IDH e a jurisprudência convencional resultante da atividade interpretativa da Corte IDH, o que poderia ter sido feito segundo as normas processuais vigentes no próprio país.

Os parágrafos 4 a 6 do voto concorrente do Juiz Roberto de Figueiredo Caldas consubstanciam a posição soberana dos pronunciamentos da Corte IDH em matéria de direitos humanos, remetendo à necessidade de não limitar a compatibilização normativa à legislação infraconstitucional e de os poderes públicos instituídos interpretarem e, até mesmo, alterarem o teor de normas constitucionais em desarmonia com o direito e a jurisprudência convencional:

4. Continuando en la breve incursión sobre temas puntuales relevantes, si a los tribunales supremos o a los constitucionales nacionales incumbe el control de constitucionalidad y la última palabra judicial en el marco interno de los Estados, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos cabe el control de convencionalidad y la última palabra cuando el tema encierre debate sobre derechos humanos. Es lo que resulta del reconocimiento formal de la competencia jurisdiccional de la Corte por un Estado, como lo hizo Brasil.

5. Para todos los Estados del continente americano que libremente la adoptaron, la Convención equivale a una Constitución supranacional referente a Derechos Humanos. Todos los poderes públicos y esferas nacionales, así como las respectivas legislaciones federales, estatales y municipales de todos los Estados adherentes están obligados a respetarla y a ella adecuarse.

a Convenção Americana, todos os seus órgãos, incluídos seus juízes, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não sejam esgotados pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e fim que desde o início carecem de efeitos jurídicos. O Poder Judicial, nesse sentido, deve exercer um 'controle de convencionalidade' *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judicial deve levar em consideração não somente o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana tem feito do mesmo, intérprete última da Convenção Interamericana.”; e “177. No presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades judiciais do Estado e que, contrariamente, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8º e 25 da Convenção Americana, com relação aos artigos 1.1 e 2º da mesma. O Tribunal considera oportuno lembrar que a obrigação de cumprir com as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do Direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo o qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (*pacta sunt servanda*). Como já assinalado por essa Corte e dispõe o art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos tratados de 1969, os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais. As obrigações convencionais dos Estados-Partes vinculam todos os seus Poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (*effet utile*) no plano de seu direito interno.” (Tradução nossa).

6. Inclusive las Constituciones nacionales han de ser interpretadas o, si necesario, hasta emendadas para mantener armonía con la Convención y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De acuerdo con el artículo 2º de la Convención, los Estados se comprometen a adoptar medidas para eliminar normas legales y prácticas de cualquier especie que signifiquen violación a ella y, también al contrario, se comprometen a editar legislación y desenvolver acciones que conduzcan al respeto más amplio y efectivo de la Convención.¹²¹ (CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS, 2010e, p. 122).

Logo, o controle de convencionalidade exercido pela Corte IDH reflete a última palavra em sede de proteção dos direitos humanos. Trata-se de considerar a CADH como uma espécie de “Constituição supranacional” com base na autovinculação dos Estados ao regime do SIPDH e à jurisdição contenciosa daquela Corte. Nesse sentido, fez-se menção aos parágrafos 14, 23 e 24 do voto dissidente do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade na *Resolución de la Corte de 16 de abril de 1997 (Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas)*, citada no *Caso El Amparo vs. Venezuela*:

14. En definitivo no se puede legítimamente esperar que dichas disposiciones convencionales se “adapten” o se subordinen a las soluciones de derecho constitucional o de derecho público interno, que varían de país a país, y aún menos a ordenamientos particularmente circunscritos, y de aplicación por definición especial o limitada, como lo son las legislaciones militares y relativas a los fueros militares. La Convención Americana, además de otros tratados de derechos humanos, buscan, a contrario sensu, tener en el derecho interno de los Estados Partes el efecto de perfeccionarlo, para maximizar la protección de los derechos consagrados, acarreado, en este propósito, siempre que necesario, la revisión o revocación de leyes nacionales - particularmente las de excepción - que no se conformen con sus estándares de protección.

(...)

23. El Estado en cuestión debe remediar prontamente tal situación, pues, si no lo hace, puede configurarse una “situación continuada” violatoria de los derechos humanos (denunciada en un caso concreto). Es perfectamente

¹²¹ “4. Continuando na breve incursão sobre temas pontuais relevantes, se aos tribunais supremos ou constitucionais nacionais incumbe o controle de constitucionalidade e a última palavra judicial no marco interno dos Estados, à Corte Interamericana de Direitos Humanos cabe o controle de convencionalidade e a última palavra quando o tema envolva debate sobre direitos humanos. É o que resulta do reconhecimento formal da competência jurisdicional da Corte por um Estado, como o Brasil o fez.”; 5. Para todos os Estados do continente americano que livremente a adotaram, a Convenção equivale a uma Constituição supranacional referente a direitos humanos. Todos os poderes públicos e esferas nacionais, assim como as respectivas legislações federais, estaduais e municipais de todos os Estados aderentes estão obrigados a respeitá-la e a adequar-se a ela.”; e “6. Inclusive as Constituições nacionais devem ser interpretadas ou, caso necessário, até emendadas para manter harmonia com a Convenção e com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. De acordo com o artigo 2º da Convenção, os Estados se comprometem a adotar medidas para eliminar normas e práticas de qualquer espécie que signifiquem violação a ela e, também ao contrário, se comprometem a editar legislação e desenvolver ações que conduzam ao respeito mais amplo e efetivo da Convenção.” (Tradução nossa).

posible concebir una “situación legislativa” contraria a las obligaciones internacionales de un determinado Estado (v.g., manteniendo una legislación contraria a las obligaciones convencionales de protección de los derechos humanos, o no adoptando la legislación requerida para dar efecto a tales obligaciones en el derecho interno).

24. Es la responsabilidad objetiva o “absoluta”, a partir del elemento del riesgo, y no la subjetiva, buscando identificar la falta o la culpa, que provee la base del deber de prevención de violaciones de los derechos humanos. La posición me parece clarísima respecto de las obligaciones legislativas de los Estados Partes en tratados de derechos humanos que, a ejemplo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1(1) y 2), consagran expresamente, a la par de las obligaciones específicas en relación con cada uno de los derechos protegidos, los deberes generales de asegurar el respeto de tales derechos y de armonizar el ordenamiento jurídico interno con la normativa internacional de protección (...).¹²² (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1997, p. 8).

Já no parágrafo 40 de seu voto concorrente no *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, sentença de 5 de fevereiro de 2001, o mesmo juiz consignou os fundamentos e a origem da responsabilidade do Estado em virtude da necessária compatibilização entre as normas de direito interno e os TIDH:

40. (...) A la luz de las reflexiones desarrolladas en este Voto Concurrente, me permito concluir, en resumen, que: (...) cualquier acto u omisión del Estado, por parte de cualquier de los Poderes - Ejecutivo, Legislativo o Judicial - o agentes del Estado, independientemente de su jerarquía, en violación de un tratado de derechos humanos, genera la responsabilidad internacional del Estado Parte en cuestión; (...) cualquier norma de derecho interno, independientemente de su rango (constitucional o infraconstitucional), puede, por su propia existencia y aplicabilidad, per se comprometer la responsabilidad de un Estado Parte en un tratado de derechos humanos; (...) la existencia de víctimas provee el criterio decisivo

¹²² “14. Em definitivo não se pode legitimamente esperar que essas disposições convencionais se 'adaptem' ou se subordinem às soluções de Direito Constitucional ou de Direito Público interno que variam de país a país e ainda menos a ordenamentos particularmente circunscritos e de aplicação por definição especial ou limitada, como são as legislações militares e relativas a foros militares. A Convenção Americana, além de outros tratados de direitos humanos, busca, *a contrario sensu*, ter no direito interno dos Estados-Partes o efeito de aperfeiçoá-los para maximizar a proteção dos direitos consagrados, acarretando com este propósito, sempre que necessário, a revisão ou revogação de leis nacionais - particularmente as de exceção - que não se conformem com suas normas de proteção.”; “23. O Estado em questão deve remediar prontamente tal situação, pois, se não o faz, pode configurar-se uma 'situação continuada' violatória dos direitos humanos (denunciada em um caso concreto). É perfeitamente possível conceber uma 'situação legislativa' contrária às obrigações internacionais de um determinado Estado (v.g., mantendo uma legislação contrária às obrigações convencionais de proteção dos direitos humanos ou não adotando a legislação requerida para dar efeito a tais obrigações no direito interno).”; e “24. É responsabilidade objetiva ou 'absoluta', a partir do elemento do risco, e não a subjetiva, buscando identificar a falta ou a culpa, que provê a base do dever de prevenção de violações dos direitos humanos. A posição me parece claríssima a respeito das obrigações legislativas dos Estados-Partes em tratados de direitos humanos que, a exemplo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigos 1 (1) e 2), consagram expressamente, a par das obrigações específicas relacionadas com cada um dos direitos protegidos, os deveres gerais de assegurar o respeito a tais direitos e de harmonizar o ordenamento jurídico interno com a normativa internacional de proteção (...).” (Tradução nossa).

para distinguir un examen in abstracto de una norma de derecho interno, de una determinación de la incompatibilidad in concreto de dicha norma con el tratado de derechos humanos en cuestión; (...) las normas sustantivas - atinentes a los derechos protegidos - de un tratado de derechos humanos son directamente aplicables en el derecho interno de los Estados Partes en dicho tratado; no existe obstáculo o imposibilidad jurídica alguna a que se apliquen directamente en el plano de derecho interno las normas internacionales de protección, sino lo que se requiere es la voluntad (*animus*) del poder público (sobre todo el judicial) de aplicarlas, en medio a la comprensión de que de ese modo se estará dando expresión concreta a valores comunes superiores, consustanciados en la salvaguardia eficaz de los derechos humanos; (...) las modificaciones en el ordenamiento jurídico interno de un Estado Parte necesarias para su armonización con la normativa de un tratado de derechos humanos pueden constituir, en el marco de un caso concreto, una forma de reparación no-pecuniaria bajo dicho tratado.¹²³ (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2001, p. 55).

Em que pese ser o *Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* marcado pelo ativismo judicial transnacional, não se vislumbra significativo trânsito da jurisprudência pátria no que toca ao direito à verdade e à memória. Até hoje, subsiste o problema da inconveniência da Lei de Anistia brasileira, que desafia os critérios hierárquico e cronológico e o procedimento formal de incorporação da CADH, dotada de *status* suprallegal frente às demais espécies normativas.

Por último, o *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, sentença de 26 de novembro de 2010, dispôs sobre a detenção arbitrária e os tratos cruéis e degradantes impostos a Teodoro Cabrera García e Rodolfo Montiel Flores, além da falta de investigação e sanção dos responsáveis. O fato remonta a 2 de maio de 1999, quando cerca de 40 (quarenta) membros do 40º Batalhão de Infantaria do Exército Mexicano entraram na comunidade de Pizotla e detiveram as vítimas até 4 de maio

¹²³ “40. À luz das reflexões desenvolvidas neste Voto Concorrente, me permito concluir, em resumo, que: (...) qualquer que seja o ato ou omissão do Estado, por parte de qualquer dos Poderes - Executivo, Legislativo ou Judicial - ou agentes do Estado, independentemente de sua hierarquia, em violação de um tratado de direitos humanos, gera a responsabilidade internacional do Estado-Parte em questão; (...) qualquer norma de direito interno, independentemente de sua hierarquia (constitucional ou infraconstitucional) pode, por sua própria existência e aplicabilidade, por si só comprometer a responsabilidade de um Estado-Parte em um tratado de direitos humanos; (...) a existência de vítimas provê um critério decisivo para distinguir um exame *in abstracto* de uma norma de direito interno de uma determinação da incompatibilidade *in concreto* dessa norma com o tratado de direitos humanos em questão; (...) as normas substantivas - atinentes aos direitos protegidos - de um tratado de direitos humanos são diretamente aplicáveis no direito interno dos Estados-Partes por esse tratado; não existe obstáculo ou impossibilidade jurídica alguma para que se aplique diretamente no plano do direito interno as normas internacionais de proteção, requerendo-se senão a vontade (*animus*) do poder público (sobre todo o judicial) de aplicá-las, em meio à compreensão de que dessa forma se estará dando expressão concreta a valores comuns superiores, consubstanciados na salvaguarda eficaz dos direitos humanos; (...) as modificações no ordenamento jurídico interno de um Estado-Parte, necessárias para sua harmonização com a normativa de um tratado de direitos humanos, podem constituir, no marco de um caso concreto, uma forma de reparação não-pecuniária sob o abrigo desse tratado.” (Tradução nossa).

de 1999, torturando-as e acusando-as de porte ilegal de arma de fogo privativa das forças armadas e de posse de drogas ilícitas, quando foram transferidas para a cidade de Altamirano e condenadas em 28 de agosto de 2000 a penas privativas de liberdade.

Tendo como fim proteção judicial, garantias judiciais e processuais, liberdade e integridade pessoal e jurisdição penal civil e militar, a Corte IDH concluiu pela afronta aos arts. 1, 2, 5, 7, 8 e 25 da CADH, aos arts. 1, 6, 8 e 10 da CIPPT (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1985, p. 3)¹²⁴ e à Convenção contra a Tortura e outros Tratos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes. Em exceção preliminar de “tribunal de alçada ou de quarta instância”, o Estado afirmou ter controlado a convencionalidade *ex officio* de suas normas internas, razão pela qual a Corte IDH não estaria legitimada. Todavia, considerou-se incabível tal argumento anteriormente à análise de mérito, restando avaliar se esse controle teria de fato sido exercido.

Meritoriamente, tratou-se da não repetição dos abusos cometidos pelo México com base no dever de adequação do direito interno aos padrões internacionais em matéria de justiça. A Corte IDH reforçou a obrigatoriedade do exercício do controle de convencionalidade por parte dos Estados-Partes do SIPDH, especialmente quanto aos critérios de competência material e pessoal da jurisdição militar que contrariam a jurisprudência desta Corte, como se observa no parágrafo 225 da sentença prolatada:

225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.¹²⁵ (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2010a, p. 86).

¹²⁴ Os arts. 1, 6 e 8 já tinham fundamentado decisões anteriores, acrescentando-se a esta o seguinte: “artigo 10. Nenhuma declaração que se comprove haver sido obtida mediante tortura poderá ser admitida como prova num processo, salvo em processo instaurado contra a pessoa ou pessoas acusadas de havê-la obtido mediante atos de tortura e unicamente como prova de que, por esse meio, o acusado obteve tal declaração.”

¹²⁵ “225. Este Tribunal estableció en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley e, portanto, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes no ordenamiento jurídico. Mas quando um Estado é parte de um tratado internacional como

A partir desse julgado, o controle de convencionalidade passou a ser exigível de todos os “juízes”, independentemente de sua pertença formal ao Poder Judiciário, hierarquia ou grau de especialização. Além das Salas, Tribunais ou Cortes Supremas de Justiça dos países que reconheceram a jurisdição contenciosa da Corte IDH, trata-se do exercício de funções jurisdicionais por qualquer entidade ou órgão estatal, ampliando sobremaneira o espectro do referido mecanismo de controle.

O controle difuso de convencionalidade teria o condão de resguardar não somente os direitos fundamentais previstos no âmbito interno, como também o conjunto de valores e princípios instituídos nos diversos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos; os juízes nacionais seriam convertidos em juízes interamericanos, no sentido de que seriam os primeiros intérpretes da normatividade da convenção, de seus protocolos adicionais e da jurisprudência da Corte IDH, dado seu caráter complementar e coadjuvante em relação aos de direito interno.

Em termos evolutivos, merece realce o parágrafo 7 do voto concorrente do Juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor quanto às novas considerações em torno da doutrina do controle de convencionalidade no seio do SIPDH:

7. Esta “interacción” se convierte, en realidad, en una “viva interacción” con intensos vasos comunicantes que propician el “diálogo jurisprudencial”, en la medida en que ambas jurisdicciones (la doméstica y la internacional) necesariamente deben atender a la normatividad “nacional” y a la “convencional” en determinados supuestos (...). La actuación de los órganos nacionales (incluidos los jueces), además de aplicar la normatividad que los rige en sede doméstica, tienen la obligación de seguir los lineamientos y pautas de aquellos pactos internacionales que el Estado, en uso de su soberanía, reconoció expresamente y cuyo compromiso internacional asumió (...). De tal manera que para poder determinar si las actuaciones de los jueces nacionales resultan compatibles con el Pacto de San José, en determinados casos se tendrá que analizar su actuación a la luz de la propia normatividad interna y siempre atendiendo a la Convención Americana, especialmente para valorar lo que podríamos denominar el “debido proceso convencional” (en sentido amplio).¹²⁶ (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2010a, p. 104).

a Convenção Americana, todos os seus órgãos, incluídos seus juízes, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não sejam esgotados pela aplicação de normas contrárias a seu objeto. Os juízes e órgãos vinculados à administração de justiça em todos os seus níveis se encontram obrigados a exercer *ex officio* um 'controle de convencionalidade' entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judicial deve levar em consideração não somente o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana tem feito do mesmo, intérprete última da Convenção Interamericana.” (Tradução nossa).

¹²⁶ “7. Essa 'interação' se converte, na realidade, em uma 'viva interação' com intensos vasos comunicantes que propiciam o diálogo jurisprudencial, na medida em que ambas jurisdições (a doméstica e a internacional) necessariamente devem atender à normatividade 'nacional' e à 'convencional' em determinados pressupostos (...). A atuação dos órgãos nacionais (incluídos os

Para sopesar o cumprimento de obrigações internacionais e a compatibilidade da atuação dos juízes nacionais, seria útil considerar a intrínseca relação entre o direito interno e o internacional segundo critérios relacionados ao devido processo convencional, ao diálogo jurisprudencial e aos intercâmbios potenciais entre a Corte IDH e os órgãos normativos dos Estados-Partes do SIPDH.

Apesar de a CADH não fazer menção expressa ao devido processo convencional, este deriva dos direitos intrínsecos às garantias judiciais previstas em seu art. 8 e do desenvolvimento jurisprudencial da Corte IDH, intitulado jurisprudência convencional. A pretensão é a de que os órgãos estatais chamados a determinar direitos e deveres devem prover meios necessários à defesa de interesses legítimos, amparados por pronunciamentos motivados, fundados na lei e ao abrigo do arbítrio, no marco de suas respectivas competências e regulações processuais.

Tal assertiva traduz não apenas a consideração das sentenças proferidas em casos contenciosos pela Corte IDH, mas também medidas provisórias, resoluções, supervisão de cumprimento de sentenças e pareceres consultivos em resposta a pedidos de interpretação relativos à convenção, outros TIDH e leis internas, conforme seu Regulamento (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2009d).

Uma vez interpretada, a norma convencional produz efeitos expansivos sobre a jurisprudência da Corte IDH e não apenas eficácia subjetiva para a tutela do direito ou liberdade em um caso particular de sua competência. Por conseguinte, a jurisprudência convencional não é simplesmente orientadora, e sim obrigatória para todos os juízes nacionais submetidos à jurisdição da Corte IDH. A esse respeito, tem-se o parágrafo 63 do voto concorrente do Juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor no *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*:

63. (...) Las interpretaciones que realiza la Corte IDH se proyectan hacia dos dimensiones: (i) en lograr su eficacia en el caso particular con efectos subjetivos, y (ii) en establecer la eficacia general con efectos de norma interpretada. De ahí la lógica y necesidad de que el fallo, además de notificarse al Estado parte en la controversia particular, deba también ser “transmitido a los Estados parte de la Convención”, para que tengan pleno

juízes), além de aplicar a normatividade que os rege em sede doméstica, tem a obrigação de seguir as diretrizes e pautas daqueles pactos internacionais que o estado, no uso de sua soberania, reconheceu expressamente e cujo compromisso internacional assumiu (...). De tal maneira que, para poder determinar se as atuações dos juízes nacionais resultam compatíveis com o Pacto de San José, em determinados casos se terá que analisar sua atuação à luz da própria normatividade interna e sempre atendendo à Convenção Americana, especialmente para valorar o que poderíamos denominar como o 'devido processo convencional' (no sentido amplo).” (Tradução nossa).

conocimiento del contenido normativo convencional derivado de la interpretación de la Corte IDH, en su calidad de “intérprete última” del *corpus juris* interamericano.¹²⁷ (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2010a, p. 123).

Seu caráter definitivo enseja responsabilização e não se limita aos casos em que um Estado seja parte, cabendo a todos aqueles submetidos ao regime convencional compatibilizar sua normativa em matéria de direitos humanos. A eficácia dessas sentenças se inicia com a notificação do Estado demandado e abrange os demais membros do SIPDH com o envio da sentença definitiva, vinculando-os aos seus termos independentemente do procedimento adotado para coordenar sua implementação e cumprimento. Os arts. 67 a 69 da CADH corroboram o exposto:

Artigo 67. A sentença da Corte será definitiva e inapelável. Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, a Corte interpretá-la-á, a pedido de qualquer das partes, desde que o pedido seja apresentado dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença.

Artigo 68. 1. Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes. 2. 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.

Artigo 69. A sentença da Corte deve ser notificada às partes no caso e transmitida aos Estados Partes na Convenção. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969, p. 20).

Tem-se, assim, um bloco de convencionalidade para o exercício do controle difuso por parte dos juízes nacionais, com a finalidade de estabelecer padrões para a proteção efetiva dos direitos humanos na região. Esclareça-se que a obrigação convencional não implica necessariamente no abandono do direito interno em detrimento do internacional, mas em sua harmonização. Sobre essa interação e a criação de um garantismo constitucional e convencional dos direitos humanos na região, além de uma interpretação conforme, merecem destaque os parágrafos 85 e 88 do voto concorrente do Juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor:

¹²⁷ “63. As interpretações que a Corte IDH realiza se projetam em duas dimensões: (i) em alcançar eficácia no caso particular com efeitos subjetivos; e ii) em estabelecer a eficácia geral com efeitos de norma interpretada. Daí a lógica e necessidade de que a sentença, além de ser notificada ao Estado-Parte na controvérsia particular, deva também ser ‘transmitida a todos os Estados-Partes da Convenção’, para que tenham pleno conhecimento do conteúdo normativo convencional derivado da interpretação da Corte IDH, em sua qualidade de ‘intérprete última’ do *corpus juris* interamericano.” (Tradução nossa).

85. La interacción entre el derecho internacional y el derecho constitucional resulta ineludible y sus vasos comunicantes se estrechan. Por una parte, la “internacionalización” de diversas categorías existentes en el ámbito nacional de los Estados constitucionales se evidencia, especialmente con los pactos internacionales en materia de derechos humanos y con la creación de los sistemas universal y regionales de protección de los mismos, con la finalidad de que dichos instrumentos internacionales se apliquen y sean realmente efectivos por los Estados. Se transita de las tradicionales “garantías constitucionales” a las “garantías convencionales”, teniendo su máximo grado de desarrollo con las sentencias que dictan los tribunales internacionales.

(...)

88. En definitiva, la trascendencia de la nueva doctrina sobre el “control difuso de convencionalidad” es de tal magnitud, que probablemente en ella descansa el futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y, a su vez, contribuirá al desarrollo constitucional y democrático de los Estados nacionales de la región. La construcción de un auténtico “diálogo jurisprudencial” - entre los jueces nacionales y los interamericanos - seguramente se convertirá en el nuevo referente jurisdiccional para la efectividad de los derechos humanos en el siglo XXI. Ahí descansa el porvenir: en un punto de convergencia en materia de derechos humanos para establecer un auténtico *ius constitutionale commune* en las Américas.¹²⁸ (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2010a, p. 133).

Os juízes nacionais devem exercer o controle difuso de convencionalidade, deixando de aplicar normas inconvenientes ao realizar tal interpretação. Também se viabiliza um controle concentrado de convencionalidade, hipótese em que as mais altas Cortes de Justiça emitem uma declaração geral de invalidez das normas incompatíveis com o sentido e alcance dos diplomas comuns ao DIDH.

O exercício da interpretação mais favorável para o efetivo gozo e exercício de direitos e liberdades fundamentais pretende efetivar o princípio *pro homine* na esfera interamericana. Como consequência, se a uma mesma situação são aplicáveis a convenção e seus Protocolos Facultativos, a DADDH e outros TIDH que vinculem os Estados, deve prevalecer a norma mais favorável, vide art. 29 da CADH:

¹²⁸ “85. A interação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional resulta inevitável e seus vasos comunicantes se estreitam. Por um lado, a ‘internacionalização’ de diversas categorias existentes no âmbito nacional dos Estados constitucionais se evidencia, especialmente com os pactos regionais em matéria de direitos humanos e com a criação dos sistemas universal e regionais de proteção dos mesmos, com a finalidade de que esses instrumentos internacionais sejam aplicados e realmente efetivados pelos Estados. Transita-se das tradicionais ‘garantias constitucionais’ para as ‘garantias convencionais’, tendo seu máximo grau de desenvolvimento com as sentenças ditadas pelos tribunais internacionais.”; e “88. Definitivamente, a transcendência da nova doutrina sobre o ‘controle difuso de convencionalidade’ é de tal magnitude, que provavelmente nela repouse o futuro do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos humanos, que, a seu turno, contribuirá com o desenvolvimento constitucional e democrático dos Estados nacionais da região. A construção de um autêntico ‘diálogo jurisprudencial’ - entre os juízes nacionais e os interamericanos - certamente se converterá na nova referência jurisdiccional para a efetividade dos direitos humanos no Século XXI. Ali descansa o futuro: em um ponto de convergência em matéria de direitos humanos para estabelecer um autêntico *ius constitucional* comum nas Américas.” (Tradução nossa).

Artigo 29. Normas de interpretação. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969, p. 11).

Na ocasião, a Corte IDH ampliou o rol dos sujeitos chamados a exercer o controle de convencionalidade, abarcando todos aqueles vinculados à administração de justiça, em diversos níveis de influência. Logo, a obrigação convencional dirigida ao princípio *pro homine* abrange todas as autoridades e órgãos nacionais, independentemente de pertencerem aos Poderes Legislativo, Executivo ou Judicial, respondendo o Estado em seu conjunto e adquirindo responsabilidade ante o descumprimento da normativa internacional com que se obrigou voluntariamente.

4.3 Controle de convencionalidade no contexto transnacional

É sabido que a participação dos Estados em ordenamentos jurídicos convencionais visa a assegurar o livre gozo e exercício de direitos e liberdades fundamentais, estabelecendo restrições processuais específicas em relação à ordem interna. Entretanto, tais restrições dizem respeito à necessidade de os juízes assegurarem um “padrão mínimo comum” ou “proteção equivalente” em matéria de direitos humanos, dialogando a fim de coordenar e harmonizar sua jurisprudência com a que emana das Cortes internacionais, notadamente da Corte IDH.

Conforme Bogdandy (2014, p. 4), “*el respeto de los derechos humanos, del principio democrático y del Estado de derecho, son los ejes centrales de un derecho constitucional latino-americano y pilares del nuevo ius constitutionale commune*.”¹²⁹ Consistindo em um projeto jurídico, político e cultural pautado em diálogos, inclusão e pluralismo normativo, esse direito comum latino-americano seria resultado de uma evolução progressiva e propositiva das estruturas do Direito Público, mais ajustada às dinâmicas transnacionais contemporâneas, corolário de uma nova compreensão

¹²⁹ “O respeito aos direitos humanos, ao princípio democrático e ao Estado de Direito são os eixos centrais de um constitucionalismo latino-americano e pilares do novo *ius constitutionale commune*.” (Tradução nossa).

quanto à influência recíproca de instituições nacionais, internacionais e supranacionais no campo do convívio social e da legitimação do poder.

Acrescente-se que dessa interação entre Estados, vítimas, organizações da sociedade civil ou não-governamentais resulta a crescente autonomia e a força catalizadora do SIPDH em termos de potencialização do diálogo interjurisdicional multinível na região em matéria de direitos humanos. Para Piovesan (2014), o controle de convencionalidade tem se consolidado em um novo paradigma da cultura jurídica latino-americana de caráter interdisciplinar, superando a noção de uma “pirâmide normativa hermética” centrada na *State approach*¹³⁰ com o advento de um “trapézio permeável” consubstanciado na *human rights based approach*.¹³¹

Da apreciação de todos os casos emblemáticos pela Corte IDH e pelos juízes e tribunais dos Estados que participam do SIPDH e reconhecem sua jurisdição contenciosa e condição de intérprete autêntica e final da CADH, denota-se que o controle de convencionalidade alude que todos os órgãos e agentes estatais de diferentes níveis estão obrigados a velar para que o *corpus juris* interamericano não seja sobrepujado pela aplicação de normas contrárias ao seu objeto e finalidade.

A partir do *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, desenvolveu-se no SIPDH não apenas a tese da responsabilidade integral do Estado, mas também sua submissão ao regime convencional interamericano e à respectiva jurisdição da Corte IDH. Nessa linha, o *Caso Tibi vs. Ecuador* deu ênfase à necessidade de conformação da atuação estatal aos TIDH segundo a CVDT, inovando ao atribuir caráter prevalente à jurisdição contenciosa daquela Corte regional, enquanto o *Caso Vargas Areco vs. Paraguay* e o *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia* coincidiram ao reiterar a necessidade de exercício do devido controle de convencionalidade.

Já o *Caso Cepeda Vargas vs. Colômbia* centrou-se na necessidade de os Estados anuírem à interpretação convergente realizada entre a CADH e outras normas de Direito Internacional relacionadas a crimes contra a humanidade, dado seu caráter de *jus cogens*. Como consta do *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, seria imperioso verificar a existência de “vazios normativos” capazes de impedir a efetivação de direitos e liberdades fundamentais e, à luz dos *Casos Fernández Ortega y Otros e Rosendo Cantú y Otra vs. México*, suprimir normas contrárias e desenvolver manifestações de ordem pública ajustadas a esse fim.

¹³⁰ “Abordagem estatal.” (Tradução nossa).

¹³¹ “Abordagem baseada nos direitos humanos. (Tradução nossa).

O *Caso Almonacid Arellano y Otros vs. Chile* é emblemático por exigir a total vinculação dos agentes públicos ao regime interamericano de proteção integral dos direitos humanos, sob pena de responsabilização internacional do Estado. Superou-se, assim, o entendimento de que o exercício do controle de convencionalidade centrar-se-ia apenas no Poder Judiciário, vez que era comum empreender uma análise puramente constitucional, como o *Caso Boyce y Otros vs. Barbados* atesta.

Tal posição foi complementada no *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Perú*, que ainda: pugnou pela imediata aplicabilidade dos TIDH na jurisdição interna; concebeu um sistema de controle vertical e geral em matéria de juridicidade dos atos das autoridades nacionais; estabeleceu o caráter difuso do controle de convencionalidade, a ser exercido por todos os tribunais nacionais; e exigiu a aplicação concomitante dos controles de constitucionalidade e de convencionalidade por parte de todos os Estados-Partes do SIPDH.

O *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá* marca a ampliação do dever de observância e defesa dos direitos humanos em sede de direito interno, o que engloba o exercício do controle de convencionalidade não só pelos membros do Poder Judiciário, mas por todos os operadores de justiça, independentemente de sua esfera de atuação. Dessa forma, a legislação interna poderia diferir da internacional tão somente para favorecer a tutela dos direitos e liberdades fundamentais consagrados internacionalmente, jamais sendo permitido reduzir sua eficácia por meio de tipificações domésticas que entrem em colisão ou contradigam seus preceitos.

Quanto a seu efeito útil, o *Caso La Cantuta vs. Perú* evidenciou a repercussão geral das sentenças da Corte IDH como forma de garantir a não-repetição da “anticonvencionalidade” em casos congêneres. Também com a finalidade de prevenir a repetição de violações de direitos humanos, o *Caso Vélez Loor vs. Panamá* abordou a adoção de medidas legais e administrativas e a adequação da legislação interna, assim como ocorreu no *Caso Radilla Pacheco vs. México*. No exercício desse mister, as disposições convencionais irradiariam todas as normas de caráter regulamentar, alcançando o próprio texto constitucional, tudo quanto à efetiva aplicabilidade do *corpus juris* interamericano de direitos humanos.

De modo semelhante, o *Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* enfatiza que o exercício do controle de convencionalidade pode importar na reforma ou revisão dos textos constitucionais ou, ainda, na mutação constitucional enquanto atividade exegética compatível com o DIDH. Especificamente, a análise de

compatibilidade dos processos internos alcançaria até mesmo a atuação dos tribunais superiores dos Estados, exigindo-se respeito ao efeito vinculante do direito e da jurisprudência convencional vigente no SIPDH. Nessas circunstâncias, o caráter coadjuvante e complementar da proteção internacional de natureza convencional não se limitaria pela jurisdição nacional quando insuficientes as medidas adotadas para reparar violações de direitos humanos, sendo lícito à Comissão e à Corte IDH conhecer desses casos sem que se possa alegar falta de interesse processual.

No *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, o controle de convencionalidade passa a ser cobrado de todos os agentes e órgãos estatais que exerçam funções jurisdicionais, segundo o princípio do devido processo convencional. A atividade hermenêutica da Corte IDH resultaria no dever de reconhecimento da eficácia de suas sentenças com efeitos subjetivos em cada caso particular e, ao mesmo tempo, com eficácia geral perante todos os Estados-Partes do SIPDH, dado o caráter de norma interpretada de suas sentenças. Finalmente, a interação interjurisdicional passa a ser vista como um instrumento vivo, dotada de vasos comunicantes aptos a viabilizar o diálogo multidirecional e a estabelecer relações de influência recíproca capazes de maximizar a proteção dos direitos humanos.

Sobre a multidimensionalidade desses direitos, Varella (2012, p. 417) diz que:

A existência de diferentes camadas de direitos humanos cria um cenário plural de fontes e até mesmo de formas de se pensar o direito. A pluralidade aumenta as opções dos operadores jurídicos, na escolha da norma aplicável. Criam-se diferentes camadas de proteção, a partir dos sistemas jurídicos nacionais, regionais, internacionais, mas com variadas formas de contatos e interação. De um lado, contribui para dinamizar os processos de troca entre o nacional, o regional e o internacional. De outro, para reforçar diferenças. Em qualquer caso, há uma ampliação importante das oportunidades para todos os operadores do sistema, Estados e juízes.

A relevância e complexidade dessa temática contribui para a emergência de um novo paradigma no campo da cultura jurídica contemporânea, o *human rights approach*, vez que aos parâmetros constitucionais somam-se novos parâmetros convencionais na forma de diálogos francos e abertos, empréstimos judiciais e técnicas interdisciplinares de aplicação do direito. Nessa linha, verifica-se o repúdio a um sistema endógeno e autorreferencial e a consequente permeabilidade do Direito e ressignificação da experiência jurídica, pautada na dignidade humana.

Para Carnota (2012, p. 30), “*decentralized ‘conventionality control’ invites all judges to engage in transnational judicial discourse and action. There is an expanding*

*research agenda in judicial politics that explores interaction between judges (...) and an increasingly complex political and legal environment.*¹³² Considerando os procedimentos de internalização e compatibilização das normas de direitos humanos, os agentes estatais que exercem funções jurisdicionais devem respeitar e zelar pela conservação dos atributos e garantias a elas inerentes segundo patamares razoáveis e em consonância com o princípio *pro homine* ou *favor persona*.

Sob a dupla dimensão que as compreende, as normas convencionais vinculam os juízes ordinários, constitucionais e qualquer ator estatal que desempenhe funções jurisdicionais. No exercício desse mister, estes devem reconhecer não apenas as normas nacionais, mas também as internacionais ou supranacionais como direito vigente, a ser garantido por meio de sua atuação. Desse modo, a inobservância das normas convencionais implica no descumprimento de obrigações internacionais, acarretando a responsabilização do Estado perante a comunidade internacional.

Isso sugere reconhecer que a imprescindível análise da compatibilidade normativa comum ao controle de convencionalidade deve partir dos próprios juízes e tribunais nacionais, entendidos como os primeiros intérpretes da CADH e de diplomas correspondentes. Atuando na condição de juízes interamericanos dentro de suas regulações processuais, estes devem outorgar efeito útil ao direito e à jurisprudência convencional sob uma perspectiva transnacional. Enquanto “juízes naturais” do *corpus juris* interamericano, serão responsáveis pela aplicação do controle de convencionalidade e pela ampliação da base argumentativa da própria Corte IDH, devendo fazer uso de uma interpretação evolutiva, dinâmica e finalística.

No âmbito do diálogo horizontal, mais aberto e livre de vínculos jurisdicionais, os juízes interagem independentemente de sua competência ou de um sistema de conexão formal. Quanto ao diálogo vertical, mantido, por exemplo, entre a Corte IDH e os tribunais nacionais que participam do SIPDH e reconhecem sua jurisdição contenciosa, devem ser considerados os preconceitos, prejuízos e paradigmas mentais resultantes de uma formação jurídica que desconsiderou a abertura dos sistemas jurídicos ao direito e às judicaturas internacionais ou supranacionais.

¹³² “O controle de convencionalidade descentralizado convida todos os juízes a se engajarem no discurso judicial transnacional e na ação. Há uma expansiva agenda de pesquisa em políticas judiciais que explora a interação entre juízes (...) e um ambiente político e jurídico cada vez mais complexo.” (Tradução nossa).

Dessa forma, a internacionalização do diálogo entre juízes pode ser entendida como uma manifestação legítima da desnacionalização da interação tradicionalmente vinculada a um território e a procedimentos de direito interno específicos. Superadas as barreiras geográficas, culturais e linguísticas, o diálogo interjurisdicional se converte em um debate, conversa ou intercâmbio de pontos de vista entre dois ou mais juízes ou tribunais, sejam esses nacionais ou produto da vinculação a ordenamentos jurídicos internacionais ou supranacionais.

Ainda que com uma maior permeabilidade das normas e decisões judiciais internacionais que vinculam os Estados em matéria de direitos humanos, o controle de convencionalidade tem sido concebido como uma comunicação interjurisdicional de caráter predominantemente vertical, já que firmada entre a Corte IDH e os órgãos jurisdicionais dos Estados que participam do SIPDH e reconhecem sua condição de intérprete final e autêntica da CADH e de seus protocolos facultativos.

Por conseguinte, o controle de convencionalidade desenvolvido pelos juízes nacionais implica reconhecer seu papel como juízes interamericanos e empreender uma interpretação conforme dos diplomas de direitos humanos que compõem o *corpus juris* interamericano, compreendidas as sentenças da Corte IDH. Trata-se de garantir o padrão mínimo de proteção determinado convencionalmente, impedindo que direitos e liberdades fundamentais sejam afetados por normas de direito interno ou condutas de agentes estatais contrárias aos seus propósitos.

Por meio da conversação cooperativa entre as jurisdições doméstica e internacional, os órgãos judiciais estatais devem abster-se de emitir decisões contrárias às normas e à jurisprudência vigente em matéria de direitos humanos na região, sob pena de elas carecerem desde o princípio de qualquer valor ou eficácia jurídica. Os Estados devem, portanto, assumir a *ratio decidendi* ou *holding* das sentenças da Corte IDH, conferindo-lhes autoridade de “coisa interpretada” e acarretando a preclusão de juízos posteriores segundo o princípio *non bis in idem*.

A esse respeito, a Corte IDH utiliza suas sentenças reforçando o efeito direto de suas resoluções a casos similares perante todos os Estados-Partes. Tal perspectiva não seria diferente da empregada no sistema europeu, em que o TEDH desenvolve métodos coercitivos junto aos juízes nacionais com relação a sua autoridade interpretativa. Isso se traduz em *arrêts pilotes* ou “sentenças de orientação”, em que se solicita aos órgãos normativos nacionais a modificação de normas e procedimentos que contradigam o direito convencional vigente na região.

Supera-se, assim, a incidência da coisa julgada perante as partes de um litígio e criam-se precedentes que estabelecem uma espécie de prejudicialidade quanto a casos futuros, vinculando formal e materialmente os membros do SIPDH. Respeitado o prévio esgotamento das instâncias judiciais domésticas e sobrevindo condenação após o trâmite de um caso perante a Comissão IDH e a Corte IDH, supõe-se que o Estado tenha falhado na interpretação e aplicação do direito convencional.

No exercício do controle de convencionalidade *ex officio*, os juízes e tribunais nacionais devem conhecer e aplicar o direito convencional *iura novit curia*, em que a verificação da compatibilidade normativa de proteção dos direitos humanos é exercida independentemente de requerimento individual e do grau de jurisdição concernente ao processamento da causa. Conforme Sagües (2010, p. 125), “*lo que no parece honroso es ratificar el Pacto y después argumentar que no cumple alguna de sus cláusulas porque ella no coincide con su Constitución.*”¹³³ Logo, ao Estado que não estiver disposto a somar-se ao processo de integração em matéria de direitos humanos cabe denunciar o respectivo Pacto e seguir o trâmite de retiro do SIPDH.

Todavia, cabe refletir acerca de um processo mais democrático de fluxos e influxos. Para Dulitzky (2015, p. 55), “*the integration principle via the conventionality control is another attempt to respond to the limitations of the subsidiarity principle given the context in the Americas by pushing national institutions to ‘appropriate the Convention and make it their own’.*”¹³⁴ Ao exigir tal conduta, a Corte IDH faz com que o direito e a jurisprudência convencional interamericana transcendam os princípios da subsidiariedade e complementaridade, tornando-se parte dos sistemas jurídicos nacionais nos maiores patamares possíveis em termos de exigibilidade e garantias.

Trata-se de erigir o princípio da integração para concretizar os direitos humanos quando as instâncias nacionais demonstram incapacidade ou ausência de vontade de sua administração de justiça. Considerando que muitos problemas resultam de lacunas quanto aos direitos e liberdades do SIPDH, tem-se desenvolvido procedimentos sobre a aplicabilidade direta e prevalência da CADH e da interpretação que dela faz a Corte IDH, cujos termos devem ser assegurados por meio da compatibilização *ex officio* das normas internas pelos agentes jurisdicionais estatais.

¹³³ “O que não parece honroso é ratificar o Pacto e depois argumentar que não cumpre algumas de suas cláusulas porque ela não coincide com sua Constituição.” (Tradução nossa).

¹³⁴ “O princípio da integração via controle de convencionalidade é outra tentativa de responder às limitações do princípio da subsidiariedade dado o contexto das Américas, pressionando as instituições nacionais a ‘apropriar-se da Convenção e torná-la sua’.” (Tradução nossa).

Em um ordenamento jurídico regional como o SIPDH, há que se buscar um equilíbrio entre a competência de intervenção confiada aos órgãos internacionais ou supranacionais por um tratado e as prerrogativas soberanas dos Estados-Partes, assentadas em preceitos constitucionais. No campo da interação judicial, essa relação exige da Comissão IDH e da Corte IDH o conhecimento das atribuições residuais dos órgãos estatais dotados de competência jurisdicional, assim como estes devem ter em conta a autoridade e o poder transferidos voluntariamente àqueles órgãos.

Os órgãos jurisdicionais estatais poderiam contribuir positivamente para o desenvolvimento da jurisprudência convencional ao ampliar a esfera de proteção conferida pelo regime convencional, fomentando o diálogo e a interação judicial ao irem além das soluções propostas pela Corte IDH. A finalidade passaria a ser o intercâmbio de perspectivas entre diferentes emissores e receptores quanto ao sentido e alcance das disposições convencionais, sejam juízes e tribunais nacionais, inclusive de hierarquia constitucional, seja a própria Corte IDH. Assim, cada um desses atores é corresponsável pela troca de posições e estabelecimento de objetivos comuns, devendo precisar os termos de suas próprias contribuições segundo a forma de diálogo estabelecida entre os sistemas de direito interno e internacional.

Sob a ótica dos direitos humanos e do diálogo entre jurisdições, a interação entre a Corte IDH e as Cortes dos países integrantes do SIPDH oferece oportunidades de intercâmbio normativo capazes de viabilizar o exercício do controle de convencionalidade em uma perspectiva transjudicial. Essa realidade se perfaz por meio da incorporação da normatividade, principiologia e jurisprudência convencional em sede de proteção de direitos e liberdades fundamentais na região.

Quanto a esse aspecto, a proteção dos direitos e liberdades fundamentais pelos ordenamentos nacionais e internacionais permitiria a concepção de uma tutela de caráter multinível, estabelecendo uma combinação de caráter virtuoso que geraria a obrigação de resultado quanto aos princípios mínimos exigidos pelo direito convencional. Não se limitando ao diálogo vertical entre juízes e tribunais nacionais e a respectiva Corte regional, como ocorre no SIPDH, subsiste a possibilidade de firmar diálogos horizontais entre jurisdições regionais e constitucionais, caracterizando o *cross cultural dialogue*¹³⁵ em matéria de direitos humanos.

¹³⁵ “Diálogo intercultural.” (Tradução nossa).

Para Sudre (2004), é possível estabelecer diálogos nas seguintes direções: horizontal, entre os órgãos jurisdicionais dos Estados-Partes do SIPDH; verticais descendentes, entre a Corte IDH e juízes e tribunais nacionais dada sua condição de intérprete da CADH. Entretanto, há que se acrescentar o fluxo vertical ascendente, em que jurisdições nacionais emitem pronunciamentos enriquecedores e inovadores em matéria de direitos humanos, permitindo que a Corte IDH forneça um *feedback* positivo ou negativo quanto à aplicação do direito convencional em cada contexto.

Em caráter complementar, torna-se imprescindível admitir a existência de fluxos multidirecionais na jurisdição interamericana, que podem consignar diferentes intercâmbios normativos entre Estados e organizações internacionais, sejam estes concomitantes ou não. Em diferentes níveis e esferas de poder, o exercício do controle de convencionalidade deve envolver todos os agentes dotados de competência jurisdicional, tarefa imprescindível ao reconhecimento e efetivação do direito e da jurisprudência convencional de teor humanístico no espaço transnacional.

4.4 Corte Interamericana e Supremo Tribunal Federal

Além dos citados *leading cases*, há que se demonstrar a necessidade de os Estados coordenarem esforços com vistas à compatibilização do direito convencional em caráter transnacional. Postas lado a lado, as decisões da Corte IDH e do STF não representam mera disputa interpretativa, mas a monumental incongruência entre justiça social e direitos humanos. Em termos de perspectivas, Bernardes (2011, p. 135) afirma que o envolvimento do Estado brasileiro com o SIPDH “(...) *created an interesting dynamic involving the State, civil society and organs of the system. The relationship between these entities is not generally peaceful, but it can still spur advances in the promotion of human rights* (...)”.¹³⁶

Anteriormente ao julgamento do *Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, o país já havia sido condenado perante a Corte IDH nos casos *Nogueira de Carvalho y Otro vs. Brasil* (2006d), *Ximenes Lopes vs. Brasil* (2006f), *Escher y Otros vs. Brasil* (2009a) e *Garibaldi vs. Brasil* (2009b). Em todas as situações, a Corte relatou o contínuo desrespeito de obrigações convencionais e a necessidade

¹³⁶ “(...) criou uma interessante dinâmica envolvendo o Estado, a sociedade civil e os órgãos do sistema. O relacionamento entre essas entidades não é geralmente pacífico, mas pode estimular avanços na promoção dos direitos humanos (...)” (Tradução nossa).

de efetuar ajustes nas instâncias jurisdicionais do Estado para sanar a patente desconformidade entre as normas de direito interno e o direito convencional vigente, evitando seu esvaziamento.

Mesmo com esse histórico de condenações e sob o peso da negativa repercussão perante a comunidade internacional, inclusive com reflexos políticos e econômicos significativos, o Estado se encontra na iminência de sofrer novas condenações. No *Caso Trabajadores de la Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, encaminhado em 6 de março de 2015 pela Comissão IDH à Corte IDH, infere-se que as recomendações contidas no respectivo Relatório do Mérito não foram cumpridas, situação de impunidade que já existia no momento da aceitação da jurisdição da Corte e que persiste até hoje. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2015b).

Milhares de trabalhadores teriam sido submetidos a trabalho forçado e servidão por dívidas em condição análoga à de escravos, enraizados em uma situação de discriminação e de exclusão histórica na Fazenda Brasil Verde, além de ter-se verificado o desaparecimento forçado dos jovens Iron Canuto e Luis Ferreira. Discute-se a responsabilidade por violações da CADH resultantes de formas contemporâneas de escravidão no Pará relativas a 340 (trezentas e quarenta) pessoas entre 1998 e 2000, além da situação de impunidade e do descumprimento do dever de prevenção.

Já em 19 de maio de 2015, a Comissão IDH enviou à Corte IDH o *Caso Cosme Rosa Genoveva, Evandro de Oliveira y Otros (Favela Nova Brasília) vs. Brasil*, relativo à tortura, violência sexual e execução extrajudicial de 26 (vinte e seis) pessoas em 18 de outubro de 1994 e em 8 de maio de 1995 por ocasião de operações da Polícia Civil do Rio de Janeiro na Favela Nova Brasília. Sustenta-se que os fatos ocorreram com uso excessivo da força e permissividade por parte das instituições estatais, que teriam conduzido investigações com o objetivo de estigmatizar as vítimas, focalizando sua culpabilidade, não provendo mecanismos de prestação de contas à sociedade e perpetuando a situação de total impunidade dos responsáveis. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2015a).

Os assassinatos e atos de tortura e violência sexual prescreveram devido a prováveis omissões, atrasos, negligências e obstruções provocadas por agentes do Estado. Ainda foram descumpridas as seguintes recomendações: reabrir as investigações e punir os responsáveis por graves violações de direitos humanos; prover compensação financeira adequada aos familiares das vítimas; eliminar o registro automático de mortes cometidas pela Polícia como “resistência à prisão”;

instituir sistemas de controle e prestação de contas internos e externos para tornar efetivo o dever de investigar, em uma perspectiva étnica-racial e de gênero; implementar planos de modernização e profissionalização das forças policiais; e adaptar leis internas, normas administrativas, procedimentos e planos operacionais.

Em 16 de março de 2016, o *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus Miembros vs. Brasil* também foi dirigido à Corte IDH para fins de julgamento, posteriormente à investigação e análise da Comissão IDH. Alega-se violação dos direitos à propriedade coletiva e à integridade pessoal do povo indígena e do direito à proteção judicial em razão do descumprimento da garantia de prazo razoável no processo de reconhecimento, titulação, demarcação e delimitação de suas terras e territórios ancestrais entre 1989 e 2005 e no julgamento de ações possessórias impetradas por pessoas não indígenas, situação que persiste até os dias atuais. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2016a).

Menciona-se à adesão do Estado brasileiro em 25 de setembro de 1992 ao regime da CADH e à aceitação da jurisdição contenciosa da Corte IDH em 10 de dezembro de 1998 para justificar a competência temporal e em razão da matéria. Foi desrespeitada a recomendação de adoção de medidas legislativas, administrativas ou de outra natureza necessárias à retirada de invasores do território ancestral do povo indígena Xucuru e à preservação de seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes. Exigem-se, assim, garantias de que seus membros possam viver de modo pacífico e conforme seu modo de vida tradicional, identidade cultural, estrutura social, sistema econômico, costumes, crenças e tradições particulares.

Em 22 de abril de 2016, a Comissão IDH encaminhou o *Caso Vladimir Herzog y Otros vs. Brasil* à Corte IDH, com o agravante da repetição de fatos cometidos durante o período ditatorial militar, mais precisamente a prisão arbitrária, tortura e morte de um jornalista em uma dependência do Exército, consumada em 25 de outubro de 1975. A Comissão IDH indicou que esses atos ocorreram em um marco de graves violações de direitos humanos e obedecendo a um padrão sistemático de ações repressivas contra os opositores do regime e militantes do Partido Comunista do Brasil. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2016b).

As ações do Estado teriam visado a impedir a militância política de Vladimir Herzog e seu exercício jornalístico, manifestando-se em dissuasão e intimidação de críticos ao regime militar e em restrições dos direitos à liberdade de expressão e de associação. Os atos submetidos à Corte IDH incluem ações e omissões contrárias à

CADH e à CIPPT, derivadas da violação dos direitos à liberdade, integridade e vida do jornalista e da integridade de seus familiares, tendo como consequência a situação de impunidade e negação de acesso à justiça por parte das autoridades estatais.

Esse caso oferece nova oportunidade para que a Corte Interamericana amplie e consolide sua jurisprudência sobre o alcance e o conteúdo das obrigações estatais em matéria de investigação e reparação de graves violações de direitos humanos praticados por agentes do Estado durante a ditadura militar. A Corte também poderá reafirmar a jurisprudência convencional sobre a incompatibilidade das Leis de Anistia e da aplicação de institutos como a prescrição ou coisa julgada, além de se pronunciar sobre os obstáculos que têm impedido a implementação no cenário nacional dos parâmetros interamericanos sobre a matéria.

Esclareça-se que, em todas as sentenças emanadas da Corte IDH, não incide a regra do art. 105, inciso I, alínea “i” da CRFB (2016, p. 46), relativa à homologação perante o STJ: “competete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: (...) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias.” Não se está a tratar de sentenças de autoridades judiciárias estrangeiras, mas de Corte internacional que detém jurisdição sobre o país devido à aceitação expressa e soberana nesse sentido; caso se imponha tal medida, mantendo-se decisões do STJ e do STF contrapostas ao direito e à jurisprudência convencional, configurar-se-á novo ilícito internacional.

Como Magalhães (2000, p. 125) estipula, “sendo guardião da Constituição, deveria o Supremo Tribunal Federal interpretar as convenções firmadas pelo país em consonância com os princípios que a informam (...)”, com realce dos seguintes expedientes: “art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana.”; “art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) II - prevalência dos direitos humanos e (...) IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade”; e, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, diz-se que: “art. 7º. O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.” (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2016, p. 1).

Seria pertinente considerar os termos da “teoria do controle jurisdicional da convencionalidade das leis no Brasil”, em que Mazzuoli (2008) expõe uma espécie de

“duplo controle vertical” entre as normas de direito interno com as convenções internacionais de direitos humanos ratificadas pelo país com *status* supralegal ou constitucional, ensejando seu exercício pela via concreta ou abstrata, de modo semelhante à teoria do controle de constitucionalidade. Paralelamente, caberia um “controle de legalidade” das demais espécies normativas, considerando a primazia dos TIDH em termos de escalonamento normativo.

Segundo o modelo proposto, como alternativa de operacionalização em sede de direito interno, seria possível empreender tanto o controle difuso quanto o controle concentrado de convencionalidade em relação aos TIDH que gozam de hierarquia constitucional (aprovados com *status* de EC, segundo o rito do art. 5º, § 3º da CRFB); quanto aos TIDH que desfrutam de hierarquia supralegal, mas infraconstitucional (aprovados com *status* de norma constitucional, conforme o rito do art. 5º, § 2º da CRFB), poderia ser aplicado apenas o controle difuso de convencionalidade. Dessa forma, o estreitamento de laços entre diferentes órgãos jurisdicionais permitiria superar limites quanto à aplicabilidade do controle de convencionalidade.

Consentâneo à interpenetração de ordens jurídicas que se influenciam mutuamente, o processo interativo entre esferas nacionais e internacionais envolve o estabelecimento de parâmetros que interferem em valores e princípios consagrados no espaço global e que afetam diretamente seus membros. Por isso, a atuação de agentes e órgãos de diferentes níveis e estruturas de poder deve estar adstrita ao DIDH e evitar formalismos vazios a fim de conferir plena efetividade aos seus dizeres.

4.4.1 Experiência de incorporação do direito e da jurisprudência convencional

Em relação à adesão aos conceitos e princípios estabelecidos na CADH e na jurisprudência da Corte IDH, é possível atestar a insuficiência material das decisões proferidas pelo STF brasileiro em matéria de direitos humanos, que comumente se limita a fazer menção a julgados estrangeiros esparsos, em sua maioria totalmente desconexos em relação ao *corpus juris* interamericano. Perde-se, assim, a oportunidade de identificar potencialidades e debilidades dos sistemas de direito, aprimorando-os com o uso dos mecanismos de interpretação e argumentação comuns à abordagem da transjuridicidade.

Para Piovesan (2013), ao contrário do número de julgados estrangeiros citados pelo STF, que mencionou em 80 (oitenta) deles a Suprema Corte dos EUA e

em outros 58 (cinquenta e oito) o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, a construção jurisprudencial relativa ao direito convencional interamericano ainda seria escassa. Esta se limitaria a apenas dois casos até novembro de 2009: um concernente ao direito de o estrangeiro detido ser informado sobre a assistência consular como parte do devido processo legal criminal, com base na Opinião Consultiva da Corte Interamericana nº 16 de 1999; e outro dirigido ao fim da exigência de diploma para a profissão de jornalista, com fundamento no direito à informação e na liberdade de expressão, à luz da Opinião Consultiva nº 5, de 1985, da Corte IDH.

Procedendo à ampliação do espectro dessa pesquisa a contar da data de aceitação da jurisdição contenciosa da Corte IDH pelo Brasil até os dias atuais, fixada em 10 de dezembro de 1998, tem-se 12 (doze) casos concernentes à discussão e aplicação da jurisprudência convencional da Corte IDH por parte do STF. Essa perspectiva inclui a interpretação e aplicação da CADH e dos demais diplomas que compõem o *corpus juris* interamericano e que se relacionam diretamente com o respectivo sistema regional de proteção e promoção dos direitos humanos.

Tais resultados foram obtidos no buscador de jurisprudência do sítio eletrônico do STF, utilizando-se como critério de pesquisa a expressão “corte interamericana” e assuntos conexos. Dentre os 28 (vinte e oito) Acórdãos encontrados, 3 (três) não guardam relação com a temática, referindo-se a fatos totalmente estranhos ao objeto de pesquisa. Por essa razão, consubstanciaram-se 25 (vinte e cinco) julgados, já comentadas a ADPF nº 153/DF e a ADPF nº 320/DF; dentre esses, foram analisados os 12 (doze) precedentes segundo o critério cronológico, vez que os outros 13 (treze) versam sobre matéria idêntica; finalmente, foram desconsideradas 54 (cinquenta e quatro) Decisões Monocráticas e 2 (duas) Decisões da Presidência de menor impacto.

Com o julgamento da ADI nº 144/DF em 6 de agosto de 2008, estabeleceu-se que inquéritos e processos criminais em curso seriam neutros na definição de antecedentes criminais, dado o princípio da não culpabilidade.¹³⁷ Ao lado das normas constitucionais, ter-se-ia documentos como DUDH, PIDCP, DADDH, CADH, CEDH, CDFUE, Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008).

Em 19 de março de 2009, a Ação Popular nº 3.388/RR atestou a inexistência de vícios no processo demarcatório da reserva indígena Raposa Serra do Sol,

¹³⁷ No mesmo sentido, ver o RE nº 591.054/SC, de 17 de dezembro de 2014.

considerando tal fato um capítulo avançado do constitucionalismo fraternal brasileiro e um instrumento de inclusão comunitária pela via da identidade étnica e histórico-cultural. Pugnou-se pela prevalência de um estatuto jurídico da causa indígena e pelo reconhecimento do direito convencional à propriedade privada de caráter coletivo, mencionando-se a DADH, a CADH e julgados que ainda assegurariam a proteção das terras tradicionalmente ocupadas e dos recursos naturais disponíveis. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009a).

Da ADPF nº 130/DF, de 30 de abril de 2009, extrai-se posição favorável ao reconhecimento do regime constitucional de "liberdade de informação jornalística." Abrangendo o direito de retificação e de resposta previsto na CADH e em opiniões consultivas da Corte IDH, seu exercício não dependeria de qualquer regulamentação pelos Estados-Partes do SIPDH. Significa dizer que a plena liberdade de imprensa se materializa em categoria jurídica proibitiva de qualquer tipo de censura prévia ou como tutela das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional, emanando da CRFB e do princípio da dignidade humana. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009b).

O RE nº 511.961/SP, de 17 de junho de 2009, demonstra mudança de posição quanto à obrigatoriedade do diploma universitário e da inscrição profissional da profissão de jornalista. Aduzindo às liberdades constitucionais de profissão, de expressão e de informação, declarou-se a não recepção ou a revogação tácita de norma regulamentadora editada durante o período da ditadura militar e a prevalência do disposto na CADH, no Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos de 25 de fevereiro de 2009 e em opiniões consultivas da Corte IDH. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009d).

No Pedido de Extradicação nº 1.126 da República Federal da Alemanha, consignou-se a congruência entre o Estatuto do Estrangeiro e a Convenção de Viena sobre Relações Consulares. Interpretada em sede de opinião consultiva pela Corte IDH, a questão envolveu o direito convencional à informação sobre assistência consular no exato momento da detenção do estrangeiro e sua relação com as garantias mínimas do devido processo legal em sede de direito interno. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009c).

A decisão prolatada em 5 de maio de 2011 na ADPF nº 132/RJ reconheceu a união homoafetiva enquanto instituto jurídico, proibindo a discriminação pessoal em

razão de sua orientação sexual e de seu gênero ou dicotomia homem/mulher¹³⁸. Em homenagem ao pluralismo enquanto valor social, político e cultural, a liberdade para dispor da própria sexualidade foi inserida na categoria dos direitos fundamentais com base em preceitos constitucionais e convencionais. Nesse último caso, levou-se em conta os julgados da Corte IDH que embasam o direito a um projeto de vida, em que o Estado deve permitir que cada indivíduo possa formular as escolhas que levarão ao desenvolvimento pleno de sua personalidade, conteúdo existencial da dignidade da pessoa humana. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011).

Em 19 de outubro de 2010, no HC nº 105.348/RS, empreendeu-se uma análise comparada quanto à legislação mexicana, paraguaia, uruguaia, portuguesa, colombiana e argentina, além da jurisprudência convencional interamericana, para decidir que a justiça militar seria incompetente com relação ao processamento e julgamento de crimes comuns cometidos por civis, em respeito ao postulado do juiz natural.¹³⁹ (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010b). A seu turno, a Corte IDH determinou que os integrantes do SIPDH ajustassem seus ordenamentos, em prazo razoável, aos padrões internacionais sobre jurisdição penal militar. Esta deveria ser extinta ou se limitar ao conhecimento de delitos funcionais, devendo-se estabelecer limites à competência material e pessoal de tribunais militares.

A Ação Penal nº 470/MG, de 17 de dezembro de 2012, foi marcada pela vedação do acesso ao duplo grau de jurisdição no sentido de fazer prevalecer a CRFB sobre os TIDH, inclusa a CADH. Contudo, não obstante o fato de que o instituto convencional tenha sido internalizado, isto não significaria ter ele se revestido de natureza absoluta. Dado seu caráter supralegal, mas infraconstitucional, as normas convencionais antinômicas teriam de ver sua força intrínseca afastada. Logo, devendo a questão ser resolvida sob a perspectiva do juiz nacional, não poderia este buscar, senão na CRFB, o critério da solução de antinomias entre normas internas e internacionais. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012).

No Vigésimo Quinto Agravo Regimental na Ação Penal nº 470/MG, de 18 de setembro de 2013, entendeu-se que o duplo grau de jurisdição não teria proteção

¹³⁸ Na mesma sessão, foi apreciada a ADI nº 4.277/DF, retratando situação idêntica.

¹³⁹ Tal entendimento foi reforçado: em 1 de março de 2011, no HC nº 106.171/AM; em 9 de agosto de 2011, na Medida Cautelar no HC nº 109.544/BA; em 13 de setembro de 2011, na Extensão no HC nº 107.731/PE; em 12 de junho de 2012, no HC nº 105.256/PR; em 5 de fevereiro de 2013, no HC nº 112.936/RJ; em 19 de fevereiro de 2013, no HC nº 110.237/PA; e em 14 de maio de 2013, no HC nº 110.185/SP.

especial na esfera penal por força da CADH, não sendo erigido a princípio e garantia constitucional nos procedimentos cíveis que preveem uma única instância ordinária.¹⁴⁰ A infraconstitucionalidade dos TIDH foi realçada, negando-se às normas convencionais a capacidade de ab-rogar a CRFB para ampliar as hipóteses de duplo grau de jurisdição, assim como a Corte IDH não deveria ser entendida como instância recursal. Apesar de a cláusula convencional da proteção judicial efetiva alcançar até prerrogativas de foro, não caberia o duplo grau de jurisdição em procedimentos de competência originária. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2013).

Em 10 de junho de 2015, discutiu-se na ADI nº 4.815/DF o direito à liberdade de expressão com relação à divulgação de escritos, transmissão da palavra e produção, publicação, exposição ou utilização da imagem de pessoa biografada. Além da CRFB e do Código Civil, o Acórdão teve como fundamento: a CADH, quanto ao exercício do direito de acesso à informação e à vedação da censura prévia, com exceção da regulação de acesso a espetáculos públicos para a proteção moral da infância e da adolescência; a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão, elaborada pela Comissão IDH; e julgados da Corte IDH e da CEDH. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015a).

No RE nº 592.581/RS, em Acórdão de 13 de agosto de 2015, impôs-se à Administração Pública a obrigação de fazer consistente na promoção de medidas e execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para efetivar o postulado da dignidade humana e assegurar a integridade física e moral dos detentos.¹⁴¹ Como motivos ensejadores, enfatizou-se: o ajuizamento de casos perante os órgãos do SIPDH concernentes à reiterada violação de direitos humanos da população carcerária em todo o país; o caráter supralegal dos TIDH, além do dever de adequação das normas e procedimentos internos por força das repetidas condenações do Estado brasileiro perante a Corte IDH, que teria caráter supranacional. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015c).

Em 17 de dezembro de 2015, no julgamento de Medida Cautelar na ADPF nº 378/DF, procedeu-se à releitura da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, que define os crimes de responsabilidade e regula seu processamento e julgamento, sustentando caber ao *impeachment* as garantias típicas do processo penal e do processo

¹⁴⁰ Na ocasião, foram apreciados sob os mesmos fundamentos o Vigésimo Sexto Agravo Regimental na Ação Penal nº 470/MG e o Vigésimo Sétimo Agravo Regimental na Ação Penal nº 470/MG.

¹⁴¹ Caso semelhante consiste no HC nº 115.539/RO, de 3 de setembro de 2013.

administrativo sancionador. O procedimento deveria observar direitos e garantias comuns aos princípios da legalidade, do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, previstos na CRFB e na CADH. À luz da jurisprudência da Corte IDH, tais preceitos seriam aplicáveis não apenas aos processos judiciais, mas a todo procedimento sancionatório. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015b).

Do exposto, infere-se que a violação de direitos e liberdades fundamentais pode advir da ação ou omissão de qualquer entidade ou órgão das diferentes esferas de poder estatal. Com fulcro em Boson (2000, p. 159), “as leis internas são fatos suscetíveis de serem valorados com respeito à sua conformidade ou discrepância com o Direito Internacional. A validade supraestatal deste nas matérias de sua competência é independente da vontade dos Estados.”

Há que se atentar para o fato de que o signatário dos TIDH é o Estado como um todo, que não se apresenta isoladamente no cenário global, cabendo-lhe dar efetivo cumprimento às disposições convencionais. A desobediência ao seu teor acarreta, em consequência, a responsabilização do Estado perante a mesma comunidade internacional, ainda que o ilícito impugnado tenha sido praticado de acordo com a legislação interna e por meio de sentenças judiciais transitadas em julgado, mesmo quando ratificadas por tribunais superiores.

Analisando o fenômeno da pluralidade de sistemas normativos nacionais e internacionais que convergem e divergem de forma expansiva na forma de círculos concêntricos de maior ou menor amplitude, Ramos (2011, p. 499) explica que “os ordenamentos jurídicos podem se chocar, tal qual as placas tectônicas, com decisões contraditórias oriundas do plano doméstico e do plano internacional.” Tal fato deve ser visto como uma oportunidade de mudança de paradigma, no sentido de superar o fechamento normativo e de utilizar eventuais incoerências e contradições como catalisadores para uma evolução hermenêutica convergente de caráter transnacional.

Com Delmas-Marty (2006), entende-se que ainda que existam colisões entre ordens plurais, seus respectivos subsistemas e os ordenamentos jurídicos nacionais, haverá sempre um contínuo processo de interação circular. O obstáculo residual a ser superado pelo controle de convencionalidade consiste em evidenciar elementos de conexão entre diferentes fontes, sujeitos, sistemas de integração e órgãos de solução de controvérsias segundo a complexidade do espaço transnacional, o que pode ser alcançado com o uso de mecanismos comuns à transjuridicidade.

CONCLUSÕES

Considerando que a funcionalidade dos modelos juspositivistas tem sido questionada em virtude da ineficácia de seus preceitos no campo da evolução social, novos institutos e técnicas são criados com o fito de sanar deficiências sistêmicas e fazer com que o Direito se adapte às demandas dessa mesma sociedade, sem que os paradoxos imprescindíveis a sua consecução sejam melhor compreendidos. Assim, o Direito passa a se ocupar de questões estruturais e funcionais no âmbito de uma pretensa epistemologia jurídica, que redundando em torno de si e não visualiza as possibilidades produzidas pela diversidade, afastando ainda mais sua cientificidade.

O desenvolvimento do direito convencional reflete não apenas uma proliferação de textos no âmbito do relacionamento bilateral ou multilateral entre Estados e organizações internacionais, mas o aumento da complexidade do tecido normativo resultante desse processo interativo. A incidência dos principais TIDH passa a abranger uma vasta gama de domínios, perfazendo uma intrincada trama entre as fontes de direito interno e internacional e refletindo patentes contradições. Contudo, a personificação do poder jurisdicional tomado isoladamente não garante a efetividade das normas definidoras de direitos e liberdades fundamentais e a desejável coerência sistêmica.

Há que se entender que a dimensão temporal da seletividade social fundada em contingências, que tanto torna o mundo inobservável e justifica a constituição de ordens redutivas e passíveis de revisão, também se traduz em um futuro aberto e repleto de possibilidades, na forma de um horizonte de não saber. Não obstante, a semântica que serve ao ocultamento dos paradoxos como condição de operacionalidade do sistema social pode impedir que potencialidades efetivas e imanescentes da própria sociedade sejam observadas. No tocante aos sistemas de direitos humanos, o grande desafio não consiste na linguagem de suas reivindicações e sim na efetivação de seu conteúdo ou substância, em termos práticos.

No caso da normativa de teor humanístico que retroalimenta esses sistemas, o grau de abstração e generalidade que lhe é atribuído dificulta o alcance de um fim em si mesmo, ainda que se considere sua funcionalidade para com o sistema social. *A contrario sensu*, essa linguagem continua sendo reproduzida em diplomas dos mais diversos, cabendo questionar até que ponto servirá à manutenção da

operacionalidade sistêmica, especialmente quando prescindem da devida compatibilização normativa e contradizem sua própria razão fundante.

Há que se acrescentar a necessidade de adaptar os sistemas jurídicos aos termos de uma plausível transjuridicidade, tendo em vista a superação de barreiras geográficas e de dogmas como a soberania estatal e os limites da jurisdição dos organismos internacionais ou mesmo supranacionais. Especificamente, os sistemas universal e regionais de proteção devem manter maior diálogo e interação entre si e junto aos sistemas jurídicos estatais, facilitando o alcance dos objetivos propostos.

Nessa linha, o viés crítico e a relativa descrença no papel dos direitos humanos – e de seus respectivos sistemas de proteção – pode vir a contribuir com ideias alternativas ao atual processo civilizatório e seus mecanismos hegemônicos. Trata-se de desconstruir e reconstruir a própria noção de humanidade e incuti-la nos sistemas jurídicos de acordo com a seletividade apoiada em contingências, intentando o fim último dos paradoxos: a efetividade sistêmica, mas com a fundamentação ética e jurídica de que prescinde o humanismo nos dias atuais.

No caso da *human rights-based approach*, as discussões propostas em torno da ideia de direitos humanos comumente se centram em conceitos ou fórmulas de justiça de cunho universalista ou relativista que, isoladamente, carecem de sentido. Igualmente, tratar meramente do caráter religioso ou não religioso dos direitos humanos e de sua compreensão na categoria de direitos absolutos e incomensuráveis pouco agrega à funcionalidade dos sistemas de direito que se dedicam à proteção e à promoção de direitos e liberdades fundamentais.

Quer-se dizer que, para além das discussões linguísticas ou semânticas relativas ao sentido da função comunicativa e retórica dos direitos humanos e à elucidação de conceitos e paradigmas teórico-interpretativos, mostra-se apropriado adotar os mecanismos de efetivação disponibilizados pelo fenômeno da transjuridicidade enquanto manifestação da interculturalidade jurídica. Isso implica em concretizar os princípios *pro homine* e *favor libertatis* e os postulados comuns ao direito convencional que emanam dos órgãos de proteção dos direitos humanos.

Por conseguinte, o SIPDH deve dar ênfase às tentativas de interação perante os órgãos instituídos dos Estados-Partes e incentivar a conversação direta ou multilateral entre estes na forma de argumentação comparada, notadamente quanto aqueles que exercem a atividade jurisdicional. Em atenção à interpretação evolutiva das normas definidoras de direitos e liberdades fundamentais, a fluidez e

multidirecionalidade desses diálogos também devem viabilizar a interação junto a diferentes organismos internacionais de proteção dos direitos humanos.

Por conseguinte, faz-se necessário repensar os mecanismos de controle das regras e princípios que se encontram a serviço da humanidade, seja pela possibilidade de provocação direta de instâncias internacionais ou supranacionais, seja pela garantia de que os agentes estatais imbuídos de poder jurisdicional estejam habilitados a fazer valer o direito convencional sobre a legislação interna que o infrinja ou que impeça o seu livre gozo e fruição por parte dos seus titulares.

O controle de convencionalidade concebe um sistema extenso, vertical e geral de conformação das normas internas aos diversos TIDH comuns ao *corpus juris* interamericano, tendo caráter difuso e concentrado. Esse bloco de convencionalidade faz com que a norma incompatível mantida no ordenamento jurídico nacional veja seus efeitos suprimidos por derrogação, anulação ou reforma, gerando repercussão ou efeitos gerais em casos análogos no sentido de combater a inércia estatal, abrangendo normas primárias, secundárias e até mesmo de hierarquia constitucional.

Não obstante, o estreitamento dos laços entre os diversos atores envolvidos permitiria a superação de limites quanto à aplicação do controle de convencionalidade, sendo cabível estimular o diálogo jurisdicional e os intercâmbios normativos multidirecionais entre os diversos órgãos estatais, do SIPDH e de outros sistemas de proteção, nos mais diversos níveis. Tal assertiva inclui a consideração dos diplomas e sentenças internacionais e, adicionalmente, resoluções, medidas provisionais, supervisões de cumprimento de sentenças e opiniões consultivas relativas a demandas de interpretação do *corpus juris* de direitos humanos.

Como efeitos secundários à efetivação dos direitos consagrados nos diversos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, subjaz a luta contra a impunidade dos agentes estatais de diferentes esferas de poder e competências de caráter público, a satisfação à sociedade e às famílias das vítimas de violações graves e sistemáticas de tais direitos, além do efeito didático decorrente do estudo do direito convencional perante os atuais e futuros operadores do Direito, com o fito de difundir uma cultura transnacional de direitos humanos.

Entende-se que os fenômenos que se convencionou sintetizar na expressão “transjuridicidade” abrigam múltiplas possibilidades de análise e operacionalidade. Se, por um lado, a importação acrítica de institutos jurídicos é indesejável e, no entanto, corriqueira em tempos de falsa percepção da representação política, subsiste a

possibilidade de cotejar tendências interpretativas e decisórias das mais diversas tradições jurídicas, possibilitando maior entendimento das controvérsias que se põem.

Em relação ao núcleo básico do processo normativo transnacional, importa superar os principais entraves à intensificação da racionalidade transversal e à seleção estrutural de influências recíprocas entre os sistemas político e jurídico, com destaque para os intercâmbios em matéria de direitos humanos. Como alternativa, as diversas formas de inter-relação seriam hábeis a gerar confiança e aprendizado mútuo mesmo nos casos de dissenso, com a construção de pontes de transição e um aporte metodológico próprio na forma de princípios e regras de organização.

O fortalecimento das instituições envolvidas nesse processo perpassa obrigatoriamente a atribuição de máxima influência e efetividade às diversas redes executivas, judiciais e legislativas transgovernamentais e o reconhecimento de *extra-legal cooperative forces* para que sejam superados desafios nas áreas de coordenação, integração e harmonização, além de criar conexões estruturais recíprocas e mecanismos autoconscientes de governança global.

Nesse sentido, o direito transnacional deve ser concebido segundo uma noção de justiciabilidade global baseada no pluralismo de ideias, na consciência deliberativa e no compartilhamento de experiências comuns na administração de justiça. Dependendo de circunstâncias processuais peculiares a cada sistema de direito interno para que se torne efetivo, o diálogo interjurisdicional exige uma metodologia que transcenda o utilitarismo por meio de maior legitimidade e autoridade persuasiva.

Sobretudo em casos que conduzem à interpretação constitucional e ao entrelaçamento de normas internas (constitucionais, supralegais e infraconstitucionais) e de potencial repercussão internacional (institucional ou teoricamente), parece razoável a possibilidade de estabelecer conversações transnacionais, ainda que se passe a impressão de empunhadura de ativismo judicial em favor de uma ou outra posição interpretativa, eventualmente desprovida de fundamentos normativos ou de consolidada base jurisprudencial.

Sob o aspecto da transjuridicidade, o controle de convencionalidade pode conduzir à ampliação do diálogo e da interação transnacional. Faz-se necessário enfrentar essas e outras questões em respeito aos preceitos da dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos, buscando-se a plena realização de suas normas definidoras e garantidoras no âmbito das jurisdições de direito interno e internacional, em respeito ao comando constitucional que lhes confere aplicabilidade

imediate e ao preceito cosmopolita de que nenhum Estado pode invocar disposições de direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.

Entretanto, o controle de convencionalidade não deve se restringir à compatibilização das normas de direito interno que tem como paradigma a interpretação da CADH e de seus diplomas conexos, tarefa executada pela Corte IDH. Segundo esse fluxo vertical, a interação sistêmica pode assumir não só a forma descendente, mas também ascendente, em que a Corte IDH não se limitaria à condição de emissora e passaria a interagir também como receptora, proporcionando maior conhecimento dos direcionamentos em matéria de direitos humanos com a incorporação de princípios e regras dos ordenamentos jurídicos dos membros do SIPDH desde as instâncias primárias de poder até as de caráter revisional e final.

O conhecimento das decisões proferidas em sede de direito interno com relação à normativa aplicável aos casos submetidos a sua jurisdição deve servir ao aprofundamento das relações firmadas no campo do diálogo transjudicial e ao aperfeiçoamento da proteção conferida aos direitos humanos. Sob o prisma da mudança social, o controle de convencionalidade pautado em processos de integração transnacional seria capaz de aumentar a legitimidade e a autoridade persuasiva dos pronunciamentos heterárquicos e multidirecionais da Corte IDH, conferindo maior fluidez à relação entre os ordenamentos constitucionais e o DIDH.

Também há que se considerar o potencial enriquecedor do método dialógico no que tange à interação multilateral ou multidirecional entre os órgãos jurisdicionais dos Estados, a Comissão IDH e a Corte IDH. Igualmente, essa quebra de paradigmas envolve a troca de experiências entre os sistemas interamericano, africano e europeu de proteção dos direitos humanos, ainda que o grau de evolução de seus processos e procedimentos revele dificuldades inerentes à realidade de cada qual. Tais aspectos devem ser compreendidos como potencialidades ou guias de orientação, vez que o amadurecimento recíproco é de interesse comum, considerando os propósitos instituídos pela comunidade internacional no seio da própria ONU.

Dessa forma, a interpretação e aplicação do direito convencional em matéria de direitos humanos podem ter seus efeitos teórico-práticos maximizados com o aporte metodológico da transjuridicidade. A permeabilidade da racionalidade transversal em sistemas jurídicos distintos é capaz de viabilizar a construção de pontes de transição fundamentais à formação de redes legislativas, executivas e judiciais de fomento do ideal humanístico e, ainda que sejam consideradas as

dificuldades inerentes ao processo, subsiste um potencial expressivo a ser explorado coletivamente.

Em termos de consolidação do controle de convencionalidade sob essa abordagem, ousa-se recomendar: desenvolver uma cultura jurídica participativa e emancipadora, pautada na mútua abertura normativa e no encorajamento de diálogos interjurisdicionais de caráter multidirecional e multinível entre os diversos atores governamentais e não-governamentais envolvidos, inclusive perante os demais sistemas de proteção de direitos humanos; fortalecer o SIPDH quanto às supervisões de cumprimento de sentenças, visitas *in loco*, relatórios, recomendações, resoluções e demais determinações de seus órgãos de controle, com o envolvimento e legitimação dos órgãos jurisdicionais domésticos em todas as fases procedimentais, identificando obstáculos a serem superados conjuntamente e culminando com a proposição de planos de implementação factíveis; adjudicar a eficácia direta do direito e da jurisprudência convencional independentemente dos mecanismos nacionais de internalização adotados, compatibilizando todo o aparato normativo estatal às disposições comuns ao DIDH e promovendo políticas públicas mais adequadas à sua efetivação e prevenção; e, indubitavelmente, reconhecer em todas as instâncias de poder a primazia da norma mais favorável à dignidade humana, a prevalência e autoexecutoriedade dos direitos humanos e o caráter expansivo de seus núcleos estruturantes segundo as cláusulas de progressividade e de proibição de retrocesso.

Esclareça-se que não se está a tratar da importação acrítica de institutos provenientes de realidades jurídicas incompatíveis, que contradigam princípios basilares de organização político-administrativa dos Estados ou regulamentos de organismos internacionais ou supranacionais. Associado à transjuridicidade, o controle de convencionalidade se vale de expedientes como diálogo, negociação e cooperação interjurisdicional para aprimorar as relações de caráter transnacional e efetivar o direito e a jurisprudência convencional em matéria de direitos humanos, com a ciência de que as normas que regem direitos e liberdades fundamentais ao redor do globo embasam o próprio ideal de justiça, fim último do Direito.

REFERÊNCIAS

ÁFRICA DO SUL. CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA. *Case The State vs. T. Makwanyane and M. Mchunu*. Case nº CCT/3/94 delivered on 6 June 1995. Disponível em: <<http://www.constitutionalcourt.org.za/Archimages/2353.PDF>>. Acesso em: 16 jan. 2016.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidade y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011. In: ALCALÁ, Humberto Nogueira (Ed.). *Estudios Constitucionales*, Santiago, año 10, n. 2, 2012, p. 57-140.

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes na mundialização: a nova revolução do Direito*. Tradução Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

ARENDT, Hanna. *The origins of totalitarianism*. 9. ed. New York: Harcourt, 2004.

ARROYO, Diego P. Fernández. *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*. Buenos Aires: Zavalia, 2003.

BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*. Publicação posthuma dirigida por Sylvio Romero. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1892. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/224199>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e Política no brasil contemporâneo. In: AZEVEDO, Fernanda Rodrigues Saldanha de (Coord.). *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 12, n. 96, fev./mai. 2010, p. 5-43. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/ojs_saj/index.php/saj/article/view/230/219>. Acesso em: 19 jan. 2016.

BERNARDES, Márcia Nina. Inter-American Human Rights System as a transnational public sphere: legal and political aspects of the implementation of international decisions. In: POPPOVIC, Pedro Paulo; VIEIRA, Oscar Vilhena (Eds.). *Sur International Journal of Human Rights*, São Paulo, v. 8, n. 15, dez. 2011, p. 131-151. Disponível em: <http://www.surjournal.org/eng/conteudos/getArtigo15.php?artigo=15,artigo_07.htm>. Acesso em 27 mai. 2014.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

_____ *Teoria do ordenamento jurídico*. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2014.

BOGDANDY, Armim Von. *Ius constitutionale commune latinoamericanum: una aclaración conceptual*. In: BOGDANDY, Armim Von; FIX-FIERRO, Héctor; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, p. 3-24.

BOSON, Gerson de Britto Mello. *Direito Internacional Público: o Estado em Direito das Gentes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Decreto Legislativo nº 1.021, de 24 de novembro de 2005*. Aprova o texto do Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do Mercosul, República da Bolívia e República do Chile, assinado em Buenos Aires, em 5 de julho de 2002. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2005/decretolegislativo-1021-24-novembro-2005-539251-acordo-37432-pl.html>>. Acesso em: 27 out. 2016.

_____ *Decreto Legislativo nº 64, de 7 de dezembro de 1949*. Aprova a Carta da Organização dos Estados Unidos Americanos firmada em Bogotá (Colômbia) entre o Brasil e outros países. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1940-1949/decretolegislativo-64-7-dezembro-1949-351121-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

_____ *Decreto Legislativo nº 496, de 17 de julho de 2009*. Aprova o texto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em Viena, em 23 de maio de 1969, ressalvados os arts. 25 e 66. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2009/decretolegislativo-496-17-julho-2009-589661-norma-pl.html>>. Acesso em: 26 out. 2016.

_____ *Decreto-Lei nº 7.935, de 3 de setembro de 1945*. Aprova a Carta das Nações Unidas, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional da Justiça. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-7935-3-setembro-1945-417286-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

_____ *Decreto nº 30.544, de 14 de fevereiro de 1952*. Promulga a Carta da Organização dos Estados Americanos, firmada em Bogotá, a 30 de abril de 1948. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-30544-14-fevereiro-1952-340000-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

_____*O Brasil e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*: relatório da sociedade civil sobre o cumprimento, pelo Brasil, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Brasília, abr. 2000. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/Internet/comissao/index/perm/cdh/Pidesc%20-%20Relat%C3%B3rio%20Final.html>>. Acesso em: 28 abr. 2015.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Relatório Inicial relativo ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos de 1966*. Brasília: FUNAG, 1994.

BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Ed. revisada e atualizada até a Emenda Constitucional nº 91, de 18/02/16. Brasília: Senado Federal, 2016.

_____*Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945*. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 27 abr. 2015.

_____*Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002*. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm>. Acesso em: 24 abr. 2015.

_____*Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>. Acesso em: 27 abr. 2015.

_____*Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 27 abr. 2015.

_____*Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 24 abr. 2015.

_____*Decreto nº 6.891, de 2 de julho de 2009.* Promulga o Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6891.htm>. Acesso em: 27 out. 2016.

_____*Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.* Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm>. Acesso em: 11 out. 2016.

_____*Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009.* Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 26 out. 2016.

BRASIL. Senado Federal. *Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008.* Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/99423>>. Acesso em: 11 out. 2016.

_____*Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991.* Aprova os textos do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos aprovados, junto com o Protocolo Facultativo relativo a esse último pacto, na XXI Sessão (1966) da Assembleia-Geral das Nações Unidas. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=135720>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

_____*Decreto Legislativo nº 261, de 25 de novembro de 2015.* Aprova o texto do Tratado de Marraqueche para facilitar o acesso a obras publicadas às pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades para ter acesso ao texto impresso, concluído no âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), celebrado em Marraqueche, em 28 de junho de 2013. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=249931&norma=269406>>. Acesso em: 11 out. 2016.

_____*Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1992.* Aprova o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José) celebrado em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, por ocasião da Conferência especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. Disponível em:

<<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=136444>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

_____*Decreto Legislativo nº 89, de 3 de dezembro de 1998.* Aprova a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62 daquele instrumento internacional. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=150844>>. Acesso em: 24 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815, de 10 de junho de 2015.* Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>. Acesso em: 19 out. 2016.

_____*Ação Penal nº 470, de 17 de dezembro de 2012.* Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em: 24 out. 2016.

_____*Ação Popular nº 3.388, de 19 de março de 2009.* Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>>. Acesso em: 24 out. 2016.

_____*Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130, de 30 de abril de 2009.* Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 24 out. 2016.

_____*Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, de 5 de maio de 2011.* Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 24 out. 2016.

_____*Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 144, de 6 de agosto de 2008.* Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608506>>. Acesso em: 23 out. 2016.

_____*Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, de 29 de abril de 2010.* Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=153&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

_____ *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 320, de 15 de maio de 2014.* Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4574695>>. Acesso em: 17 mar. 2016.

_____ *Extradição nº 1.126, de 22 de outubro de 2009.* Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606649>>. Acesso em: 24 out. 2016.

_____ *Habeas Corpus nº 105.348, de 19 de outubro de 2010.* Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=960532>>. Acesso em: 24 out. 2016.

_____ *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378, de 17 de dezembro de 2015.* Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10444582>>. Acesso em: 19 out. 2016.

_____ *Recurso Extraordinário nº 511.961, de 17 de junho de 2009.* Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>>. Acesso em: 24 out. 2016.

_____ *Recurso Extraordinário nº 592.581, de 13 de agosto de 2015.* Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>>. Acesso em: 19 out. 2016.

_____ *Vigésimo Quinto Agravo Regimental na Ação Penal nº 470, de 18 de setembro de 2013.* Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5276366>>. Acesso em: 23 out. 2016.

BUERGENTHAL, Thomas. International Tribunals and National Courts: the internationalization of domestic adjudication. In: BEYERLIN, Ulrich; BOTHE, Michael; HOFMANN, Rainer; PETERSMANN, Ernst Ulrich (Eds.). *Recht Zwischen Umbruch Und Bewahrung: Festschrift fur Rudolf Bernhardt*. Berlin: Springer-Verlag, 1995, p. 687-699.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, Presidente do Conselho de Estado da França. In: VARELLA, Marcelo Dias. (Ed.). *Prismas: Direito, políticas públicas e mundialização*. Brasília, v. 7, n. 1, jan./jun. 2010, p. 261-304.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence; TORRES, Amaya Úbeda de. *The Inter-American Court of Human Rights: case law and commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. *Metodologia do Direito*. São Paulo: Servanda, 2010.

CARNOTA, Walter. The Inter-American Court of Human Rights and conventionality control. In: *Social Science Research Network*, July 2012, p. 1-45. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2116599>>. Acesso em: 01 jun. 2014.

CHAYES, Abram; CHAYES, Antonia Handler. *The new sovereignty: compliance with international regulatory agreements*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

CHOUDHRY, Sujit. Migration as a new metaphor in comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit (Org.). *The migration of constitutional ideas*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 1-35.

CIUFFOLETTI, Sofia. *Dal fenomeno del judicial borrowing al dialogo transnazionale fra Corti. I nuovi orizzonti del dibattito dottrinale*. Pisa: Università degli Studi di Pisa, 2011. 245 f. Tese (Doutorado em Direito) – Dipartimento de Diritto Pubblico, Scuola di Dottorato Giustizia Costituzionale e Diritti Fondamentale, Università degli Studi di Pisa, Pisa, 2011.

COLAUTTI, Carlos E. *Responsabilidad del Estado: problemas constitucionales*. Santa Fe: Editorial Rubinzal Culzoni, 2003.

CONSELHO DA EUROPA. *Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de novembro de 1950*. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2015.

CONTESSE, Jorge. The last word? Control of conventionality and the possibility of conversations with the Inter-American Court of Human Rights. In: *Latin American Seminar* (SELA) 2013. Disponível em: <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Eng_20130514.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C nº 154. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2015.

_____. *Caso Boyce y Otros vs. Barbados*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C nº 169. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/boyce.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2015.

_____. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C nº 220. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf>. Acesso em: 05 out. 2015.

_____. *Caso Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C nº 213. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_213_esp.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2015.

_____. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1 de julio de 2011. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_227_esp.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2015.

_____. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C nº 214. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2015.

_____. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C nº 158. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf>. Acesso em: 01 out. 2015.

_____ *Caso El Amparo vs. Venezuela*. Resolución de la Corte de 16 de abril de 1997 (Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas). Serie C nº 46. Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_46_esp.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2015.

_____ *Caso Escher y Otros vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C Nº 200. Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_esp1.pdf>. Acesso em: 12 out. 2016.

_____ *Caso Fairén Garbí e Solís Corrales vs. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_02_esp.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2015.

_____ *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C nº 215. Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2015.

_____ *Caso Garibaldi vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Serie C nº 203. Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_203_esp.pdf>. Acesso em: 12 out. 2016.

_____ *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de enero de 1997. Disponible em: <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_30_esp.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2015.

_____ *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Fondo. Sentencia del 20 de enero de 1989. Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_03_esp.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2015.

_____ *Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C nº 219. Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 06 dez. 2015.

_____ *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C nº 186. Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_186_esp.pdf>. Acceso em: 16 nov. 2015.

_____ *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C nº 272. Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_272_esp.pdf>. Acceso em: 01 dez. 2015.

_____ *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C nº 162. Disponible em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/cantuta.pdf>>. Acceso em 04 nov. 2015.

_____ *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C nº 73. Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf>. Acceso em: 14 dez. 2015.

_____ *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C nº 101. Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf>. Acceso em: 07 out. 2015.

_____ *Caso Nogueira de Carvalho y Otro vs. Brasil*. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 28 de noviembre de 2006. Serie C nº 161. Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_161_esp1.pdf>. Acceso em: 12 out. 2016.

_____ *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C nº 209. Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf>. Acceso em: 16 nov. 2015.

_____ *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C nº 216. Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf>. Acceso em: 01 dez. 2015.

_____ *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 07 de septiembre de 2004. Serie C nº 114. Disponible em:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf>. Acesso em: 08 out. 2015.

_____ *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C nº 155. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_155_esp.pdf>. Acesso em: 08 out. 2015.

_____ *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2015.

_____ *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C nº 218. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2015.

_____ *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Excepción Preliminar. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C nº 149. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf>. Acesso em: 12 out. 2016.

_____ Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Diálogo Jurisprudencial: Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Tribunales Nacionales, Corte Interamericana de Derechos Humanos*. In: CUÉLLAR, Roberto M.; ALESSANDRI, Pablo Saavedra (Dir.). Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, v. 1, n. 6, enero/jun. 2009.

_____ Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. *Diálogos: el impacto del Sistema Interamericano en el ordenamiento interno de los Estados*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Eudeba, 2013.

_____ *Opinión Consultiva OC-14/94, del 9 de diciembre de 1994*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_14_esp.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2017.

_____ *Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985*. Disponível em: < www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2017.

_____. *Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Aprovado no LXXXV Período Ordinário de Sessões, celebrado de 16 a 28 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf>. Acesso em: 06 out. 2015.

DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. Tradução Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. Contingência e legitimação. In: FALCÃO, Joaquim (Ed.). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 254, 2010, p. 9-26. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/about>>. Acesso em: 26 ago. 2014.

_____. *Futuri Passati: il mondo visto da Campone*. Lecce: Pensa Multimedia, 2010.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006.

DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le corti: giudici, diritto straniero, comparazione*. Il Mulino: Bologna, 2010.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Paulo: Unisinos, 2009.

_____. Os paradoxos dos direitos humanos. In: *Pensar os direitos humanos: desafios à educação nas sociedades democráticas*, Goiânia, vol. 1, n. 1, 2011, p. 1-15. Disponível em: <<https://www.cienciassociais.ufg.br/up/106/o/ConferenciaAberturax.pdf?1350490879>>. Acesso em: 26 ago. 2014.

DUARTE, Maria Luísa. União Europeia e protecção dos direitos fundamentais: uma justiça constitucional de base triangular. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (Orgs.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho – Volume III (Direitos e Interconstitucionalidade: entre dignidade e cosmopolitismo)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 291-316.

DUBOIS, Julien. La neutralisation: dialogue des juges et interprétation neutralisante. In: SUDRE, Frédéric. (Dir.). *Cahiers de L'Institut de Droit des Droits del L'Homme*, Montpellier, n. 11, 2007, p. 72-95.

DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. *In: ALI, Iman (Ed.). Texas International Law Journal*, Austin, v. 50, n. 1, 2015, p. 45-93.

ESPIELL, Héctor Gross. El constitucionalismo latino-americano y la codificación en el siglo XIX. *In: SEGADO, Francisco Fernández (Dir.). Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, La Rioja, n. 6, enero/dic. 2002, p.143-176.

_____ *Estudios sobre Derechos Humanos II*. Madrid: Editorial Civitas, 1988.

_____ The Organization of American States (OAS). *In: VASAK, Karel (Ed.). The International Dimensions of Human Rights*. Connecticut: Greenwood Press, 1982, p. 543-559.

FERRARESE, Maria Rosaria. When national actors become transnational: transjudicial dialogue between democracy and constitutionalism. *In: MATTEI, Ugo; MONTI, Alberto (Eds.). Global Jurist Frontiers*, Berkeley, v. 9, n. 1, jan. 2009, p. 1-31.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law. *In: KOCIBELLI, Albi (Ed.). Michigan Journal of International Law*, Ann Arbor, v. 25, n. 4, 2004, p. 999-1046.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

GLENDON, Mary Ann. *Rights talk: the impoverishment of political discourse*. New York: The Free Press, 1991.

GUERRA, Gustavo Rabay; LIMA SOBRINHO, Luis Carlos dos Santos. Expandir os Horizontes das Cortes é Possível? Ativismo Judicial Transnacional, “Judicial Borrowing” e Controle de Convencionalidade. *In: MEZZAROBBA, Orides; ROVIRA, Enoch Alberti (Orgs.). I Encontro de Internacionalização do CONPEDI: atores do desenvolvimento econômico, político e social diante do Direito do Século XXI*. Barcelona: Ediciones Laborum, 2015, p. 21-48.

HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *El discurso filosófico de la modernidade*. Madrid: Taurus Humanidades, 1993.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HITTERS, Juan Carlos. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). In: ALCALÁ, Humberto Nogueira (Ed.). *Estudios Constitucionales*, Santiago, año 7, n. 2, 2009, p. 109-128.

HOFSTADER, Douglas R.; GÖDEL, Escher. *Bach: um entrelaçamento de gênios brilhantes*. Brasília: UnB, 2001.

HUNEEUS, Alexandra. Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights. In: *Cornell International Law Journal*, Ithaca, v. 44, n. 3, 2011, p. 493-533.

IGNATIEFF, Michael. *Human Rights as Politics and Idolatry*. New Jersey: Princeton University Press, 2001.

JACKSON, Vicki C. Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement. In: VERNER, Colleen (Dir.). *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 119, 2005, p. 109-128.

KELSEN, Hans. *O que é justiça? A justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KOH, Harold Hongju. The 1994 Roscoe Pound Lecture: transnational legal process. In: *Nebraska Law Review*, Lincoln, v. 75, n. 181, 1996, p. 181-207. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2902&context=fss_papers>. Acesso em: 06 out. 2015.

_____. Transnational Public Law Litigation. In: KNAPP, Cody (Ed.). *Yale Law Journal*, v. 100, n. 3, Dec. 1990, p. 2347-2402. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2944&context=fss_papers>. Acesso em: 06 out. 2015.

LAZARTE, Renata Bregaglio. ¿Verdadera indivisibilidad? Las consecuencias de la judicialización indirecta de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos. *In*: LOPES, Ana Maria D'Ávila; MAUÉS, Antonio Moreira (Orgs.). *A Eficácia Nacional e Internacional dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 257-289.

LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad (Das Recht der Gesellschaft)*. Barcelona: Herder Editorial, 2009.

_____. *Poder*. Brasília: UnB, 1985.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. *In*: ALCALÁ, Humberto Nogueira (Ed.). *Estudios Constitucionales*, Santiago, año 9, n. 2, 2011, p. 531-622.

MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Raffaele De Giorgi e os paradoxos do direito. *In*: SILVA, Luciano Nascimento; BENE, Caterina Del (Coords.). *Justiça e direitos humanos: estudos do Centro di Studi Sul Rischio dell'Università del Salento*. Curitiba: Juruá, 2014.

MARX, Karl. *Sobre a questão judaica*. São Paulo: Boitempo, 2010.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 6. ed. São Paulo: Editora RT, 2012.

_____. *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*. 2008. 251 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MERCADO COMUM DO SUL. *Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados-Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile, de 5 de julho de 2002*.

Disponível em: <http://www.cartillaciudadania.mercosur.int/uploads/DEC_005-1992_PT_Trad_ProtocoDasL.pdf>. Acesso em: 27 out. 2016.

MORENO, Fernando Díez. *Manual de derecho de la Unión Europea*. 5. ed. Pamplona: Thomson Reuters, 2009.

NEVES, António Castanheira. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. In: PORTO, Manuel Lopes (Ed.). *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXXIV, 1998, p. 1-44.

NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, 4 ed., out./dez. 2005, p. 1-35. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-4-outubro-2005-Marcelo%20Neves.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

_____. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NYE JR., Joseph S. *The future of power*. New York: Public Affairs, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Carta das Nações Unidas, de 26 de junho de 1945*. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersolInternet.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2015.

_____. *Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 23 de maio de 1969*. Disponível em: <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2015.

_____. *Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, de 21 de março de 1986*. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_2_1986.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2017.

_____. *Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, de 30 de março de 2007*. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ConventionRightsPersonsWithDisabilities.aspx>>. Acesso em: 11 out. 2016.

_____*Declaração do Milênio, de 8 de setembro de 2000.* Disponível em: <<https://www.unric.org/html/portuguese/uninfo/DecdoMil.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

_____*Declaração e Programa de Ação de Viena, de 25 de junho de 1993.* Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

_____*Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, de 4 de dezembro de 1986.* Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/496/36/IMG/NR049636.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

_____*Declaração sobre Progresso e Desenvolvimento Social, de 11 de dezembro de 1969.* Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/256/76/IMG/NR025676.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

_____*Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948.* Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

_____*O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pós-conflito. Relatório do Secretário Geral S/2004/616. Revista Anistia Política e Justiça de Transição, Brasília, n. 1, jan./jun. 2009, p. 320-351.*

_____*Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 19 de dezembro de 1966.* Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

_____*Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 16 de dezembro de 1966.* Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/law/cescr.htm>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Carta da Organização dos Estados Americanos, de 30 de abril de 1948.* Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2015.

_____*Comunicado de Imprensa – CIDH apresenta caso sobre o Brasil à Corte IDH. Caso Cosme Rosa Genoveva, Evandro de Oliveira y Otros (Favela Nova Brasília) vs. Brasil. Washington, 12 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2015/069.asp>>. Acesso em: 13 out. 2016.*

_____*Comunicado de Imprensa – CIDH apresenta caso sobre o Brasil à Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus Miembros vs. Brasil. Washington, 26 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2016/053.asp>>. Acesso em: 13 out. 2016.*

_____*Comunicado de Imprensa – CIDH apresenta caso sobre o Brasil à Corte IDH. Caso Trabajadores de la Fazenda Brasil Verde vs. Brasil. Washington, 7 maio 2015. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2015/045.asp>>. Acesso em: 12 out. 2016.*

_____*Comunicado de Imprensa – CIDH apresenta caso sobre o Brasil à Corte IDH. Caso Vladimir Herzog y Otros vs. Brasil. Washington, 5 maio 2016. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2016/061.asp>>. Acesso em: 13 out. 2016.*

_____*Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015.*

_____*Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, de 12 de setembro de 1985. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-51.html>>. Acesso em: 02 out. 2015.*

_____*Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência Contra a Mulher, de 6 de setembro de 1994. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/a-61.htm>>. Acesso em: 01 dez. 2015.*

_____*Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, de 9 de junho de 1994. Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/k.Desaparecimento.htm>>. Acesso em: 16 nov. 2015.*

_____*Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 30 de abril de 1948. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015.*

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. *Tratado de Marraqueche, de 28 de junho de 2013*. Disponível em: <http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=301016>. Acesso em: 11 out. 2016.

ORTIZ-ALVAREZ, Luis A.; LEJARZA, Jacqueline. *Constituciones latinoamericanas*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1997.

OST, François; KERCHOVE, Michel van de. De la pyramide au réseau? Vers um nouveau mode de production du droit? *In: Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, v. 44, n. 44, 2000, p. 1-82.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *A Circulação Global dos Precedentes: esboço de uma teoria das transposições jurisprudenciais em matéria de direitos humanos*. 2014. 634f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, 2014.

_____. Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional. *In: VARELA, Marcelo Dias (Org.). Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 4, 2012, p. 169-199.

PERRY, Michael J. *The idea of human rights: four inquiries*. New York: Oxford University Press, 1998.

PIOVESAN, Flávia. Controle de convencionalidade, direitos humanos e diálogo entre jurisdições. *In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coords.). Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 115-145.

_____. Direito internacional dos direitos humanos e lei de anistia: o caso brasileiro. *In: Revista da Faculdade de Direito da FMP*, Porto Alegre, n. 4, 2009, p. 112-127.

_____. *Ius constitutionale commune latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos*. *In: BOGDANDY, Armim Von; FIX-FIERRO, Héctor; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords.). Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, p. 61-84.

RAGAZZI, Maurizio. *The concept of international obligations erga omnes*. Oxford: Clarendon Press, 1997.

RAMOS, André de Carvalho. A relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno no contexto da pluralidade das ordens jurídicas. *In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord.). VII Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, Belo Horizonte, v. 1, n. 12, jan. 2012, p. 99-134.

_____. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 106, jan./dez. 2011, p. 497-524.

_____. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RAUSTIALA, Kal. The architecture of international cooperation: transgovernmental networks and the future of International Law. *In: Virginia Journal of International Law Association*, Charlottesville, v. 1, n. 43, 2002, p. 1-92.

RISSE, Thomas. "Let's Argue!": Communicative Action in World Politics. *In: PEVEHOUSE, Jon C. W. (Ed.). International Organization*, Cambridge, v. 1, n. 54, 2000, p. 1-39.

RODRIGUEZ, Manuel Atienza. *Marx y los derechos humanos*. Madrid: Mesquita, 1991.

RORTY, Richard. *Truth and progress: philosophical papers*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Bauru: Edipro, 2000.

SAGÜES, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *In: ALCALÁ, Humberto Nogueira (Ed.). Estudios Constitucionales*, Santiago, año 8, n. 1, 2010, p. 117-136.

SANTORO, Emilio. Stato di diritto e interpretazione. Per una concezione giusrealista e antiformalista dello Stato di diritto. *In: Diritto Privato*, v. 7, n. 1, 2003, p. 97-210.

SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. *Introdução ao Direito Internacional Público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 274 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

SILVEIRA, Alessandra. Cidadania Europeia e Direitos Fundamentais. In: SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana; FROUFE, Pedro Madeira (Coords.). *Direito da União Europeia: elementos de Direito e políticas da União*. Coimbra: Almedina, 2016.

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

STEINER, Christian; URIBE, Patrícia (Eds.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada*. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Fundación Konrad Adenauer. Bolivia: Plural Editores, 2014.

SUDRE, Frédéric. A propos du “dialogue des juges” et du control de conventionalité. In: *Les dynamiques du droit européen en début de siècle: etudes em l'honneur de Jean-Claude Gautron*. Paris: Éditions A. Pedone, 2004, p. 207-224.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil: as primeiras cinco décadas*. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

_____. *Direito das Organizações Internacionais*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000*. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2015.

_____. *Tratado da União Europeia, de 7 de fevereiro de 1992*. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF>. Acesso em: 05 dez. 2015.

_____. *Tratado de Lisboa, que altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia, de 13 de dezembro de 2007*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=EN>>. Acesso em: 04 out. 2016.

_____. *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, de 26 de outubro de 2012*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=PT>>. Acesso em: 05 dez. 2015.

VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito: Direito Internacional, globalização e complexidade*. 2012. 606 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WALDRON, Jeremy. A right-based critique of constitutional rights. *In*: ENDICOTT, Timothy (Ed.). *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 13, n. 1, 1993, p. 18-51.

WATSON, Alan. *Legal transplants: an approach to comparative law*. Second Edition. Athens: The University of Georgia Press, 1993.