

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Sylvia Marlene de Castro Figueiredo

**O diálogo entre cortes e o novo paradigma para o juiz brasileiro:
o controle difuso de convencionalidade**

DOUTORADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2016

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Sylvia Marlene de Castro Figueiredo

**O diálogo entre cortes e o novo paradigma para o juiz brasileiro:
o controle difuso de convencionalidade**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, área de concentração Efetividade do Direito, sob a orientação do Professor Doutor Marcelo Figueiredo.

SÃO PAULO

2016

BANCA EXAMINADORA

Ao Ricardo, com todo o meu amor, pelo apoio, incentivo, companheirismo e cumplicidade nos meus projetos.

Aos meus filhos, Ricardo Vítor e Silvio Lucas, pelo incentivo e pela compreensão, em face das horas subtraídas do nosso convívio.

Aos meus pais, Orlando e Marlene, pelo exemplo de perseverança, e à minha irmã Cristina, pelo apoio incondicional.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Marcelo Figueiredo pela contribuição ímpar na execução deste trabalho e por todas as observações e orientações que contribuíram para a elaboração e aprimoramento deste estudo.

Aos Professores Paulo de Barros Carvalho e Robson Maia Lins pelas aulas brilhantes que, por certo, permitiram reflexões valorosas e enriqueceram a presente tese.

Ao amigo e Professor Renato Lopes Becho, cujas observações e sugestões enriqueceram o presente estudo.

Aos amigos Alessandra de Medeiros Nogueira Reis, Elaine Cristina de Sá Proença, Luciana Ortiz Tavares Costa Zanoni e Vanessa Vieira de Mello, pelo incentivo de sempre.

Às amigas e colegas do doutorado Raecler Baldresca e Marisa Cláudia Gonçalves Cucio.

À Andresa Celoni Ushikoshi, à Denise Ferraz de Camargo Tintori, à Cristina Simone da Silva e ao Bruno Favali, pelo apoio e colaboração.

RESUMO

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. *O diálogo entre cortes e o novo paradigma para o juiz brasileiro: o controle difuso de convencionalidade*. 2016. 192 p. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

O presente estudo focaliza o diálogo entre cortes, com especial enfoque na atividade interpretativa por parte do aplicador do direito. Aborda o diálogo entre cortes e o controle de convencionalidade. Estuda a interdisciplinaridade entre o direito constitucional e o direito internacional. Examina o conceito de soberania, que deve ser entendido e manejado como um conceito relativo. Demonstra que o pluralismo constitucional está a exigir do intérprete constitucional o diálogo entre cortes, principalmente por meio do controle difuso de convencionalidade, o qual tem sido e deve ser utilizado, como regra geral, pelos juízes brasileiros. O tema tratado é de grande importância porque inaugura um novo estágio de interpretação constitucional e porque a pretensão universal de tutela dos direitos humanos é o principal fundamento teórico para a prática do diálogo transnacional, aliado ao *status* diferenciado dos tratados internacionais de direitos humanos e à semelhança entre o objeto de proteção das normas de direitos humanos e das normas protetivas de direito interno. Tem-se, dessa forma, um sistema com múltiplos níveis de proteção, em que vigora a máxima da primazia da norma mais favorável ao ser humano. Ademais, a atividade argumentativa do intérprete, durante a interpretação constitucional, tem o condão de realizar efetiva integração jurídico-discursiva.

Palavras-chaves: Direito constitucional. Direito internacional. Direitos humanos. Diálogo entre cortes. Controle de convencionalidade.

ABSTRACT

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. *The dialogue between courts and the new paradigm for the Brazilian judge: the diffuse control of conventionality*. 2016. 192 p. Thesis (Doctor in Law) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

The present study focuses on the dialogue between courts with a special focus on the interpretive activity by the applicator of the law. It addresses the dialogue between courts and the control of conventionality. It studies the interdisciplinarity between constitutional law and international law. It examines the concept of sovereignty, which must be understood and managed as a relative concept. It demonstrates that constitutional pluralism is demanding from the constitutional interpreter the dialogue between courts, mainly through the diffuse control of conventionality, which has been and should be used, as a general rule, by Brazilian judges. The issue under discussion is of great importance because it inaugurates a new stage of constitutional interpretation and because the universal claim to the protection of human rights is the main theoretical basis for the practice of transnational dialogue, coupled with the differentiated status of international human rights treaties and the similarity between the object of protection of the norms of human rights and the protective norms of domestic law. In this way, there is a system with multiple levels of protection, in which the maxim of the primacy of the norm more favorable to the human being prevails. In addition, the interpretive's argumentative activity, during the constitutional interpretation, has the power to carry out effective legal-discursive integration.

Keywords: Constitutional right. International right. Human rights. Dialogue between courts. Conventionality control.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 O PLURALISMO DE FONTES: O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO INTERNO.....	16
1.1 O direito internacional contemporâneo: fatores para o aumento da complexidade e a internacionalização dos direitos.....	16
1.2 As fontes do direito constitucional.....	20
1.3 O direito internacional e o direito constitucional: interdisciplinaridade.....	28
1.4 Pluralismo constitucional: a pluralidade normativa e a relação entre o direito internacional e o direito interno.....	30
2 O DIREITO INTERNACIONAL E A SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO INTERNO.....	47
2.1 As formas de recepção dos tratados internacionais no ordenamento jurídico interno.....	51
2.2 A riqueza do direito internacional e os modos pelos quais o direito internacional pode influenciar o direito interno.....	62
2.2.1 O costume internacional: a abertura do ordenamento interno pelas fontes internacionais extraconvencionais.....	65
2.2.2 Bloco de constitucionalidade.....	66
2.2.3 Uso retórico e argumentativo da <i>ratio decidendi</i> internacional para fundamentar decisão nacional.....	68
2.2.4 Uso das leis e decisões nacionais para influenciar a redação e interpretação do direito internacional.....	68
2.2.5 A utilização de jurisprudência estrangeira pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil.....	69
2.2.6 A contribuição de Giuseppe de Vergottini para o tema do diálogo entre os tribunais.....	82
2.2.7 O direito comparado e a interpretação constitucional.....	85
2.2.8 O diálogo jurídico e a migração de ideias constitucionais.....	89
2.2.9 Diálogo entre cortes.....	94
3 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO SÉCULO XXI.....	95
3.1 Sistema constitucional.....	95
3.2 Interpretação pluralista de Peter Häberle.....	96

3.3 A força normativa da Constituição e a interpretação constitucional	99	
3.4 O papel do Poder Judiciário no século XXI e o Estado Constitucional de Direito brasileiro	101	
4 COMUNIDADE GLOBAL DE CORTES: O PLURALISMO CONSTITUCIONAL E O		
DIÁLOGO ENTRE CORTES	118	
4.1 O diálogo entre cortes nos sistemas europeu e americano de direitos humanos	122	
4.2 Diálogo judicial e constitucionalismo multinível no Brasil	129	
4.2.1 Corte Interamericana de Direitos Humanos	132	
4.3 Princípio <i>pro homine</i>	141	
4.4 Controle de convencionalidade	142	
5 O DIÁLOGO ENTRE CORTES E O EXAME DE CASOS CONCRETOS		154
5.1 Depositário infiel	154	
5.2 Exigência de diploma de curso superior para o exercício da profissão de jornalista	161	
5.3 Audiência de custódia.....	163	
5.4 Crime de desacato.....	167	
CONCLUSÕES	168	
REFERÊNCIAS	174	
ANEXO 1 – Recurso Extraordinário n. 511.961	180	
ANEXO 2 – Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.240/SP.....	183	
ANEXO 3 – Sentença da AP n. 0067370-64.2012.8.24.0023.....	185	

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem a finalidade de noticiar uma inovação constitucional que há muito merecia ter ocorrido, diante do pluralismo jurídico que vigora neste século XXI: a prática do diálogo entre cortes pelos magistrados brasileiros, principalmente através do exercício do controle de convencionalidade.

Inicialmente, vale destacar que na atualidade o direito pode ser concebido como um conjunto de sistemas que se inter-relacionam, o qual pode ser denominado como uma rede de normas, não se aplicando a forma piramidal identificada por Hans Kelsen.¹

Nesse ambiente, a argumentação jurídica, na atividade do operador do direito, assume novos contornos, pois ao exegeta não compete mais proceder à mera subsunção do fato à norma jurídica.

Com efeito, vivemos em um momento em que os direitos humanos, os direitos fundamentais e constitucionais, os tratados, as leis e códigos são fontes que falam umas às outras, de modo que os juízes devem coordenar o seu uso, o que não constitui uma tarefa fácil.

O fenômeno da descentralização da produção normativa, que não é mais competência exclusiva dos Estados, aliado ao caráter relativo, e não absoluto, das soberanias estatais, estão a exigir a coordenação pelos magistrados de todas as áreas do direito.

Por conseguinte, constata-se a interdisciplinaridade entre o direito constitucional e o direito internacional.

Nossa pretensão consiste em demonstrar que todos os magistrados brasileiros devem realizar o diálogo entre cortes para a solução de suas controvérsias, principalmente através do exercício do controle de convencionalidade.

Nesse sentido, algumas indagações podem ser colocadas:

¹ KELSSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 217.

Questionamos, de início, se o pluralismo constitucional estaria a exigir o diálogo necessário entre cortes e tribunais constitucionais e internacionais, a ser realizado pelo operador do direito.

Por consequência, cumpre indagar se o diálogo entre cortes pode ser concebido como um método para auxiliar o juiz em sua atividade interpretativa, para a solução de controvérsias neste mundo globalizado, em que inúmeros ordenamentos jurídicos estão interligados, e cujas normas estão envoltas por “anéis” que se escarnecem do velho princípio da hierarquia.

Perguntamos, ademais, se, em tempos de necessária convivência de paradigmas e métodos de extrema complexidade e pluralismo de fontes, os magistrados brasileiros devem efetuar o controle difuso de convencionalidade das leis em face dos tratados internacionais.

Indagamos se os juízes constitucionais têm realizado o controle difuso de convencionalidade, com o exame dos julgados nas questões que versam sobre a prisão do depositário infiel, necessidade da realização da audiência de custódia e desnecessidade do diploma de jornalista para o exercício da citada profissão, dentre outros.

Questionamos também se os magistrados brasileiros, que não os ministros do Supremo Tribunal Federal, têm feito controle difuso de convencionalidade, exemplificando com o reconhecimento da inconveniência do artigo 331 do Código de Processo Penal.

Indagamos, outrossim, se todo magistrado tem o poder/dever de realizar o controle de convencionalidade, que é uma forma de diálogo entre o ordenamento jurídico nacional e o ordenamento supranacional, cabendo-lhe aplicar principalmente a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, tendo como parâmetro a jurisprudência desenvolvida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Além disso, os magistrados brasileiros estariam adstritos ao disposto pelo artigo 8º do Código de Processo Civil, principalmente no que diz respeito ao resguardo e promoção da dignidade da pessoa humana, dentre outros princípios?

Por fim, pensamos ser relevante questionar se o diálogo entre cortes teria o condão de proporcionar um incentivo para a colaboração mútua e cooperação internacional.

Assim, inicialmente, procuraremos demonstrar que o intérprete constitucional, no Brasil, interpreta e aplica as normas jurídicas constitucionais ao caso concreto, utilizando-se do necessário diálogo entre sistemas nacionais e supranacionais.

Com efeito, após o advento da Segunda Guerra Mundial, criaram-se várias cortes, como Tribunal de Justiça da União Europeia, Corte Europeia dos Direitos do Homem, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, Tribunal sobre o Direito do Mar, Tribunal Militar de Nuremberg, Tribunal Internacional Militar, Tribunal para as Reclamações do Irã e dos Estados Unidos, Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

Cumpramos frisar, outrossim, a criação de órgãos de solução de conflitos que nasceram no âmbito do Acordo Geral das Tarifas e Comércio e da Organização Mundial do Comércio, com instrumentos similares no Acordo de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA).

Registre-se que, em função da importância de algumas organizações para o direito, a economia e a política mundial, seus tribunais administrativos adquiriram uma primazia, como os da Organização das Nações Unidas, da Organização Internacional do Trabalho e do Banco Mundial.

Cabe também citar o Comitê das Nações Unidas para os Direitos do Homem, o Pacto Internacional para os Direitos Civis e Políticos, a Comissão Europeia dos Direitos do Homem, a Comissão Interamericana dos Direitos do Homem e especialmente a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cujas decisões em língua portuguesa foram disponibilizadas pelo Supremo Tribunal Federal a todos os magistrados brasileiros², possibilitando uma ampliação do diálogo entre cortes.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ministro Lewandowski ressalta importância da Corte IDH para consolidação dos direitos humanos no Brasil. *Notícias STF*, 05 de abril de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=313632>>. Acesso em: 20 set. 2016.

Ao longo desta tese iremos constatar a mudança do papel do Poder Judiciário no século XXI, à luz do Estado Constitucional de Direito brasileiro, já que cabe ao juiz dizer qual dos princípios em conflito deverá prevalecer para solucionar o caso concreto, com atenção aos direitos humanos fundamentais e preservação do princípio da dignidade humana, nos termos do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal (CF) e do artigo 8º do Código de Processo Civil.

Demonstraremos, outrossim, que o fenômeno da globalização irradia seus efeitos para o mundo, sob os aspectos jurídico, cultural, social, político e econômico, exigindo, portanto, uma nova postura por parte do operador do direito, consentânea com o cenário atual.

Averiguaremos se o direito constitucional e o direito internacional estão interligados, falando-se, por consequência, em interdisciplinaridade desses institutos.

Além disso, a argumentação jurídica, na atividade do intérprete constitucional, ganha novos contornos no Estado Democrático de Direito, pois ao exegeta não compete mais proceder à mera subsunção do fato à norma jurídica, motivo pelo qual demonstraremos que os magistrados brasileiros devem fazer o controle difuso de convencionalidade.

Com efeito, mostraremos que neste século XXI vigora uma pluralidade normativa na qual o direito é concebido como novos sistemas inter-relacionados em uma rede de normas, e não exclusivamente na forma piramidal de normas identificada por Hans Kelsen.

Desse modo, iremos propor o diálogo constitucional como meio para auxiliar o exegeta constitucional em sua atividade interpretativa na solução de controvérsias, neste mundo globalizado, em que inúmeros ordenamentos jurídicos estão interligados, e cujas normas estão envoltas por anéis e não mais obedecem ao princípio da hierarquia.

Para tanto, discorreremos a respeito do direito constitucional contemporâneo não se circunscrever apenas às normas jurídicas produzidas internamente, manejando-se o conceito de soberania como um conceito relativo, de modo que os órgãos supranacionais também possam atuar na proteção dos direitos humanos.

Apresentaremos também as razões pelas quais vislumbramos o diálogo entre cortes como um instrumento jurídico que tem o condão de realizar uma integração, modulando o âmbito de aplicação das normas constitucionais, em prestígio dos direitos humanos, diálogo que tem sido utilizado no Brasil, principalmente pelo controle de convencionalidade, como comprovaremos pelo exame de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal e decisões de juízes de primeira instância, no último capítulo deste trabalho.

Em um mundo em que o nacional e o supranacional estão intimamente ligados, o diálogo entre cortes proporciona um incentivo para a mútua colaboração e cooperação internacional, tutelando em especial os direitos humanos.

Demonstraremos que no pluralismo jurídico, a predeterminação das normas, que engloba prescrições positivas, proibições e autorizações, continua a existir, mas o trabalho interpretativo passa a ser reinventado, renovando-se os modos de raciocínio jurídico, contribuindo o magistrado para a codeterminação das normas, com vistas a tutelar o direito dos direitos humanos.

Abordaremos, portanto, o pluralismo constitucional.

Na sequência, iremos estudar a influência do direito internacional sobre o direito interno, oportunidade na qual examinaremos as formas de recepção dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro, que favorecem o diálogo jurisdicional.

Investigaremos os seguintes institutos pelos quais o direito internacional pode exercer sua influência no ordenamento jurídico interno: costume internacional, bloco de constitucionalidade, uso de jurisprudência estrangeira, migração constitucional, *crossfertilization*, migração de ideias, convergência entre ordenamentos, diálogo entre tribunais, vínculo de adequação, controle de convencionalidade, interpretação conforme e pertinência a uma mesma área linguística-cultural.

No presente trabalho, comprovaremos que a recepção de tratados internacionais de direito humanos na ordem interna e o caráter aberto das cláusulas constitucionais são fatores que fomentam o diálogo entre cortes e tribunais constitucionais e internacionais.

Mostraremos que a opção pela abertura à jurisdição constitucional estrangeira deve ser amplamente praticada por todas as nações, quando se tratar de direitos humanos fundamentais, através da utilização de um modelo de interlocução, e não por mera reverência.

Apresentaremos a valorosa contribuição de Giuseppe de Vergottini para o tema do diálogo entre tribunais.

Examinaremos o controle de convencionalidade, que é uma forma de diálogo entre o ordenamento jurídico nacional e o ordenamento supranacional, e estudaremos a respeito da prevalência do critério *pro homine*, assegurando, no conflito de normas, aquela que amplie os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

Discorreremos a respeito do diálogo nos sistemas europeu e americano de direitos humanos, adentrando à análise do constitucionalismo multinível no Brasil, com a finalidade de defender a ideia de que os magistrados brasileiros podem e devem fazer o controle difuso de convencionalidade, o que será comprovado com a análise de decisões judiciais.

1 O PLURALISMO DE FONTES: O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO INTERNO

1.1 O direito internacional contemporâneo: fatores para o aumento da complexidade e a internacionalização dos direitos

Marcelo Figueiredo aponta que “o fenômeno da internacionalização dos direitos é uma realidade”.³

De acordo com o mesmo autor, o direito internacional dos direitos humanos está presente no âmbito regional e internacional, e ingressa nos Estados através das Constituições ou dos tratados internacionais, acarretando, por consequência, a produção de um novo direito constitucional, cujas características são o fato de ser mais globalizado e de possuir *standards* comuns a todos os Estados em matéria de direitos humanos.

Vale registrar que a abertura do direito interno ao direito internacional é fixada no texto constitucional, como se extrai das Constituições de Portugal de 1976 (art. 16.2⁴), da Espanha de 1978 (art. 10.2⁵), do Brasil de 1988 (art. 5º, §§ 2º e 3º⁶) e da África do Sul de 1996 (art. 39.1.c⁷).

³ FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 27.

⁴ “Art. 16º. Âmbito e sentido dos direitos fundamentais. 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de Direito Internacional. 2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos dos Homens.”

⁵ “Art. 10.2. *Las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre la mismas materias ratificados por España.*”

⁶ “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 2º 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. § 3º. 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.” (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

⁷ “Art. 39. Interpretação da Declaração de Direitos. (1) Ao interpretar a Declaração de Direitos, um tribunal, tribunal ou fórum (a) deve promover os valores subjacentes a uma sociedade aberta e democrática baseada na dignidade humana, na igualdade e na liberdade; (b) deve considerar o ‘direito internacional’; e (c) pode considerar lei estrangeira. (2) Ao interpretar qualquer legislação e ao desenvolver o direito consuetudinário ou consuetudinário, cada tribunal, tribunal ou foro deve promover o espírito, o propósito e os objetos da Declaração de Direitos. (3) A Declaração de Direitos não nega a existência de quaisquer outros direitos ou liberdades reconhecidos ou conferidos pelo direito consuetudinário, pelo direito consuetudinário ou pela

Marcelo Dias Varella afirma que o direito contemporâneo passa por um processo de transição e segue na mesma direção do processo de globalização ou mundialização, em que há um aumento da complexidade dos direitos nacionais dos Estados e do direito internacional, com a alteração da lógica normativa do direito internacional clássico, e aponta as principais características desse processo de internacionalização do direito:

- (i) integração frequente entre os direitos nacionais, o direito de sistemas regionais de integração e o direito internacional;
- (ii) multiplicação de fontes normativas, além do Estado-nação;
- (iii) multiplicação de instâncias de solução de conflitos fora do Estado;
- (iv) inexistência de hierarquia formal entre as normas jurídicas ou entre as instâncias de solução de conflitos;
- (v) acúmulo de lógicas distintas no direito nacional e internacional, cuja interação é impossível com os métodos tradicionais de solução de conflitos ou de jurisdição.⁸

Com efeito, o cenário internacional é marcado por vários processos de integração regional e multilateral de diversas naturezas, que envolvem simultaneamente inúmeros Estados.

Tem-se o fenômeno do deslocamento de fronteiras, com os processos de integração global, exemplificados com a Organização Mundial do Comércio (OMC) ou a Organização das Nações Unidas (ONU), e integração regional, tal como ocorre na União Europeia, que constitui um exemplo avançado de integração regional, e o Mercado Comum do Sul (Mercosul), a Associação das Nações do Sudeste Asiático (ASEAN) e o Acordo de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA), existindo também sistemas não institucionalizados de integração, como os tratados sobre a proteção dos direitos humanos, do meio ambiente e sobre as mudanças climáticas, dentre outros.

Vale destacar que o processo de integração mundial varia conforme o tema, como no caso das regras de direito humanitário, comandado pelo Conselho de Segurança das Organizações das Nações Unidas, que promove a construção de um direito penal obrigatório.

legislação, na medida em que sejam consistentes com a declaração de direitos”. No original: “Art. 39. *Interpretation of Bill of Rights. (1) When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum (a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom; (b) must consider ‘international law’; and (c) may consider foreign law. (2) When interpreting any legislation, and when developing the common law or customary law, every court, tribunal or forum must promote the spirit, purport and objects of the Bill of Rights. (3) The Bill of Rights does not deny the existence of any other rights or freedoms that are recognised or conferred by common law, customary law or legislation, to the extent that they are consistent with the Bill.*” (nossa tradução).

⁸ VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 27.

Além da existência de ordens jurídicas reguladas pelos Estados, no direito internacional contemporâneo há a construção de ordens jurídicas paralelas ao Estado, que estão relacionadas com diversos atores privados, tais como os da iniciativa da sociedade civil organizada, como as normas ISO 9000 e 1400.

Portanto, nesse processo de integração mundial há a descentralização das fontes, com a criação de redes paralelas ou que interagem, tanto no nível nacional, como nos níveis regional e internacional.

Além disso, os valores globais fazem com que o Estado deixe de ser o único comandante do processo de produção normativa internacional e os conceitos de ordem, de espaço e de tempo normativo escapam-lhes das mãos.

Assim, o conceito de soberania do Estado é forçado a se modificar, já que os Estados soberanos deixam de ser a fonte exclusiva da produção do direito.

Carlos Ayala Corao⁹ assinala que a soberania nacional passa a ser limitada, denominando-a como soberania dos direitos, em que o Estado é limitado pela dupla fonte constitucional e internacional, cujos objetivos e propósitos estão adstritos à proteção universal da pessoa humana.

Nesse passo, destaque-se que o surgimento da necessidade de solução de controvérsias por mecanismos interestatais constitui um fator decisivo para o aumento da complexidade e para a internacionalização dos direitos.

Anote-se que, após o advento da Segunda Guerra Mundial, criaram-se várias cortes, como, por exemplo, Tribunal de Justiça da União Europeia, Corte Europeia de Direitos Humanos, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Tribunal sobre o Direito do Mar, Tribunal Militar de Nuremberg, Tribunal Internacional Militar, Tribunal para as Reclamações do Irã e dos Estados Unidos, Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

⁹ AYALA CORAO, Carlos Manuel. *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012. (Colección Estudios Jurídicos, n. 98). p. 18.

Cumpra frisar, outrossim, a criação de órgãos de solução de conflitos que nasceram no âmbito do Acordo Geral das Tarifas e Comércio e da Organização Mundial do Comércio, com instrumentos similares no Acordo de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA).

Registre-se que, em função da importância de algumas organizações para o direito, a economia e a política mundial, seus tribunais administrativos adquiriram uma primazia, como os da Organização das Nações Unidas, da Organização Internacional do Trabalho e do Banco Mundial.

Por fim, cabe citar o Comitê dos Direitos do Homem das Nações Unidas, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, a Comissão Europeia dos Direitos do Homem, e a Comissão Interamericana dos Direitos Humanos.

Em sendo assim, nesse cenário caracterizado pela internacionalização do direito constitucional, para os fins deste estudo, cabe questionar se os operadores do direito devem atuar com observância a essa rede de normas ou se devem apenas estar focados em seus ordenamentos jurídicos internos.

Ora, pensamos que o pluralismo de fontes jurídicas está a exigir do operador do direito a alteração dos paradigmas inicialmente traçados por Hans Kelsen, devendo se abrir para essa rede de normas, principalmente no que concerne à observância aos tratados internacionais de direitos humanos e, por consequência, os julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso específico dos magistrados brasileiros.

Com efeito, no direito tradicional, os conflitos entre normas são resolvidos pelas regras de hierarquia, especificidade e temporalidade, com base na estrutura da pirâmide de normas de Hans Kelsen.

No cenário atual, contudo, faz-se necessário compreender o direito contemporâneo em novos sistemas de inter-relação, em rede de normas, não se aplicando exclusivamente a forma piramidal de normas identificada por Hans Kelsen.

Portanto, o fenômeno de deslocamento de fronteiras dos Estados, a multiplicidade de fontes do direito e a existência de valores comuns e globais em vários ordenamentos jurídicos

nacionais, voltados para a promoção da tutela da pessoa humana, estão a exigir do operador do direito a compreensão da interdisciplinaridade do direito constitucional e internacional, que o submete a essa rede de normas, com a finalidade inclusive de preservar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Destaque-se que o pluralismo de ordens jurídicas, em que as normas internacionais e nacionais se reúnem no âmbito do Estado nacional, gera inúmeros fenômenos, que serão objeto deste estudo, que refletem tanto harmonia como dissonância.

Assim, fixados os motivos que ensejaram o aumento da internacionalização dos direitos, que constitui mola propulsora do fenômeno da pluralidade de ordens jurídicas, urge examinar, no próximo tópico, as fontes do direito constitucional e, em seguida, se o direito internacional constitui uma fonte do direito constitucional, estudando-se o pluralismo constitucional e o modo pelo qual essa abertura constitucionalista ao direito internacional e aos raciocínios jurídicos desenvolvidos em outros países poderá contribuir para que o magistrado, pelo diálogo entre cortes e o controle de convencionalidade, chegue à solução de uma controvérsia.

1.2 As fontes do direito constitucional¹⁰

Como vimos no tópico anterior, o direito constitucional contemporâneo não se circunscreve apenas às normas jurídicas produzidas internamente.

Neste passo, importa indagar se o pluralismo constitucional está ou não a exigir do intérprete constitucional a realização diálogo entre cortes, principalmente através do controle de convencionalidade, para a solução das controvérsias sob sua análise, como forma de preservação do princípio da dignidade da pessoa humana.

De acordo com Marcelo Figueiredo: “Hoje, diferentemente do século passado, as normas produzidas na esfera regional ou internacional são tão ou mais importantes (não nos

¹⁰ Inicialmente, devemos dizer que compartilhamos da compreensão de Marcelo Figueiredo, no sentido de conceber o direito constitucional como o ordenamento supremo que constitui o Estado e o direito posto, e por “fonte”, a manifestação da norma jurídica no direito constitucional (FIGUEIREDO, Marcelo. *As agências reguladoras: o estado democrático de direito no Brasil e sua atividade normativa*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 81).

referimos ao tema hierárquico ou formal, mas pragmático) ao direito nacional e condicionam no mundo o conhecimento, a vigência e a interpretação do direito nacional.”¹¹

Atualmente, portanto, fala-se em interdisciplinaridade entre o direito constitucional e o direito internacional, havendo uma complexidade disciplinar que resulta, por consequência, no direito constitucional internacional, cujo fim reside em resguardar o valor da primazia da pessoa humana.

Há a dialética da relação entre Constituição e direito internacional dos direitos humanos, em que cada um dos termos da relação interfere e interage.

Portanto, cremos que a interdisciplinaridade existente entre o direito constitucional e o direito internacional, principalmente o direito internacional de direitos humanos, almeja reforçar os direitos constitucionalmente assegurados, com o fortalecimento de mecanismos nacionais de proteção da pessoa humana.

Passemos ao exame das fontes do direito constitucional, tendo-se em mente que o direito constitucional contemporâneo não se limita às normas jurídicas produzidas internamente.

José Horácio Meirelles Teixeira apresenta os três principais enfoques da expressão “fontes do direito”: (i) causa eficiente, origem do direito; (ii) órgãos do Estado, de que emanam as normas jurídicas; (iii) modos ou formas de revelação das normas jurídicas, como podemos conferir:

a) na primeira acepção, designa-se por “fonte do Direito” a causa eficiente da sua existência, a que lhe explica a própria origem e o fundamento. Neste sentido, para uns, o Direito resultaria, pura e simplesmente, da vontade do Estado, cuja expressão típica é a lei; para outros, dos fatos sociais, como resultante da própria vida social; [...] até atingir, afinal, a fase de elaboração racional e reflexiva, representada pela lei; para outros, o Direito resultaria de um contrato tácito entre os membros da coletividade, e, portanto, do consenso e da vontade humana; para outros, ainda, de um Direito Natural, isto é, de certas relações necessárias, derivadas da própria natureza das coisas [...]; finalmente, para outros, o Direito encontra sua explicação e fundamento na própria natureza social do homem, das suas necessidades como indivíduo e como membro do grupo social, e das necessidades desse mesmo grupo, as quais se concretizam todas no Bem Comum. [...]

¹¹ FIGUEIREDO, Marcelo, *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil*, cit., p. 28.

b) Na segunda acepção, por “fonte do Direito” significaríamos os *órgãos do Estado, de que dimanam as normas jurídicas*, e teríamos, [...], como fontes do Direito Constitucional as Assembleias Constituintes, o Poder Legislativo, o Poder Executivo [...] e [...] também o Poder Judiciário, através dos juízes e dos tribunais.

c) Finalmente, podemos ainda designar por fontes do Direito os *modos ou formas de elaboração ou revelação da norma jurídica* – e é justamente neste sentido que nos interessa aqui indagar quais sejam as fontes do direito constitucional. Trata-se, aqui, segundo terminologia de alguns autores, de fontes “*juris cognoscendi*”, ao passo que na primeira e na segunda acepção de fontes “*juris essendi*”.¹²

Neste trabalho, utilizaremos o enfoque dado por Meirelles Teixeira, que vislumbra a fonte do direito como modo ou forma de elaboração ou revelação da norma jurídica.

Segundo Meirelles Teixeira, as fontes do direito constitucional se dividem em fontes imediatas, ou primárias, diretas, positivas, e fontes mediatas, ou subsidiárias, indiretas.

De acordo com o autor, a fontes *imediatas* são aquelas que revelam diretamente o Direito, tais como a Constituição, leis, decretos, regulamentos, ao passo que as fontes mediatas são as que revelam indiretamente, ou seja, através, ou pela força ou autoridade de uma fonte imediata, como os costumes, a jurisprudência, a doutrina, os princípios gerais do direito, as convicções sociais vigentes, a ideia de justiça e manifestações diversas da consciência jurídica nacional.

Ao discorrer a respeito da Constituição como a fonte máxima do direito constitucional, Meirelles Teixeira destaca que:

É a Constituição [...] o instrumento das decisões políticas fundamentais da Nação, e nela se exprimem as normas jurídicas relativas à estrutura do Estado, à competência de seus órgãos, aos seus fins essenciais, aos limites de sua atuação e aos direitos e deveres dos cidadãos. [...] Só a Constituição não conhece norma jurídica que lhe seja superior, e daí dizer-se que a Constituição é uma forma de produção *originária*, de produção do Direito, pois que nela se estabelecem as normas fundamentais de um sistema jurídico, é nela que se encontra o seu nascimento, sem apoio em nenhuma norma positiva prévia.¹³

Nessa seara, a Constituição representava a fonte máxima do direito constitucional e todas as outras normas retiravam dela seu fundamento de validade.

¹² TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Texto revisto e atualizado por Maria Garcia. 2 ed. Rio de Janeiro: Conceito Editorial, 2011. p. 46.

¹³ *Ibidem*, p. 48-49.

Hoje, no entanto, cremos que a multiplicidade das fontes normativas e a existência de valores globais comuns, ambos voltados para a promoção dos direitos humanos, acarretam a unificação dos direitos constitucional e internacional.

Ao examinar a jurisprudência como fonte mediata do direito constitucional, Meirelles Teixeira aponta que alguns a consideram fonte apenas em sentido relativo, impróprio, e outros lhe negam tal qualidade, não obstante o autor ressalte que, mesmo em países de Constituição rígida como o nosso, a jurisprudência desempenha um relevante papel no processo de unificação dos conteúdos constitucionais, de generalização, desdobramento e concretização desses conteúdos.

Por sua vez, Paulo Bonavides¹⁴ assinala que no direito constitucional podemos distinguir duas modalidades de fontes: as escritas e as não escritas.

O mesmo autor revela que as fontes escritas englobam: a) as leis constitucionais; b) as leis complementares ou regulamentares, nas quais estão inseridas as leis ordinárias, que fazem com que inúmeros preceitos constitucionais tenham aplicação; c) as prescrições administrativas, contidas em regulamentos e decretos; d) os regimentos das Casas do Poder Legislativo, ou do órgão máximo do Poder Judiciário; e) os tratados internacionais, as normas de direito canônico, a legislação estrangeira, as resoluções da comunidade internacional pelos seus órgãos representativos, sempre que o Estado os aprovar ou reconhecer.

De acordo com Paulo Bonavides, a jurisprudência e a doutrina também são fontes do direito constitucional, como destaca:

[...]

f) a jurisprudência, não obstante o caráter secundário que as normas aí revestem, visto que, em rigor, a função jurisprudencial não cria Direito, senão que se limita a revelá-lo, ou seja, a declarar o Direito vigente (sua importância constitucional é, todavia, extraordinária, atestada pelo exemplo dos Estados Unidos, onde as sentenças da Suprema Corte, conforme assinala Sanchez Agesta, integram quase metade da Constituição); g) e, finalmente, a doutrina, a palavra dos tratadistas, a lição dos grandes Mestres, que desde Savigny se reputa uma das fontes do Direito, com o caráter auxiliar de fonte instrumental ou de conhecimento, e não propriamente de fonte técnica.¹⁵

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 30. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 50.

¹⁵ *Ibidem*, p. 50-51.

Segundo Paulo Bonavides, duas são as fontes não escritas do direito constitucional: o costume e os usos constitucionais.

O costume se constitui “quando a prática repetida de certos atos induz uma determinada coletividade à crença ou convicção de que esses atos são necessários ou indispensáveis”¹⁶. Sua constituição independe da intervenção dos órgãos de um grupo social e se funda no consentimento tácito que o uso reiterado autoriza.

O costume é importante para o direito constitucional, pois ele completa e modifica a Constituição.

A segunda categoria das fontes não escritas, composta pelos usos constitucionais, encontra maior relevância nos países desprovidos de Constituição escrita, como na Inglaterra – chamados de *conventions of the Constitution*, como a convocação do Parlamento e a dissolução dos Comuns – e nos Estados Unidos, cujos usos constitucionais tratam das convenções partidárias e do funcionamento do Poder Executivo, sendo, portanto, matérias constitucionais de grande importância.

Marcelo Figueiredo assinala que é imprescindível ter em mente que a Constituição é a fonte primeira e primária do direito constitucional (positivo), destacando que:

A Constituição define, ela própria, o sistema de fontes formais do direito. É ela a fonte das fontes. Inaugurando um novo sistema, original, portanto, configura e estrutura “toda uma ordem jurídica” com rigidez e superioridade.

[...]

Assim, o tema das fontes imbrica-se no nosso modelo, com a) a rigidez constitucional; b) a distinção entre o poder constituinte originário e derivado, que fundamenta a distinção já comentada; c) e a própria estrutura do documento constitucional, suas opções políticas, ideológicas, em uma palavra seu fundamento essencial.¹⁷

O autor refere que a jurisdição constitucional não pode ser classificada rigorosamente como fonte de produção do direito constitucional, embora exerça relevante papel na interpretação e concreção, ou efetividade, do direito constitucional contemporâneo.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 51.

¹⁷ FIGUEIREDO, Marcelo, *As agências reguladoras: o estado democrático de direito no Brasil e sua atividade normativa*, cit., p. 82-83.

Atualmente, o Estado Democrático de Direito está centrado no princípio da constitucionalidade e, em face da insuficiência da lei, ou dos abusos praticados pelo Parlamento, é que os direitos humanos e suas garantias e os direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, foram reconhecidos e fortalecidos diante do alvedrio do administrador público.¹⁸

Marco Geraldo Monroy Cabra divide as fontes do direito constitucional em materiais e formais. As fontes materiais são a realidade constitucional: fatores econômicos, sociais, políticos, religiosos e históricos. As fontes formais são representadas pela Constituição e pelas leis. O direito internacional passa a ser considerado como fonte de direito constitucional, ainda que com distinto valor e com diversas modalidades, segundo o previsto no ordenamento jurídico respectivo, cujos modos de recepção dos tratados internacionais serão examinados em tópico próprio. As fontes não formais são constituídas pelo costume constitucional, princípios e valores constitucionais. A doutrina constitucional se trata de uma fonte auxiliar, ao passo que a jurisprudência constitucional é considerada fonte principal por grande parte da doutrina.¹⁹

Roberto Dias e Michael Freitas Mohallem apontam haver um processo de convergência entre as famílias jurídicas dos sistemas de *civil law* e *common law*, na medida que os sistemas de *civil law* passam por transformações, tornando o precedente de decisões judiciais fonte do direito.

De acordo com esses autores, a Emenda Constitucional n. 45/2004 introduziu o princípio do *stare decisis*, através do instrumento da repercussão geral e das súmulas vinculantes, o que, aliado à interpretação concretista do mandado de injunção, e principalmente à via concentrada do controle de constitucionalidade, são amostras da importância do sistema de precedentes na resolução de litígios.²⁰

¹⁸ FIGUEIREDO, Marcelo, *As agências reguladoras: o estado democrático de direito no Brasil e sua atividade normativa*, cit., p. 96.

¹⁹ MONROY CABRA, Marco Gerardo. El derecho internacional como fuente del derecho constitucional. *ACDI: Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Bogotá, Universidad del Rosario, v. 1, p. 109, 2008. Disponível em: <<http://revistas.urosario.edu.co/index.php/acdi/article/view/131/99>>. Acesso em: 30 out. 2016.

²⁰ DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede internacional de cortes constitucionais. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais: RBEC*, Belo Horizonte, Fórum, v. 8, n. 29, p. 391, maio/ago. 2014.

Mireille Delmas-Marty diz que, na atualidade, “pedimos marcos, e não demasiadas fontes”.²¹

No Ocidente, o Estado e a lei, na tradição romano-germânica, são os pontos de referência históricos, onde o direito identificou-se com o Estado, separando-se da moral e da religião.

A lei é a fonte estatal por excelência e se tornou a principal fonte no final do século XVII, ao estabelecer a ordem jurídica de que temos conhecimento.

Mireille Delmas-Marty, ao tratar da lei como fonte máxima do direito, diz se tratar de “mapa em relevo em que a pirâmide das normas domina a paisagem, dando visibilidade e estabilidade à ordem jurídica instituída”.²²

No entanto, a mesma autora revela que os componentes dessa paisagem se espalharam devido à “*retirada de marcos, de surgimento de fontes* novas que acabariam relegando o Estado e a lei à categoria de acessório e de *deslocamento das linhas* que modificam o plano de composição, de modo que as pirâmides [...] fiquem como que cercadas de anéis estranhos que se escarnecem do velho princípio da hierarquia”.²³

Mireille Delmas-Marty explicita:

Romper com um saber jurídico cristalizado, sem meio de agir sobre uma realidade que se move a todo momento e deixa os territórios que lhe eram atribuídos para inventar para si outros espaços, infra ou supraestatais.

[...]

De agora em diante, a paisagem se transformou a ponto de esse sistema já não poder funcionar, mesmo como ideal modelar. É que, para além da retirada dos antigos marcos, o surgimento de novas fontes, a multiplicidade e a variabilidade delas modificaram todo o processo de geração do direito.²⁴

Por sua vez, Paolo Biscaretti Di Ruffia, ao discorrer sobre os atos de produção jurídica, diz que no ordenamento jurídico italiano há a complexa hierarquia dos seguintes atos de produção jurídica: (1) fontes superprimárias, representadas pela Constituição e pelas leis

²¹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 4. (Justiça e Direito).

²² *Ibidem*, p. 4.

²³ *Ibidem*, p. 4.

²⁴ *Ibidem*, p. 5 e 117.

formalmente constitucionais; (2) fontes primárias, consistente nas leis formais e os atos equiparados do Poder Executivo, como os decretos legislativos e decretos-leis; e (3) fontes secundárias, como, por exemplo, os regulamentos estatais que emanam de órgãos do Poder Executivo e os contratos coletivos de trabalho, válidos para aqueles que pertencem às categorias interessadas, *in verbis*:

É determinada, portanto, uma importante tripla classificação entre as fontes mencionadas: superprimárias (Constituição e constitucionais), primárias (leis formais e outros atos de eficácia equivalente, como decretos legislativos, com a subespécie de leis delegadas e decretos, com a subespécie dos decretos-leis) e secundárias (regulamentos estatais). Mas a multiplicidade variada das mesmas fontes (todas hospedadas na lei italiana atual), mesmo que, à primeira vista, pareça confusa e incerta, vai, no entanto, especificando e ordenando seus diversos elementos através do estudo detalhado que se fará em relação a órgãos específicos (constituintes e de revisão constitucional, legislativo e executivo) aos que àquelas se pode imputar.²⁵

Paolo Biscaretti Di Ruffia disserta a respeito das fontes indiretas do ordenamento estatal, ao relatar que há normas jurídicas produzidas em outros ordenamentos originários, como, por exemplo, as normas da comunidade internacional e as dos Estados estrangeiros, que podem assumir alguma relevância no ordenamento estatal, na medida que normas estatais lhes conferem relevância.

O mesmo autor refere que na Itália, bem como nos demais Estados membros da União Europeia, tem-se determinado a aplicação imediata das normas dos demais ordenamentos jurídicos, como consequência da adesão dos Estados à União Europeia.²⁶

Em sendo assim, embora outrora a Constituição fosse considerada a fonte máxima e única do direito constitucional, como vimos acima, atualmente temos inúmeras fontes a embasar nosso ordenamento jurídico, dado que o direito internacional mescla-se ao direito nacional, como será objeto de estudo no próximo tópico.

²⁵ No original: “*Se determina, por conseguinte, una triple clasificación jerárquica fundamental entre las fuentes mencionadas: superprimarias (Constitución y constitucionales), primarias (leyes formales y otros actos de eficacia equivalente, como decretos legislativos, con la subespecie de las leyes delegadas, y las ordenanzas de necesidad, con la subespecie de los decretos-leyes) y secundarias (reglamentos estatales). Pero la variada multiplicidad de las mismas fuentes (todas ellas acogidas en el actual ordenamiento italiano), aun cuando a primera vista parece desordenada y poco clara, se irá, no obstante, precisando y ordenando en sus distintos elementos a través del estudio detallado que se hará en relación con los órganos particulares (constituyentes y de revisión constitucional, legislativos y ejecutivos) a los que aquéllas se pueden imputar.*” (BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho constitucional*, cit., p. 152 – nossa tradução).

²⁶ BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho constitucional*, cit., p. 157.

1.3 O direito internacional e o direito constitucional: interdisciplinaridade

Inicialmente, devemos dizer que há novos paradigmas a permear a relação entre o direito internacional e o direito nacional.

Destaque-se que o mundo jurídico era extremamente nacionalizado, resultando na primazia do direito nacional.

Entretanto, na medida que os bens de consumo passaram a ser produzidos em diferentes países e vendidos em localidades de diversas nacionalidades, por força da globalização mundial, surgiram inúmeras consequências no mundo, sob os enfoques jurídico, político, social e econômico.

Assim, podemos dizer que o mundo atual não é nacionalizado e que a globalização acarreta vários impactos, quer sob o âmbito jurídico, quer sob o âmbito político, social ou cultural, motivo pelo qual devemos pensar em novos paradigmas do direito internacional e do direito nacional.

Segundo Marcelo Figueiredo, podemos falar em constitucionalismo global, sendo certo que são elementos para essa nova ordem jurídica global:

- a) os direitos humanos ou fundamentais;
- b) as necessidades básicas para o povo;
- c) o multiculturalismo;
- d) o meio ambiente;
- e) a democracia;
- f) a segurança internacional.²⁷

Registre-se que, para esse autor, “as mais novas conquistas dos direitos humanos não somente obrigam continuamente os Estados a ajustar o seu direito nacional, mas também o direito constitucional”.²⁸

²⁷ FIGUEIREDO, Marcelo. La internacionalización del orden interno en clave del derecho constitucional transnacional. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords.). *Estudos avançados de direitos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 149.

²⁸ FIGUEIREDO, Marcelo, *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil*, cit., p. 29.

Assim, um tipo de Constituição e interpretação constitucional elástica, que dotam de permeabilidade o ordenamento jurídico, em prol dos *standards* internacionais, representados pela proteção dos direitos humanos, garantia de padrões democráticos e dos princípios jurídicos de ordem econômica internacional, traduzem melhor a capacidade de resposta frente a tensões entre o direito interno e o direito internacional.²⁹

Anote-se, outrossim, que o direito interno e o direito internacional atuam em conjunto e se auxiliam mutuamente no processo de expansão e fortalecimento dos direitos humanos, inclusive na tutela de proteção do ser humano.

Destaque-se, ademais, que o direito internacional não encontra seu fundamento no poder popular, como ocorre com o direito interno, mas sim na soberania do Estado constituído.

O direito internacional é dotado de outras fontes formais que lhe permitem sustentar-se como um sistema jurídico diferente dos sistemas jurídicos internos de cada Estado.

Atualmente, o conceito de soberania deve ser entendido e manejado como um conceito relativo, de modo que órgãos supranacionais podem atuar na proteção dos direitos humanos.

Com efeito, o processo de internacionalização dos direitos, o direito cosmopolita, constitui um meio imprescindível para a busca da paz e para a tutela da cidadania universal.

Discorrendo a respeito da retirada de marcos, Mireille Delmas-Marty ressalta:

É que a própria dinâmica do mercado impõe a retirada dos marcos, não só no plano nacional, porém mais ainda em escala internacional – e sobretudo europeia. Sensível também [...] no que toca ao setor biomédico, essa dinâmica tropeça todavia noutro aspecto de internacionalização do direito, que talvez prenuncie precisamente uma recomposição da paisagem: o aparecimento de novas proibições – de novos marcos – que procedem da emergência de um direito dos direitos do homem com vocação supranacional.³⁰

²⁹ FIGUEIREDO, Marcelo, La internacionalización del orden interno en clave del derecho constitucional transnacional, in *Estudios avanzados de derechos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*, cit., p. 150.

³⁰ DELMAS-MARTY, Mireille, *Por um direito comum*, cit., p. 42.

A mesma autora afirma que o fenômeno da internacionalização do direito está ligado ao surgimento de fontes novas de direito e ao enfraquecimento das fontes tradicionais “da lei ao juiz, dizíamos a propósito da periculosidade e da solidariedade; do Estado à comunidade internacional”.³¹

André de Carvalho Ramos revela que o Brasil aderiu no século XXI a inúmeros tratados, em diversos planos (universal, regional) e temas (gerais, setoriais), e tem acatado diversos diplomas normativos de *soft law*, asseverando, sob a ótica do alcance, que “a influência do Direito Internacional atinge todos os temas da conduta social nacional, mostrando uma impressionante força expansiva de suas normas”.³²

Marco Geraldo Monroy Cabra³³ afirma que o direito internacional, seja consuetudinário ou convencional, se tornou uma fonte do direito constitucional, como produto dos conceitos de globalização e da interdependência que caracterizam o mundo atual, o que gera, por consequência, a necessidade de as Constituições modernas disciplinarem a incorporação do direito internacional ao direito interno, bem como a hierarquia e a solução dos conflitos entre os ordenamentos jurídicos.

Acreditamos, dessa forma, restar demonstrado que há uma interação, uma interdisciplinaridade entre o direito internacional e o direito constitucional.

1.4 Pluralismo constitucional: a pluralidade normativa e a relação entre o direito internacional e o direito interno

O estudo da pluralidade das ordens jurídicas é objeto da análise de diversos autores estrangeiros e possui várias denominações, como, por exemplo, constitucionalismo multinível (Pernice), pluralismo constitucional (Walker), interconstitucionalidade (Canotilho), transconstitucionalismo (Neves), constitucionalismo transnacional (Aragon Reyes).

³¹ DELMAS-MARTY, Mireille, *Por um direito comum*, cit., p. 44.

³² RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 106/107, p. 497-498, jan./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67955/70563>>. Acesso em: 30 out. 2016.

³³ MONROY CABRA, Marco Gerardo, *El derecho internacional como fuente del derecho constitucional*, cit., p. 108.

No presente trabalho, utilizaremos a expressão pluralismo constitucional.

Primeiramente, urge frisar que o exame do presente é necessário ao estudo em tela, na medida que precisamos avaliar se o pluralismo constitucional tem o condão de exigir, ou não, do operador do direito uma nova postura para solucionar os casos que lhe são trazidos à baila, especialmente no que concerne à realização do diálogo entre cortes.

Cabe, portanto, examinar o pluralismo constitucional, principalmente no que concerne às suas origens, definição, efeitos, dentre outros enfoques, para, posteriormente, chegar a uma resposta à indagação acima feita.

Aida Torres Pérez, ao dissertar sobre o pluralismo constitucional, revela que o processo de integração europeia apresenta uma dupla transformação: (1) a “constitucionalização” da integração da União Europeia e (2) a “europeização” da Constituição, sendo consequência dessas transformações um novo cenário para o exercício do poder público, no qual a distinção entre o nacional e o internacional se torna cada vez mais porosa.³⁴

Constatamos que a proliferação das fontes do direito, as quais ultrapassam as fronteiras do Estado, enseja o desenvolvimento de novas formas para a estrutura do poder público, motivo pelo qual Aida Torres Pérez afirma que o pluralismo constitucional constitui a melhor opção para um mundo globalizado, em crescente transformação, e se trata de um modelo em que coexiste um conjunto de ordenamentos jurídicos, em parte separados, mas

³⁴ “O discurso baseado na supremacia, nacional ou supranacional, segue ressonando tanto em sede política como judicial. Não obstante, um modelo hierárquico não responde à realidade europeia, nem oferece o melhor marco para estruturar as relações entre o nacional e o supranacional. O modelo pluralista oferece uma explicação mais adequada à realidade e também pode contribuir para a legitimidade da estrutura do poder público, desde a perspectiva do equilíbrio institucional (*checks and balances*). Esta aproximação não significa aceitar o *status quo* como satisfatório. Trata-se de um modelo que, todavia, está em desenvolvimento, sobretudo no que se refere às suas implicações para o projeto institucional e a resolução de conflitos”. No original: “*El discurso basado en la supremacia, nacional o supranacional, sigue resonando tanto en sede política como judicial. No obstante, un modelo jerárquico no responde a la realidad europea, ni ofrece el mejor marco para estructurar las relaciones entre lo nacional y lo supranacional. El modelo pluralista ofrece una explicación más adecuada a la realidad y también puede contribuir a la legitimidad de la estructura del poder público, desde la perspectiva del equilibrio institucional (checks and balances). Este planteamiento no significa aceptar el status quo como satisfactorio. Se trata de un modelo que todavía está en desarrollo, sobre todo en lo que se refiere a sus implicaciones para el diseño institucional y la resolución de conflictos.*” (TORRES PÉREZ, Aida. En defensa del pluralismo constitucional. In: UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio; JÁUREGUI BERECIARTU, Gurutz (Coords.). *Derecho constitucional europeo: actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, celebrado en el Palácio Miramar – Donostia-San Sebastián los días 4 y 5 de febrero 2010, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 177 – nossa tradução).

interdependentes, cujas respectivas normas fundacionais-constitucionais não estão hierarquicamente ordenadas.³⁵

A mesma autora cita que “a Constituição [...] é a norma suprema de um ordenamento jurídico que regula de maneira abrangente o exercício do poder público sobre um determinado território”.³⁶

Ela destaca, entretanto, que o impacto da integração sobre a Constituição se projeta com relação ao seu alcance e ao seu conteúdo, e sugere que, embora não haja modificação do enunciado constitucional, deve-se, no mínimo, reconhecer que a integração da União Europeia implica uma modulação do âmbito de aplicação das normas constitucionais e deve se fazer uma releitura das diversas cláusulas constitucionais à luz da integração, na medida que a transferência de poderes não modifica o texto constitucional, mas sim seu alcance e sua compreensão.

Diante do processo de integração e da progressiva transferência de poderes, as Constituições dos Estados que compõem a União Europeia deixam de regular de maneira suprema o exercício do poder público sobre os territórios dos Estados, necessitando serem complementadas por tratados da União Europeia, motivo pelo qual “o conceito mesmo de Constituição está comprometido”³⁷, devendo ser reconceituado.

Ao examinar a constitucionalização da integração, Aida Torres Pérez³⁸ questiona se é possível existir uma Constituição, em nível supranacional, em que haveria uma norma

³⁵ TORRES PÉREZ, Aida, En defensa del pluralismo constitucional, in *Derecho constitucional europeo...*, cit., p. 155-156.

³⁶ No original: “*la constitución [...] es la norma suprema de un ordenamiento jurídico que regula de manera omnicomprensiva el ejercicio del poder público sobre un territorio determinado.*” (TORRES PÉREZ, Aida, En defensa del pluralismo constitucional, in *Derecho constitucional europeo...*, cit., p. 156 – nossa tradução).

³⁷ No original: “*el concepto mismo de constitución queda comprometido*” (TORRES PÉREZ, Aida, op. cit., p. 159 – nossa tradução).

³⁸ “Seguramente, a maior dificuldade para atribuir a denominação de constituição ao ordenamento europeu se encontraria no elemento fundacional-constitutivo desde a perspectiva de atribuir-se a vontade de um povo europeu. A legitimidade da constituição como fonte última do poder está baseada em ser expressão da vontade de autogoverno de um povo que se erige em poder constituinte. Em contraposição, a criação do ordenamento europeu não corresponde à vontade de um povo europeu, mas ao consentimento dos Estados, de acordo com suas constituições respectivas”. No original: “*Seguramente, la mayor dificultad para atribuir la denominación de constitución al ordenamiento europeo se encontraría en el elemento fundacional-constitutivo desde la perspectiva atribuirse la voluntad de un pueblo europeo. La legitimidad de la constitución como fuente última del poder está basada en ser expresión de la voluntad de autogobierno de un pueblo que se erige en poder constituyente. En contraposición, la creación del ordenamiento europeo no corresponde a la voluntad de un pueblo europeo, sino al consentimiento de los Estados, de acuerdo con sus constituciones respectivas.*” (TORRES PÉREZ, Aida, op. cit., p. 161 – nossa tradução).

suprema e rígida, um Tribunal de Justiça da União Europeia e uma Carta de Direitos Fundamentais.

Entretanto, a autora alerta que a existência dessa Constituição, em nível supranacional, esbarraria na perspectiva da legitimidade, que constitui um óbice para a conceituação dos tratados como uma Constituição supranacional, já que a criação do ordenamento europeu não corresponde à vontade popular, mas sim ao consentimento dos Estados, como preconizam suas respectivas Constituições, o que não corresponde ao exercício do poder constituinte.

Nesse passo, a mesma autora propõe um novo conceito de Constituição, para fins de se obter um panorama completo da estrutura do poder público exercido no território do Estado, devendo ser consultada tanto a Constituição nacional como a supranacional, estabelecendo-se, assim, uma relação de complementariedade, e não de hierarquia.

Aida Torres Pérez apresenta o pluralismo constitucional como um novo modelo normativo para a estruturação do poder público, que explica melhor a realidade, e o define da seguinte forma: “O pluralismo constitucional se define como um conjunto de ordenamentos jurídicos que interagem, cada um com sua própria constituição, mas sem que estejam hierarquicamente ordenados.”³⁹

Em sendo assim, pensamos que o pluralismo constitucional está a exigir do operador do direito uma nova postura, já que não pode se circunscrever apenas à Constituição de seu Estado, mas deve observar o conjunto de ordenamento jurídicos que se interconectam na busca da tutela da pessoa humana.

Urge, portanto, ao operador do direito a adoção de uma postura que atenda às necessidades trazidas pelo pluralismo constitucional.⁴⁰

³⁹ No original: “*El pluralismo constitucional se define como un conjunto de ordenamientos jurídicos que interactúan, cada uno con su propia constitución, pero sin que estén jerárquicamente ordenados.*” (TORRES PÉREZ, Aida, En defensa del pluralismo constitucional, in *Derecho constitucional europeo...*, cit., p. 165 – nossa tradução).

⁴⁰ TORRES PÉREZ, Aida, op. cit., p. 167-174.

Além de exigir uma nova visão do intérprete constitucional, que deve ter um olhar, no caso do Brasil, para a Constituição e para os tratados internacionais de direitos humanos, importa frisar que o diálogo aparece como uma solução para todo o operador do direito.

Com efeito, Aida Torres Pérez discorre sobre o diálogo como uma forma dos participantes apresentarem suas pretensões, recorrendo a valores compartilhados, e menciona que as principais objeções ao modelo pluralista estão relacionadas com o princípio da segurança jurídica, na medida que há a ausência de uma fonte última de validade da qual derivem todas as normas jurídicas, e com o princípio democrático, pois, nesse novo modelo, os cidadãos surgem como autores coletivos de normas que os vinculam e que nem sempre derivam de suas fontes nacionais, não se sujeitando às suas Constituições.

Ademais, há o fortalecimento relativo do Poder Executivo, com a internacionalização dos processos de produção normativa, em prejuízo do Legislativo, o que também pode malferir a democracia representativa. No entanto, defende que a maior virtude do pluralismo constitucional advém da noção de equilíbrio institucional em que as diversas instituições participam da criação e aplicação do direito, colaborando e se limitando mutuamente, sem que se possa reclamar a autoridade última.

O pluralismo constitucional é uma oportunidade de estabelecer *checks and balances* entre as diversas instituições que intervêm no exercício do poder público, sugerindo que deve ser abandonada a concepção monolítica de Estado, concebendo-se o novo ordenamento como um conjunto de instituições que se conectam e se limitam mutuamente.

Através do diálogo, há troca de argumentos e são atingidos resultados interpretativos mais adequados à comunidade como um todo.

A autora refere que a ausência de uma autoridade suprema e a interdependência de objetivos, funções e instituições de garantia, em um mundo em que o nacional e o supranacional estão intimamente ligados, proporcionam incentivos positivos para o diálogo, em um processo de mútua adaptação, e anota que o pluralismo é extensível a outros sistemas de direito, além do Estado, nos quais os sistemas internacionais de proteção dos direitos contam com tribunais de jurisdição obrigatória, exemplificando com o Convênio Europeu de

Direitos Humanos, a Organização das Nações Unidas e a Organização Mundial do Comércio, como instituições que sofrem constitucionalização, do mesmo modo que a União Europeia.⁴¹

Pensamos, dessa forma, que o pluralismo constitucional exige nova postura do intérprete constitucional e que o diálogo demonstra ser uma forma de se observar o conjunto de ordenamentos jurídicos que se interconectam, todos com a missão de elevar a primazia da pessoa humana.

Por sua vez, Mireille Delmas-Marty disserta a respeito da necessidade de um direito comum “a diferentes Estados dentro da perspectiva de uma harmonização que não lhes imponha renunciar a sua identidade cultural e jurídica”⁴², em face da diversidade de normas na ordem jurídica. Direito comum que seja acessível a todos, consagrado como verdade compartilhada, relativa e evolutiva, e não imposto hierarquicamente, como verdade revelada pelos intérpretes oficiais, e que tenha o condão de assegurar a coerência de cada sistema, não obstante a especialização crescente das regras.

Portanto, existe a necessidade de se criar um direito comum para vários Estados, diante da diversidade de normas na ordem jurídica, em que se reconhece aos direitos humanos o papel de um “direito dos direitos”, com a finalidade de se harmonizarem os diversos sistemas.

A citada autora salienta que um direito comum que respeite a pluralidade de normas jurídicas enseja uma nova perspectiva das lógicas jurídicas, que possibilite “*pensar o múltiplo*, sem com isso reduzi-lo à alternativa binária, excluir ou impor a identidade”.⁴³

Desse modo, segundo a mesma autora, é que se pode “através e para além do pluralismo e da complexidade dos sistemas de direito, *reinventar o direito comum*”.⁴⁴

⁴¹ TORRES PÉREZ, Aida, En defensa del pluralismo constitucional, in *Derecho constitucional europeo...*, cit., p. 177-178.

⁴² DELMAS-MARTY, Mireille, *Por um direito comum*, cit., Prefácio, p. IX.

⁴³ *Ibidem*, p. XII.

⁴⁴ *Ibidem*, p. XII.

Na França, há três momentos, ora alternativos, ora cumulativos, que se notam ao mesmo tempo, em graus distintos: internacionalização, descentralização e privatização das fontes do direito.⁴⁵

Segundo a mesma autora, a internacionalização das fontes do direito ocorre tanto na Europa como nos Estados Unidos e na República Popular da China, existindo grande oposição a qualquer modo de internacionalização que implique reciprocidade de um real controle supranacional e hegemonia de um Estado que imponha suas normas a todos os outros.

A autora aponta como balizas do caminho que se deve percorrer para avaliar as condições de possibilidade do pluralismo jurídico: prescrever, interpretar e legitimar.⁴⁶

A predeterminação (no sentido amplo do termo, que engloba prescrições positivas, proibições, autorizações) continua a existir, não obstante a prescrição esteja enfraquecida, diante da multiplicidade e variedade das novas fontes do direito, contrapondo-se, por consequência, a um sistema de direito integrado, com normas prescritas, de modo preciso e unívoco, que não admitam margem de apreciação no processo interpretativo.

⁴⁵ “A Europa é feita de instituições jurídicas diversas. Cada uma delas se constituiu segundo suas próprias regras e vive como uma entidade autônoma. Entidade principalmente econômica, a Comunidade Europeia organiza a livre circulação de pessoas e das mercadorias dentro da perspectiva da abertura das fronteiras entre os doze países do Mercado Comum. Daí o nascimento de um direito ‘comunitário’ oriundo do Tratado de Roma e do direito derivado, sendo a unidade de interpretação assegurada pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, que tem sede em Luxemburgo. De seu lado, o Conselho da Europa, cooperação política que agrupa hoje mais de trinta Estados (como os da Europa central e oriental), adotou em 1950 a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e criou a Comissão e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, sediados em Estrasburgo, e podem recorrer-lhes um Estado ou uma pessoa vítima de uma violação dos direitos reconhecidos pela Convenção, controlam o respeito desses direitos e podem conceder à vítima uma ‘satisfação equitativa’.” (DELMAS-MARTY, Mireille, *Por um direito comum*, cit., p. 47).

⁴⁶ Mireille Delmas-Marty disserta que a concepção monista do direito é substituída por uma concepção pluralista, em que a margem nacional de apreciação convive com a margem europeia de controle: “Pluralista, no sentido de que dá lugar simultaneamente a duas ordens jurídicas que não são totalmente independentes nem totalmente subordinadas uma em relação à outra. Trata-se de controle restrito, portanto de uma ‘primazia europeia relativa’, poder-se-ia dizer, ou de controle estendido, portanto, de uma ‘soberania nacional controlada’, o processo descrito mostra bem que, entre a soberania absoluta (independência ou justaposição dos dois conjuntos) e a primazia do direito europeu (dependência ou subordinação de um ao outro), é possível considerar uma coordenação que ordenaria, umas em relação às outras, ordens jurídicas parcialmente distintas [...]. Jurídico, desde que, a respeito de critérios de juridicidade que será preciso definir, esse pluralismo seja suficientemente ordenado para que a retirada de marcos, o surgimento de fontes e o deslocamento das linhas não signifiquem somente desordem e decomposição da paisagem, mas anunciem uma recomposição cujas linhas diretrizes ainda estão por apreender.” (DELMAS-MARTY, Mireille, op. cit., p. 110-111).

O trabalho interpretativo, por sua vez, passa a ser reinventado, renovando-se o modo de raciocínio jurídico, em que “o juiz, como vimos, contribui cada vez mais, na margem que lhe cabe, para a codeterminação das normas”⁴⁷, o que representa um fator importante para o presente estudo, já que, além do pluralismo constitucional exigir do operador do direito uma ampla visão, a interpretação se transforma em um instrumento do juiz para a codeterminação das normas, tudo, no entanto, com observância do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, a legitimação encontra guarida no “direito dos direitos do homem”, o qual recompõe categorias jurídicas, com a mescla de normas jurídicas e princípios diretores.⁴⁸

Por fim, vale ressaltar que a mesma autora destaca como elemento chave para uma harmonização europeia a utilização do princípio dialógico, em que “duas ou várias lógicas estão ligadas numa unidade de modo complexo (complementar, concorrente e antagonista) sem que a dualidade se perca na unidade”.⁴⁹

Armin von Bogdandy et al.⁵⁰ afirmam que a posição dos direitos fundamentais e dos direitos humanos no espaço jurídico europeu se caracteriza por uma profunda ambivalência, pois esses direitos, outrora relegados ao segundo plano, hoje se converteram em um assunto de extrema importância para a União Europeia, na medida dela ter como fim a promoção, a nível global, dos direitos fundamentais, nos termos do artigo 21 (2) (b) do Tratado da União Europeia.⁵¹

⁴⁷ DELMAS-MARTY, Mireille, *Por um direito comum*, cit., p. 116.

⁴⁸ “Trata-se somente de mostrar que uma concepção pluralista da legitimidade deve necessariamente ser acompanhada de uma renovação do modo de argumentação. Assim como o recurso a noções indeterminadas, ou fracamente determinadas como os padrões ou os princípios diretores, implica uma mudança nas lógicas da interpretação como única maneira de assegurar uma codeterminação que não seja sinônimo de transgressão da norma prescrita, assim também o recurso a uma concepção pluralista dos valores que sobredeterminam os sistemas de direito implica um modo de raciocínio combinatório que também apela para uma mutação das lógicas. A busca de ‘compatibilidade’ entre dois direitos, aparentemente contrários e vinculados ao mesmo tipo de proteção, impõe a fixação de um limiar de decisão que permita uma proximidade suficiente (mas não a identidade) em relação a um e ao outro valor de referência.” (DELMAS-MARTY, Mireille, op. cit., p. 193-194).

⁴⁹ *Ibidem*, p. 257.

⁵⁰ BOGDANDY, Armin von et al. Pluralismo constitucional europeu: construcción de una doctrina Solange a la inversa para proteger los derechos fundamentales europeos. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords.). *Estudios Avanzados de derechos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 3-4.

⁵¹ Tratado da União Europeia (Versão consolidada): “TÍTULO V - DISPOSIÇÕES GERAIS RELATIVAS À ACÇÃO EXTERNA DA UNIÃO E DISPOSIÇÕES ESPECÍFICAS RELATIVAS À POLÍTICA EXTERNA E DE SEGURANÇA COMUM CAPÍTULO 1 - DISPOSIÇÕES GERAIS RELATIVAS À ACÇÃO EXTERNA DA UNIÃO Artigo 21º 1. A acção da União na cena internacional assenta nos princípios que presidiram à sua criação, desenvolvimento e alargamento, e que é seu objectivo promover em todo o mundo: democracia, Estado de direito, universalidade e indivisibilidade dos direitos do Homem e das liberdades

Desse modo, se de um lado a União se fundamenta no respeito aos direitos humanos, de acordo com o artigo 2º do Tratado da União Europeia⁵², de outro, a situação dos direitos humanos em alguns Estados membros é motivo de grande preocupação.

Os autores anotam que a União Europeia tem respondido de maneira tímida aos problemas de proteção dos direitos fundamentais, embora o artigo 7º do Tratado da União Europeia⁵³ prescreva que a União tem a responsabilidade de velar pelo respeito dos valores fundamentais por parte dos Estados membros.

fundamentais, respeito pela dignidade humana, princípios da igualdade e solidariedade e respeito pelos princípios da Carta das Nações Unidas e do direito internacional. A União procura desenvolver relações e constituir parcerias com os países terceiros e com as organizações internacionais, regionais ou mundiais que partilhem dos princípios enunciados no primeiro parágrafo. Promove soluções multilaterais para os problemas comuns, particularmente no âmbito das Nações Unidas. 2. A União define e prossegue políticas comuns e acções e diligencia no sentido de assegurar um elevado grau de cooperação em todos os domínios das relações internacionais, a fim de: a) Salvaguardar os seus valores, interesses fundamentais, segurança, independência e integridade; b) Consolidar e apoiar a democracia, o Estado de direito, os direitos do Homem e os princípios do direito internacional; c) Preservar a paz, prevenir conflitos e reforçar a segurança internacional, em conformidade com os objectivos e os princípios da Carta das Nações Unidas, com os princípios da Acta Final de Helsínquia e com os objectivos da Carta de Paris, incluindo os respeitantes às fronteiras externas; d) Apoiar o desenvolvimento sustentável nos planos económico, social e ambiental dos países em desenvolvimento, tendo como principal objectivo erradicar a pobreza; e) Incentivar a integração de todos os países na economia mundial, inclusivamente através da eliminação progressiva dos obstáculos ao comércio internacional; f) Contribuir para o desenvolvimento de medidas internacionais para preservar e melhorar a qualidade do ambiente e a gestão sustentável dos recursos naturais à escala mundial, a fim de assegurar um desenvolvimento sustentável; g) Prestar assistência a populações, países e regiões confrontados com catástrofes naturais ou de origem humana; e h) Promover um sistema internacional baseado numa cooperação multilateral reforçada e uma boa governação ao nível mundial.” (Disponível em: <http://www.vertic.org/media/National%20Legislation/European%20Union/Portuguese/Tratados_Consolidados_PT.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2016).

⁵² Tratado da União Europeia (Versão consolidada): “Artigo 2º A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres.” (Disponível em: <http://www.vertic.org/media/National%20Legislation/European%20Union/Portuguese/Tratados_Consolidados_PT.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2016).

⁵³ Tratado da União Europeia (Versão consolidada): “Artigo 7º (ex-artigo 7º TUE) 1. Sob proposta fundamentada de um terço dos Estados-Membros, do Parlamento Europeu ou da Comissão Europeia, o Conselho, deliberando por maioria qualificada de quatro quintos dos seus membros, e após aprovação do Parlamento Europeu, pode verificar a existência de um risco manifesto de violação grave dos valores referidos no artigo 2º por parte de um Estado-Membro. Antes de proceder a essa constatação, o Conselho deve ouvir o Estado-Membro em questão e pode dirigir-lhe recomendações, deliberando segundo o mesmo processo. O Conselho verificará regularmente se continuam válidos os motivos que conduziram a essa constatação. 2. O Conselho Europeu, deliberando por unanimidade, sob proposta de um terço dos Estados-Membros ou da Comissão Europeia, e após aprovação do Parlamento Europeu, pode verificar a existência de uma violação grave e persistente, por parte de um Estado-Membro, dos valores referidos no artigo 2º, após ter convidado esse Estado-Membro a apresentar as suas observações sobre a questão. 3. Se tiver sido verificada a existência da violação a que se refere o n. 2, o Conselho, deliberando por maioria qualificada, pode decidir suspender alguns dos direitos decorrentes da aplicação dos Tratados ao Estado-Membro em causa, incluindo o direito de voto do representante do Governo desse Estado-Membro no Conselho. Ao fazê-lo, o Conselho terá em conta as eventuais consequências dessa suspensão nos direitos e obrigações das pessoas singulares e colectivas. O Estado-Membro em questão continuará, de qualquer modo, vinculado às obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados. 4. O Conselho, deliberando por maioria qualificada, pode posteriormente decidir alterar ou

Os autores sugerem que seja realizada uma nova leitura do disposto no artigo 4º (2) do Tratado da União Europeia⁵⁴, já que tem havido violação aos direitos fundamentais dos cidadãos, sob o manto de se preservar a identidade constitucional dos Estados.

Anotam, outrossim, que a lesão aos direitos fundamentais, em alguns Estados membros, poderá ter o condão de abalar a estrutura da integração europeia.

Armin von Bogdandy et al. revelam que o artigo 20 do Tratado da União Europeia⁵⁵ se opõe a medidas nacionais que tenham por escopo privar os cidadãos do exercício de direitos conferidos pelo estatuto de cidadania da União Europeia (Carta de Direitos Fundamentais da UE).

revogar as medidas tomadas ao abrigo do n. 3, se se alterar a situação que motivou a imposição dessas medidas. 5. As regras de votação aplicáveis, para efeitos do presente artigo, ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu e ao Conselho são estabelecidas no artigo 354.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.” (Disponível em: <http://www.vertic.org/media/National%20Legislation/European%20Union/Portuguese/Tratados_Consolidados_PT.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2016).

⁵⁴ Tratado da União Europeia (Versão consolidada): Artigo 4º 1. Nos termos do artigo 5º, as competências que não sejam atribuídas à União nos Tratados pertencem aos Estados-Membros. 2. A União respeita a igualdade dos Estados-Membros perante os Tratados, bem como a respectiva identidade nacional, reflectida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles, incluindo no que se refere à autonomia local e regional. A União respeita as funções essenciais do Estado, nomeadamente as que se destinam a garantir a integridade territorial, a manter a ordem pública e a salvaguardar a segurança nacional. Em especial, a segurança nacional continua a ser da exclusiva responsabilidade de cada Estado-Membro.” (Disponível em: <http://www.vertic.org/media/National%20Legislation/European%20Union/Portuguese/Tratados_Consolidados_PT.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2016).

⁵⁵ Tratado da União Europeia (Versão consolidada): “Artigo 20º (ex-artigos 27º-A a 27º-E, 40º a 40ºB e 43º a 45º TUE e ex-artigos 11º e 11º-A TCE) 1. Os Estados-Membros que desejem instituir entre si uma cooperação reforçada no âmbito das competências não exclusivas da União podem recorrer às instituições desta e exercer essas competências aplicando as disposições pertinentes dos Tratados, dentro dos limites e segundo as regras previstas no presente artigo e nos artigos 326º a 334º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. As cooperações reforçadas visam favorecer a realização dos objectivos da União, preservar os seus interesses e reforçar o seu processo de integração. Estão abertas, a qualquer momento, a todos os Estados-Membros, nos termos do artigo 328º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. 2. A decisão que autoriza uma cooperação reforçada é adoptada como último recurso pelo Conselho, quando este tenha determinado que os objectivos da cooperação em causa não podem ser atingidos num prazo razoável pela União no seu conjunto e desde que, pelo menos, nove Estados-Membros participem na cooperação. O Conselho delibera nos termos do artigo 329º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. 3. Todos os membros do Conselho podem participar nas suas deliberações, mas só os membros do Conselho que representem os Estados-Membros participantes numa cooperação reforçada podem participar na votação. As regras de votação constam do artigo 330º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. 4. Os actos adoptados no âmbito de uma cooperação reforçada vinculam apenas os Estados-Membros participantes. Tais actos não são considerados acervo que deva ser aceite pelos Estados candidatos à adesão à União.” (Disponível em: <http://www.vertic.org/media/National%20Legislation/European%20Union/Portuguese/Tratados_Consolidados_PT.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2016).

Referem os autores que uma violação por parte de um Estado membro poderá ser considerada como uma violação à essência da cidadania europeia, ainda que em situações puramente internas.

Assim, transpondo-se a situação em tela para a realidade brasileira, em que o Mercosul representa um modelo em estágio inicial de integração regional, cabe frisar que a tutela aos direitos fundamentais mostra-se como uma via integradora, através do diálogo entre cortes, quer de forma vertical, horizontal ou transversal, inclusive.

Os mesmos autores propõem a aplicação da doutrina Solange, à inversa, para ser aplicada aos Estados-membros da União Europeia, com a finalidade de ser preservado o pluralismo constitucional tutelado pelo artigo 4 (2), do Tratado da União Europeia⁵⁶. Desse modo, fora do âmbito de aplicação do artigo 51 (1), da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁵⁷, os Estados-membros mantêm autonomia para a proteção dos direitos fundamentais. Entretanto, caso seja vislumbrada uma situação que possa ser considerada como uma violação sistêmica aos direitos fundamentais dos cidadãos, os particulares podem ir aos tribunais nacionais, a fim de fazer valer o estatuto de cidadãos da União Europeia.

Discorrendo sobre os três problemas dos direitos fundamentais europeus frente aos Estados-membros, Armin von Bogdandy et al. afirmam que a centralização dos mecanismos para fazer valer os direitos fundamentais frente aos Estados membros se trata de um tema delicado, na medida que a União Europeia é baseada no pluralismo constitucional.

⁵⁶ Tratado da União Europeia (Versão consolidada): “Artigo 4º 2. A União respeita a igualdade dos Estados-Membros perante os Tratados, bem como a respectiva identidade nacional, reflectida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles, incluindo no que se refere à autonomia local e regional. A União respeita as funções essenciais do Estado, nomeadamente as que se destinam a garantir a integridade territorial, a manter a ordem pública e a salvaguardar a segurança nacional. Em especial, a segurança nacional continua a ser da exclusiva responsabilidade de cada Estado-Membro.” (Disponível em: <http://www.vertic.org/media/National%20Legislation/European%20Union/Portuguese/Tratados_Consolidados_PT.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2016).

⁵⁷ CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA: “Artigo 51º Âmbito de aplicação 1. As disposições da presente Carta têm por destinatários as instituições, órgãos e organismos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, bem como os Estados-Membros, apenas quando apliquem o direito da União. Assim sendo, devem respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação, de acordo com as respectivas competências e observando os limites das competências conferidas à União pelos Tratados.” (Disponível em: <http://www.vertic.org/media/National%20Legislation/European%20Union/Portuguese/Tratados_Consolidados_PT.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2016).

Ao examinarem a liberdade dos meios de comunicação como um direito fundamental em perigo, os mesmos autores destacam que essa liberdade constitui um fundamento essencial de uma sociedade democrática.

Ressalte-se que os direitos fundamentais exercem um papel importante porque fazem possível a democracia, ao fomentarem a legitimidade democrática da União Europeia e ao protegerem a participação individual nos processos políticos da União Europeia ou dos Estados membros.⁵⁸

Segundo os autores, “a cidadania torna-se a pedra de toque da legitimidade democrática da União Europeia”.⁵⁹

Para eles, a cidadania europeia tornou-se a “nova fronteira” do direito europeu⁶⁰ e “o desenvolvimento da ‘essência’ da cidadania da União é um exemplo espetacular do desenvolvimento do direito”.⁶¹

Dissertando sobre as características de uma doutrina Solange “ao inverso”⁶², os autores afirmam que quando a presunção de salvaguarda dos direitos fundamentais for violada

⁵⁸ Armin von Bogdandy et al. destacam que os direitos fundamentais têm a função de fazer possível a democracia, uma vez que fomentam a legitimação democrática da União, ao protegerem a participação individual nos processos políticos da União Europeia e dos Estados-membros. Nesta seara, revelam que a democracia da União Europeia será afetada, se houver cerceamento ao direito de informação dos cidadãos e à liberdade de imprensa. Ademais, indagando se os direitos fundamentais dos Estados-membros seriam um assunto de competência da União Europeia, os autores referem que, embora a imposição de um *standard* único possa gerar maior centralização, a União Europeia se tornou garantidora da observância dos direitos fundamentais dos cidadãos, nos termos do artigo 2º do Tratado da União Europeia (BOGDANDY, Armin von et al. Pluralismo constitucional europeo: construcción de una doctrina Solange a la inversa para proteger los derechos fundamentales europeos, in *Estudios Avanzados de derechos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*, cit., p. 9-10).

⁵⁹ No original: “*la ciudadanía se convierte en la piedra angular de la legitimidad democrática de la Unión Europea*” (BOGDANDY, Armin von et al., op. cit., p. 15 – nossa tradução).

⁶⁰ BOGDANDY, Armin von et al. Pluralismo constitucional europeo: construcción de una doctrina Solange a la inversa para proteger los derechos fundamentales europeos, in *Estudios Avanzados de derechos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*, cit., p. 16.

⁶¹ No original: “*el desarrollo de la ‘esencia’ de la ciudadanía de la Unión es un ejemplo espectacular del desarrollo judicial del derecho*” (BOGDANDY, Armin von et al., op. cit., p. 18 – nossa tradução).

⁶² Armin von Bogdandy et al. dizem que o artigo 20 do TFUE dota os cidadãos da União de um recurso para impugnar as deficiências dos direitos fundamentais que desrespeitam seu “estatuto fundamental” de conteúdo prático. Os autores propõem uma fórmula inspirada no Tribunal Federal Constitucional alemão que, em sua doutrina Solange II, no exercício de sua competência, decidiu revisar o direito da União até quando esta garantisse uma proteção de direitos fundamentais que fosse essencialmente semelhante à proteção dos direitos fundamentais que requer de maneira incondicional a lei fundamental. Define-se, também, pelo requisito de salvaguardar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e opera como uma presunção que deve ser refutada pelo demandante (BOGDANDY, Armin von et al., op. cit., p. 21).

pelo Estado membro, a “essência” da cidadania europeia entra em jogo, para conceder um direito subjetivo ao cidadão de reclamar esses direitos.

A essência dos direitos fundamentais europeus é uma condição básica para o exercício de qualquer autoridade pública no espaço jurídico europeu, como se pode deduzir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, do Tribunal de Justiça da União Europeia e dos tribunais constitucionais nacionais.

Os fundamentos para a aplicação da doutrina sob exame são os princípios de subsidiariedade e respeito às identidades nacionais, cabendo às instituições nacionais cumprirem as obrigações derivadas do artigo 2º do Tratado da União Europeia, dispositivo esse que “tem como objetivo salvaguardar a essência dos direitos humanos”.⁶³

Por consequência, um cidadão da União Europeia não pode se valer do artigo 20 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) para invocar uma violação do artigo 2º do Tratado da União Europeia, a menos que essa presunção seja refutada, presunção essa que é elemento vital da doutrina Solange II do Tribunal Constitucional Federal alemão.

A doutrina Solange II do Tribunal Constitucional Federal Alemão constitui a pedra de toque do pluralismo constitucional, ao possibilitar que os tribunais nacionais controlem a conformidade dos atos normativos da União Europeia com os direitos fundamentais nacionais e, por outro lado, que a presunção a favor da legitimidade dos atos nacionais também seja assegurada, de modo que sua revisão seja algo extraordinário, evitando-se, dessa forma, conflitos diretos de competência e tutelando a aplicação uniforme do direito da União.

Através dessa doutrina também se permite que a União Europeia desenvolva um *standard* autônomo de proteção aos direitos fundamentais, que pode se separar do *standard* adotado pela Constituição nacional.

⁶³ No original: “*tiene como objetivo salvaguardar lo esencial de los derechos humanos*” (BOGDANDY, Armin von et al., Pluralismo constitucional europeo: construcción de una doctrina Solange a la inversa para proteger los derechos fundamentales europeos, in *Estudios Avanzados de derechos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*, cit., p. 23 – nossa tradução).

Há, portanto, o respeito ao pluralismo constitucional, envidando-se esforços para o fortalecimento dos tribunais nacionais em situações críticas.⁶⁴

Os autores finalizam com a sugestão de unir a proteção dos direitos fundamentais ao estatuto de cidadão da União, sustentando que o pluralismo europeu atinge uma nova fase, em que os sistemas da União Europeia e os sistemas nacionais de proteção aos direitos fundamentais podem coexistir de maneira simbiótica, respeitando as especificidades de cada um, mas, ao mesmo tempo, vigilantes e prontos para prestar uma mútua ajuda, com o fim de preservar os princípios fundacionais comuns.

Da mesma forma, pensamos que na América Latina o pluralismo de ordens jurídicas que tutelam a pessoa humana pode gerar integração argumentativa, através do diálogo entre cortes, inclusive na modalidade de controle de convencionalidade.

Marcelo Figueiredo, ao discorrer a respeito de alguns argumentos para o constitucionalismo global e a influência dos *standards* internacionais na ordem constitucional, informa que o direito constitucional do século XXI está ligado à ideia de Constituição aberta

⁶⁴ “[...] se um cidadão de um Estado Membro acredita que seus direitos foram violados, ele pode chamar o tribunal nacional. No Tribunal, invocar a norma nacional (e possivelmente CEDH) de proteção dos direitos fundamentais. Fora da aplicação da CDFUE não poderia invocar direitos fundamentais europeus, nem podia contar com a cidadania da União para argumentar uma violação do artigo 2 TEU, a menos que a presunção de cumprimento é ilidida. No entanto, se ele pode refutar a presunção de conformidade, você pode usar a ‘essência’ da cidadania da União e com ele todos os mecanismos para fazer cumprir a legislação da UE. Cabe ao órgão jurisdicional nacional determinar os fatos e aplicar as disposições pertinentes do direito da União. Mas, de acordo com o artigo 267 do TFUE, este último é capaz de, em caso em última instância, é forçado a fazer uma decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça sobre a interpretação dos artigos 2 TUE e 20 TFUE. Este mecanismo não só tem a vantagem de combinar decisões interpretativas bem conhecidas do Tribunal com a aplicabilidade de decisões judiciais nacionais, mas também fornece aos juízes o apoio do direito da União pelo TJEE, falando o nome em de uma União que se baseia no respeito pelos direitos humanos”. No original: “[...] si un ciudadano de un Estado miembro cree que sus derechos han sido violados, puede recurrir al juez nacional. Ante el Tribunal, invocaría el estándar nacional (y posiblemente el del TEDH) de protección de los derechos fundamentales. Fuera del ámbito de aplicación de la CDFUE no podría invocar derechos fundamentales europeos ni podría valerse de la ciudadanía de la Unión para alegar una violación al art. 2 TUE a menos de que la presunción de cumplimiento sea refutada. Sin embargo, si logra refutar la presunción de cumplimiento, puede valerse de la ‘esencia’ de la ciudadanía de la Unión y con ella de todos los mecanismos para hacer cumplir el Derecho de la Unión. Le corresponde al tribunal nacional determinar los hechos y aplicar las disposiciones respectivas del Derecho de la Unión. Pero, según el art. 267 TFUE, esto último queda capacitado para, y en caso de última instancia, se encuentra obligado a hacer una remisión prejudicial del asunto al Tribunal para que se pronuncie sobre la interpretación de los arts. 2 TUE y 20 TFUE. Este mecanismo no solo tiene la bien conocida ventaja de combinar las decisiones interpretativas del Tribunal con la aplicabilidad de las decisiones judiciales nacionales, sino que también ofrece a los jueces nacionales el respaldo del Derecho de la Unión por parte del TJEE que habla en nombre de una Unión que se fundamenta en el respeto de los derechos humanos.” (BOGDANDY, Armin von et al., Pluralismo constitucional europeo: construcción de una doctrina Solange a la inversa para proteger los derechos fundamentales europeos, in *Estudios Avanzados de derechos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*, cit., p. 27 – nossa tradução).

preconizada por Härbele e Hesse, caracterizando-se esse direito em ser pós-intervencionista e permitir pluralismo, transformação, diferença e liberdade, ao admitir um espaço de diálogo a partir da cultura da democracia.

O autor diz que o constitucionalismo global representa uma nova ideia de direito, que vislumbra a possibilidade de sobreposições e interações entre diversos sistemas legais, sem que se imagine uma subordinação de uns em face dos outros, com respeito a terceiros sistemas, o que possibilita a convivência multicultural e permite a prática de técnicas constitucionais de controle e limite dos poderes, em direção a respostas globais para problemas globais.

Registra, outrossim, que um tipo de Constituição e de interpretação constitucional elástica, que dotam de permeabilidade o ordenamento jurídico, em prol dos *standards* internacionais, respondem melhor a tensões do mundo atual neste século XXI.

Marcelo Figueiredo enumera os seguintes elementos componentes da nova ordem jurídica global: “Os elementos para essa nova ordem jurídica global seriam, pelo menos, os seguintes: (a) os direitos fundamentais; (b) as necessidades básicas para a população humana; (c) o multiculturalismo; (d) o meio ambiente; (e) a democracia; (f) a segurança internacional.”⁶⁵

O autor assinala que o respeito aos direitos humanos e a plena validade das liberdades públicas constituem vigas mestras em que se baseia a União Europeia e que a Carta Europeia dos Direitos Fundamentais, independentemente de sua inserção formal, nos tratados, configura uma fonte normativa da União Europeia.

Examinando a relação entre o direito internacional e o direito interno, Marcelo Figueiredo disserta que o direito interno está sedimentado no poder do povo, ao passo que o direito internacional está assentado na soberania do Estado, ressaltando-se que atualmente o

⁶⁵ No original: “*Los elementos para este nuevo orden jurídico global serian al menos los siguientes: (a) los derechos humanos o fundamentales; (b) las necesidades básicas para el pueblo; (c) el multiculturalismo; (d) el medio ambiente; (e) la democracia; (f) la seguridad internacional.*” “(FIGUEIREDO, Marcelo, *La internacionalización del orden interno en clave del derecho constitucional transnacional*, in *Estudios avanzados de derechos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*, cit., p. 149 – nossa tradução).

conceito de soberania deve ser entendido e manejado como um conceito relativo, de modo que os órgãos supranacionais podem atuar na proteção dos direitos humanos.

O direito interno e o direito internacional devem se relacionar e se auxiliar mutuamente, com o propósito de fortalecer o direito de proteção do ser humano.

Portanto, o conceito de soberania passa a ser relativo, já que os órgãos supranacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso da América Latina, podem atuar na tutela dos direitos humanos, o que está a exigir a inserção do operador do direito nesse novo formato de Estado, em que suas fronteiras estão abertas para a coexistência de ordens jurídicas, a tutelar o ser humano.

André de Carvalho Ramos assinala que a temática das ordens jurídicas plurais é fruto da expansão do direito internacional que, com inúmeras ramificações e subsistemas, passou a abranger matérias antes reservadas apenas ao direito nacional.⁶⁶

Entretanto, destaca que essa expansão geográfica não está respaldada em regras claras de convivência entre o direito internacional atual e o direito interno, na medida que vigoram os anseios de supremacia de todas as ordens jurídicas envolvidas.

A relação entre o direito internacional e o direito interno é conflituosa, já que o pilar dos ordenamentos dos Estados de Direito é o princípio da supremacia da Constituição, ao passo que o direito internacional adota um unilateralismo internacionalista, o qual não admite o descumprimento de suas normas, por impedimento de óbices internos.

Pensamos que o melhor modo de convivência entre as normas e decisões de diversas origens se dará através do diálogo, já que não é possível retroceder a um mundo no qual o Estado era o senhor dos tratados, que interpretava suas normas conforme lhe aprouvesse.

⁶⁶ O Brasil – por sua livre vontade – possui agora textos normativos de ordens diversas (de matriz constitucional e de matriz internacional) que podem colidir e, para piorar, pode existir interpretação diversa sobre o mesmo diploma (o Supremo Tribunal Federal interpretando as normas internacionais incorporadas internamente de modo dissonante dos órgãos criados pelos próprios tratados). Se não avançarmos na análise do fenômeno da pluralidade das ordens jurídicas, poderá surgir o risco do “choque das placas tectônicas”, com danos a todos os ordenamentos envolvidos (RAMOS, André de Carvalho, *Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional*, cit., p. 498).

O pluralismo de ordens jurídicas é resultado da expansão quantitativa e qualitativa do direito internacional, que convive com o ordenamento nacional, bem como advém das mudanças ocorridas no seio do constitucionalismo contemporâneo, caracterizado pelo neoconstitucionalismo e pela abertura do direito constitucional ao direito internacional, surgindo, por consequência, influências recíprocas, diálogo e eventuais dissonâncias.⁶⁷

No plano do direito interno, o fenômeno da pluralidade é caracterizado pela interpretação da Constituição vinculada aos princípios, pela defesa da irradiação das normas constitucionais para todo o ordenamento (constitucionalização do direito), pela inserção do ativismo, principalmente na jurisdição constitucional, com o objetivo de fazer valer os valores constitucionais e pela aceitação da abertura da Constituição às normas internacionais, visando a atender aos desafios estatais nos âmbitos sociais, econômicos, ambientais e políticos.

Ora, os Estados, pressionados pelos desafios impostos pela globalização, aceitaram a inesgotável produção normativa internacional sobre os diversos campos da conduta social, mas exigiram, com a finalidade de reprimir falsos comprometimentos, a existência de procedimentos internacionais que pudessem assegurar a correta interpretação e implementação das normas produzidas.

Conclui-se, dessa forma, que o direito constitucional foi envolvido pela expansão normativa do direito internacional e pelo anseio dos Estados de aceitarem normas internacionais invasivas e órgãos judiciais internacionais para reger a interpretação internacionalista dos tratados.

Cabe, neste ponto, apreciar as formas de recepção dos tratados internacionais, devendo ser estudados os modos de influência do direito internacional sobre o direito interno e analisado, por fim, como o diálogo entre cortes se trata do modo efetivo de convivência entre as normas de diversas origens.

⁶⁷ Em essência, o pluralismo de ordens jurídicas consiste na coexistência de normas e decisões de diferentes matrizes com ambição de regência do mesmo espaço social, gerando uma série de consequências relacionadas à convergência ou divergência de sentidos entre as normas e decisões de origens distintas. As ordens jurídicas plurais, então, são aquelas que *convergem e concorrem* na regência de um mesmo espaço, a sociedade nacional (RAMOS, André de Carvalho, Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional, cit., p. 500)

2 O DIREITO INTERNACIONAL E A SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO INTERNO

O objetivo deste estudo é demonstrar que o pluralismo constitucional e a internacionalização dos direitos humanos estão a exigir do Poder Judiciário brasileiro a adoção de decisão, para solução de eventual problema posto, que resulte de um processo interpretativo que leve em consideração as convenções internacionais vigentes sobre o tema em pauta.

Defendemos a ideia de que o diálogo entre cortes deve ser usado por todos operadores do direito, principalmente no que concerne à utilização do controle de convencionalidade, que é uma modalidade de diálogo entre cortes, tanto na sua forma concentrada, como na difusa, verificando-se, ao final, com base em casos práticos, que os ministros do Supremo Tribunal Federal e os demais magistrados brasileiros se valem, na atualidade, desse instituto para solucionar suas demandas.

Há posicionamento doutrinário que sustenta que o controle de convencionalidade não tem sido, como regra geral, utilizado pelos juízes brasileiros e também não tem sido invocado pelos advogados em juízo, ou mesmo perante a Administração Pública.⁶⁸

No entanto, embora seja um fenômeno relativamente recente, os juízes brasileiros passaram a considerar as convenções internacionais sobre direitos humanos como fonte formal e material de direito para as suas decisões, o que será demonstrado no decorrer deste estudo, estando, ademais, o Estado brasileiro sujeito à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ora, a reconstrução da coerência do sistema de direito ou de uma ordem jurídica nacional, em tempos pós-modernos, de fragmentação, internacionalização e flexibilização de hierarquias, não é tarefa fácil e exige muita sensibilidade dos juristas, motivo pelo qual cabe ao juiz coordenar as fontes em efetivo diálogo.

⁶⁸ APPIO, Eduardo. Os juízes e o controle de convencionalidade no Brasil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coords.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano*: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 210.

Erik Jayme diz que o ponto de encontro entre a cultura pós-moderna e o direito são os valores que têm em comum: pluralismo, comunicação, narração (comunicação/descrição) e retorno dos sentimentos.

O pluralismo ganha importância no direito internacional e a comunicação conduz à integração.

Segundo o autor:

A técnica nova do diálogo entre fontes legislativas: existem as convenções internacionais, a lei nacional e as diretivas – as quais, por sua vez, dispõem de três textos. Esse diálogo das fontes é um fenômeno novo e impactante, porque antes se considerava apenas a ideia de hierarquia entre as fontes, e não a de uma aplicação simultânea, de um diálogo entre elas.⁶⁹

A narração, em comunicação, passa a ser um valor importante na atividade jurisdicional, pois o juiz deve considerar várias normas para resolver apenas um caso prático.

Por fim, no direito pós-moderno, o valor do retorno dos sentimentos e a proteção da identidade cultural adquire maior envergadura.

Pois bem, fixada a importância do tema para o presente trabalho, cabe destacar que a união das esferas do direito internacional e do direito nacional é um fenômeno comum aos Estados modernos e gera efeitos tanto para o direito internacional como para o direito interno.

Como vimos no primeiro capítulo desta tese, atualmente vigora a interdisciplinaridade entre o direito constitucional e o direito internacional, com o objetivo de reforçar os direitos constitucionalmente assegurados e garantir o emprego dos dispositivos do direito internacional que disciplinam o direito constitucional, e vice-versa, tutelando-se, assim, o valor da primazia da pessoa humana.

Portanto, o direito contemporâneo passa por um processo de transição, seguindo na mesma direção do processo de globalização.

⁶⁹ JAYME, Erik. Direito Internacional privado e cultura pós-moderna. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS*, v. 1, n. 1, p. 114, mar. 2003.

Com efeito, a integração frequente entre os direitos nacionais, o direito dos sistemas regionais de integração e o direito internacional, a multiplicação de fontes normativas além do Estado nação, a multiplicação de instâncias de solução de conflitos fora do Estado, a inexistência de hierarquia formal entre as normas jurídicas ou entre as instâncias de solução de conflitos e o acúmulo de lógicas distintas nos direitos nacional e internacional, estão a exigir do operador do direito uma nova postura, para a interação dos ordenamentos jurídicos, o que é impossível com os métodos tradicionais de solução de conflitos ou de jurisdição.

Roberto Dias e Michael Freitas Mohallem assinalam que:

As práticas de consulta ao direito estrangeiro por cortes constitucionais, da operacionalização do direito internacional e da crescente interdependência global, em meio à expansão material dos direitos humanos e ampliação do judiciário nacional, elevaram o tema da influência mútua entre sistemas jurídicos ao patamar de [...] um dos maiores desafios para o Direito no século à frente.⁷⁰

Os autores mencionam que a expansão dos tratados e a proliferação dos tribunais internacionais ampliaram a jurisdição e a aplicação do direito internacional, fazendo com que os Estados nacionais passassem a ficar vinculados aos diversos compromissos globais, de modo que a aplicação do direito internacional se tornou atribuição tanto dos tribunais internacionais como das cortes nacionais.

Nesse cenário, o diálogo entre cortes demonstra ser um meio favorável para a criação de um direito comum de cooperação, como será exposto no último tópico deste capítulo.

Por outro lado, vale destacar que as formas de recepção dos tratados internacionais e o patamar hierárquico que adquirem no ordenamento jurídico são de extrema importância, na medida que os tratados internacionais desempenham um papel primordial para a expansão do direito internacional e sua progressiva assimilação pelos sistemas domésticos, favorecendo assim o diálogo jurisdicional.

No Brasil e na Argentina os tratados de direitos humanos adquiriram um regime privilegiado de recepção no ordenamento jurídico interno, acarretando a incorporação de

⁷⁰ DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas, O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede internacional de cortes constitucionais, cit., p. 371-372.

parâmetros protetivos internacionais no direito interno e o controle da convencionalidade das leis.

Registre-se, ademais, que a expansão material dos direitos humanos eleva o tema da influência mútua entre sistemas jurídicos e o diálogo entre cortes e tribunais ao patamar de um dos maiores desafios para o direito no século XXI.

Anote-se que os precedentes históricos do processo de internacionalização e universalização dos direitos humanos⁷¹ representaram os primeiros limites à liberdade e autonomia dos Estados, relativizando o conceito de soberania dos Estados, o que enseja a abertura do direito e a conseqüente pluralidade de suas fontes, que estão a exigir do operador do direito a realização do diálogo entre cortes, principalmente em sua modalidade de controle de convencionalidade, já que as leis ordinárias necessitam, para serem aplicadas, guardar coerência com a Constituição e com os tratados internacionais sobre direitos humanos.

Dessa forma, cumpre verificar quais institutos jurídicos externam essa influência do direito internacional sobre o direito interno, e vice-versa, bem como averiguar se os operadores do direito devem observar apenas o direito nacional ou se devem atentar para as regras de ordenamentos jurídicos de caráter internacional, sujeitando-se inclusive a órgãos supranacionais como, por exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A forma como os tratados internacionais são recepcionados pelo nosso ordenamento jurídico torna-se um fator importante para este estudo e merece destaque especial.

Dessa forma, no presente tópico, abordaremos as formas pelas quais a Constituição Federal de 1988 recepciona os tratados internacionais.

Em seguida, iremos constatar que o direito internacional exerce influência no direito interno de diversos modos, tais como uso da jurisprudência estrangeira no direito interno, utilização do direito comparado na interpretação constitucional e através do diálogo entre cortes e tribunais constitucionais e internacionais, dentre outros institutos.

⁷¹ Urge destacar que adotamos a concepção contemporânea de direitos humanos, “pela qual eles são concebidos como unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, na qual os valores da igualdade e liberdade se conjugam e se completam” (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 79).

Passemos, então, ao exame das formas de recepção das normas internacionais em nosso ordenamento jurídico.

2.1 As formas de recepção dos tratados internacionais no ordenamento jurídico interno

Marco Geraldo Monroy Cabra aborda a controvérsia doutrinária a respeito das relações entre o direito internacional e o direito interno, apresentando as seguintes concepções: dualista, monista e monista moderada.

De acordo com a teoria dualista, como se trata de sistemas jurídicos autônomos, em que não há relação de dependência ou subordinação, a norma internacional necessita ser transformada ou incorporada ao ordenamento interno, mediante ato de vontade do legislador nacional, para ser aplicada nesse ordenamento.

A concepção monista, com primazia do direito internacional, afirma que esse direito se trata de um ordenamento superior, do qual dependem os sistemas jurídicos dos Estados.

Por sua vez, o monismo com primazia do direito interno é consequência da soberania estatal absoluta, o que conduz à negação do direito internacional.

Por fim, a teoria monista temperada preconiza a proeminência do direito internacional sobre o direito interno, excetuando-se o caso de haver manifesta violação a uma norma fundamental de direito interno, concernente à competência para celebrar tratados, nos termos dos artigos 26⁷², 27⁷³ e 46⁷⁴, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, promulgada pelo Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

⁷² Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados: “Art. 26. Pacta sunt servanda. Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé.”

⁷³ Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados: “Art. 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.”

⁷⁴ Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados: “Art. 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.”

Segundo o mesmo autor, “a jurisprudência internacional se inclina a dar primazia ao direito internacional sobre o direito interno”⁷⁵, sendo responsabilizado o Estado que descumpre um tratado internacional.

Paola Andréa Acosta Alvarado salienta que as teorias de monismo e dualismo, relativas às relações entre o direito internacional e direito interno, não correspondem à realidade atual, que é atendida pelo pluralismo constitucional, o qual promove a interação entre diversas ordens jurídicas.⁷⁶

A mesma autora leciona que:

Neste sentido, quando nos referimos às relações entre direito internacional e direito interno e, portanto, à relação entre os seus operadores jurídicos, não podemos falar de pirâmide em sentido estrito; agora, esses sistemas estão relacionados através de um exercício de acoplamento, desenvolvido através do diálogo e não através de uma relação de hierarquia.⁷⁷

Compartilhamos do posicionamento de Paola Andréa Acosta Alvarado, na medida que vemos o pluralismo constitucional como um novo modelo normativo para a estruturação do poder público, em que um conjunto de ordenamentos jurídicos se interligam, cada um com sua Constituição, sem manterem relação de hierarquia entre si, mas todos unidos pelo conceito relativo de soberania e de abertura constitucional, com a finalidade de valorar a primazia da pessoa humana.

Com relação à aplicação do direito internacional geral de natureza consuetudinária ao direito interno, Paul de Visscher revela que existem quatro grupos de cláusulas constitucionais: (i) cláusulas que trazem a adoção obrigatória, mas não automática, das regras de direito internacional geral, como ocorre com a Constituição Republicana espanhola de

⁷⁵ No original: “*la jurisprudencia internacional se inclina por darle primacia al Derecho Internacional sobre el Derecho interno*” (MONROY CABRA, Marco Gerardo, El derecho internacional como fuente del derecho constitucional, cit., p. 113 – nossa tradução).

⁷⁶ ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. El diálogo judicial interamericano: un camino de doble vía hacia la protección efectiva. In: MEZZETTI, Luca; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coords.). *Diálogo entre cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita*. Brasília, DF: OAB, Conselho Federal, 2015. p. 273. Disponível em: <<http://ambiente.educacao.ba.gov.br/conteudos/conteudos-digitais/download/4082.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2016.

⁷⁷ No original: “*En este sentido, cuando nos referimos a las relaciones entre derecho internacional y derecho interno y, por lo tanto, a la relación entre sus operadores jurídicos, ya no podemos hablar de una pirámide en estricto sentido; ahora estos ordenamientos se relacionan a través de un ejercicio de acoplamiento, que se desarrolla a través del diálogo, más que por medio de una relación de jerarquía.*” (ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea, op. cit., p. 274 – nossa tradução).

1931, no artigo 7º; (ii) cláusulas que consagram a recepção automática no ordenamento interno de regras de direito internacional geral, tal como adotadas pela Constituição dos Estados Unidos e pela Constituição de Portugal, de 2 de abril de 1976; (iii) cláusulas que estabelecem a adoção automática, a superioridade do direito internacional sobre o direito interno, instaurando um procedimento para controlar a conformidade deste com o primeiro, como ocorre na Constituição da República Federal da Alemanha de 1949, no artigo 25; (iv) cláusulas que enunciam de maneira formal e individualizada certas regras do direito internacional geral, como o artigo 7º da Constituição Portuguesa de 1976.⁷⁸

A maioria das Constituições, como diz Paul de Visscher, não estabelece a adoção automática do tratado, dispondo, no entanto, de um ato de recepção, que pode ser (i) pela publicação do tratado, como ocorre no sistema francês ou (ii) pela ordem de execução, como no sistema italiano, que pode adotar a forma de lei, decreto ou ordem, sendo esse ato de recepção independente da manifestação do Estado de se obrigar internacionalmente.

Ambos os sistemas acima descritos são dualistas, na medida que a simples publicação supõe um dualismo temperado, porém a ordem de execução se trata de um dualismo forte ou radical.

Há, também, a aplicabilidade direta dos tratados internacionais, como ocorre nos Estados Unidos, onde o tratado é autoexecutável (*self-executing*) e cria um direito exigível individualmente.

Antonio Cassese relata que há quatro grupos de Constituições:

- “(a) Aquelas que permanecem em silêncio sobre a implementação dos tratados internacionais. Como exemplo, podem ser mencionadas as Constituições da Alemanha de 1919 e da Itália de 1947. [...].
- (b) As Constituições que estabelecem a obrigatoriedade para os cidadãos e as autoridades de cumprir os tratados, mas não lhes dão uma hierarquia maior que a legislação ordinária. Ou seja, é dado igual valor aos tratados que a legislação interna, seja porque a regra diz ou porque é interpretada desta forma. [...].
- (c) Constituições que dão ao tratado estatuto quase constitucional, ou supralegal, mas infraconstitucional. [...].
- (d) Igual valor ao tratado e à Constituição. Essa possibilidade foi adotada pelo artigo 75, parágrafo 22, da reforma da Constituição da Argentina de 1994, que estabelece o seguinte: Inciso 22: Aprovar ou rejeitar tratados concluídos com as demais nações e

⁷⁸ VISSCHER, Paul de. Les tendances internationales des constitutions modernes. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Boston, Nijhoff, v. 80, p. 520, 1952, apud MONROY CABRA, Marco Gerardo, El derecho internacional como fuente del derecho constitucional, cit., p. 115.

organizações internacionais e as concordatas da Santa Sé. Tratados e concordatas têm uma hierarquia mais elevada do que as leis. [...].
 (e) transferência de competências nacionais às organizações internacionais. Algumas constituições autorizam a transferência de competências legislativas e judiciais a organismos supranacionais.⁷⁹

Essa última hipótese de autorização expressa se dá pelo artigo 93 da Constituição Espanhola de 1978 e pelo inciso 24 do artigo 74 da Reforma Constitucional da Argentina, como exemplifica Marco Gerardo Monroy Cabra.⁸⁰

De acordo com Antonio Cassese, as constituições modernas poderiam ser divididas em quatro grupos: (1) aquelas que não mencionam a implementação dos tratados internacionais; (2) aquelas que não atribuem aos tratados *status* mais elevado do que a legislação ordinária, embora estabeleçam que as obrigações do tratado devam ser cumpridas por todos os cidadãos e autoridades públicas dentro do Estado; (3) as que estabelecem o princípio de que os tratados prevalecem sobre leis ordinárias, com a consequência de que os legisladores nacionais não podem alterar ou substituir as disposições dos tratados ao promulgar novas leis; (4) aquelas que permitem que os tratados modifiquem ou revisem disposições constitucionais.⁸¹

No Brasil, a Constituição Federal estabelece em seus artigos 84, inciso VIII⁸² e 49, inciso I⁸³, o procedimento complexo e solene para que um tratado internacional possa ser incorporado ao ordenamento jurídico nacional.

⁷⁹ No original: “(a) Aquellas que guardan silencio sobre la implementación de los tratados internacionales. Como ejemplo pueden mencionarse las Constituciones de Alemania de 1919 y de Italia de 1947. [...]. (b) Las Constituciones que establecen la obligatoriedad para los ciudadanos y las autoridades de cumplir los tratados, pero no le otorgan una jerarquía mayor que la legislación ordinaria. Es decir, se les otorga igual valor a los tratados que a la Ley interna ya sea porque la norma lo dice o porque se interpreta de esta manera. [...]. (c) Constituciones que le otorgan al tratado rango cuasiconstitucional, o supralegal pero infraconstitucional. [...]. (d) Igual valor del tratado con la Constitución. Esta posibilidad fue adoptada por el artículo 75, inciso 22, de la Reforma de la Constitución de Argentina de 1994 que dice lo siguiente: Inciso 22: Aprobar o desherchar tratados concluídos con las demais naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. [...]. (e) Transferencia de competencias nacionales a organismos internacionales. Algunas constituciones autorizan la tranferencia de competencias legislativas y judiciales a organismos supranacionales.” (CASSESE, Antonio. *Modern constitutions and international law. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Boston, Martinus Nijhoff, v. 192, p. 394, 1985, apud MONROY CABRA, Marco Gerardo, *El derecho internacional como fuente del derecho constitucional*, cit., p. 127 – nossa tradução).

⁸⁰ MONROY CABRA, Marco Gerardo, op. cit., p. 127.

⁸¹ CASSESE, Antonio. *Modern constitutions and international law. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Boston, Martinus Nijhoff, v. 192, p. 394, 1985, apud MONROY CABRA, Marco Gerardo, *El derecho internacional como fuente del derecho constitucional*, cit., 127.

⁸² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;”

⁸³ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;”

A participação dos Poderes Executivo e Legislativo na adoção de um tratado internacional consagra a teoria da junção de vontades, ou teoria dos atos complexos, pois cabe ao chefe de Estado realizar as negociações e assinatura dos tratados internacionais, nos termos do artigo 84, inciso VIII, da Constituição Federal, sujeito ao referendo do Congresso Nacional.

Ao Congresso Nacional compete a aprovação do tratado internacional, ou fase do decreto legislativo, na qual o presidente da República encaminha mensagem ao Congresso Nacional, fundamentada por exposição de motivos preparada pelo ministro das Relações Exteriores, requerendo a aprovação pelo Congresso Nacional do texto do futuro tratado, que segue em anexo na versão oficial em português, nascendo, assim, um projeto de decreto legislativo.

Havendo a aprovação, o presidente do Senado promulga e publica o decreto legislativo com o texto do tratado, ficando o presidente da República autorizado a celebrar o tratado, em definitivo, por meio da ratificação ou ato similar.

Tem-se, após a ratificação do tratado, o fim do ciclo de formação de um tratado para o Brasil, mas a norma, válida internacionalmente, só será válida internamente quando for editado o decreto de promulgação, também denominado de decreto executivo ou decreto presidencial, pelo presidente da República e referendado pelo ministro das Relações Exteriores, nos termos do artigo 87, inciso I, da Constituição Federal, o qual inova a ordem jurídica brasileira, tornando o tratado válido no plano interno.

André Ramos Tavares aponta a existência de três dissonâncias, no que concerne à recepção dos tratados internacionais, ao questionar (i) o uso de tratados e normas internacionais sem conexão com a interpretação internacional⁸⁴, ao assinalar que (ii) o Supremo Tribunal Federal deve modular os efeitos de decisão judicial interna que invalida

⁸⁴ “Se a *interpretação judicial* brasileira for contrária à interpretação desses órgãos internacionais, o Brasil responderá por isso e, pior, para o jurisdicionado existirá a sensação de que o tratado em tela foi distorcido e só foi usado como retórica judicial para fins de propaganda externa.” (RAMOS, André de Carvalho, *Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional*, cit., p. 511).

tratados internacionais⁸⁵ e ao destacar, por fim, que (iii) o descumprimento, por ordem judicial nacional, de decisões internacionais pode gerar graves consequências, no tocante a resoluções vinculantes do Conselho de Segurança da ONU ou sentenças definitivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Portanto, se a interpretação judicial brasileira for contrária à interpretação desses órgãos internacionais, o Brasil responderá por isso e para o jurisdicionado existirá a sensação de que o tratado em tela foi distorcido e só foi usado como retórica judicial para fins de propaganda externa.

Assim, ao declarar a inconstitucionalidade do tratado internacional incorporado, e tendo em vista o interesse social em não expor o Brasil à sua responsabilização internacional, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, deve limitar os efeitos daquela declaração, para determinar que só tenha eficácia a partir da denúncia ou extinção por qualquer meio do tratado, podendo, em nome da segurança jurídica, ser fixado prazo máximo para a ação do chefe de Estado.

Anote-se, outrossim, que a Emenda Constitucional n. 45/2004 acrescentou o parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, estabelecendo que 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”.

De acordo com a nova previsão constitucional, os tratados internacionais sobre direitos humanos, para serem equivalentes às emendas constitucionais, deverão observar o seguinte trâmite: (i) celebração pelo presidente da República (art. 84, VIII); (ii) aprovação pelo Congresso Nacional, em dois turnos, em cada Casa, por três quintos dos votos dos respectivos membros, com a edição do correspondente decreto legislativo (art. 5º, § 3º c.c. art. 49, I); (iii) ratificação; e (iv) a promulgação e publicação de seu texto via decreto do presidente da

⁸⁵ “Assim, ao declarar a inconstitucionalidade do tratado internacional incorporado, e tendo em vista o interesse social em não expor o Brasil à sua responsabilização internacional, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, deve limitar os efeitos daquela declaração para determinar que só tenha eficácia a partir da denúncia ou extinção por qualquer meio do tratado, podendo, em nome da segurança jurídica, ser fixado prazo máximo para a ação do Chefe de Estado.” (RAMOS, André de Carvalho, *Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional*, cit., p. 512).

República. Apenas a partir desse momento o tratado estará incorporado ao direito brasileiro e vigorará com força de emenda constitucional, tal como ocorre com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgado por meio do Decreto n. 6949/2009, dentre outros.

Luís Roberto Barroso ensina que o disposto no artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal é espécie normativa de eficácia qualificada, afirmando que, em caso de conflito entre lei e tratado de direitos humanos aprovado nos termos desse mandamento, o tratado prevalecerá, em face de sua equivalência com as emendas constitucionais, servindo esses tratados de direitos humanos de parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, ampliando-se o bloco de constitucionalidade.⁸⁶

Assim, as leis ordinárias precisarão estar em harmonia com a Constituição e com esses tratados.

Os tratados internacionais, em geral, são incorporados ao direito interno em nível de igualdade com a legislação ordinária, porém os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos têm *status* distinto no ordenamento jurídico interno. Quando internalizados nos termos do artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal, adquirem hierarquia de emenda constitucional, de forma que se sobrepõem à legislação ordinária e são parâmetro para o controle de constitucionalidade, ao passo que quando internalizados de acordo com o rito ordinário, possuem hierarquia supralegal, na esteira do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, ocasionando a paralisação de eficácia da legislação interna que a eles se contraponha.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343⁸⁷, por unanimidade, aderiu à tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos, exceto se

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coords.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 179.

⁸⁷ Ementa: “PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.” (STF – RE n. 466.343/SP, Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, j. 03.12.2008, *DJe*, de 05.06.2009).

aprovado pelo quórum do artigo 5º, parágrafo 3º, quando terá hierarquia de norma constitucional⁸⁸. Como consequência, foi editada a Súmula Vinculante n. 25, no sentido de que é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

⁸⁸ “**Alienação Fiduciária e Depositário Infiel – 4.** O Tribunal retomou julgamento de recurso extraordinário no qual se discute a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária em garantia (DL 911/69: “Art. 4º Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil.”) — v. Informativos 449 e 450. O Min. Celso de Mello, em voto-vista, acompanhou o voto do relator, no sentido de negar provimento ao recurso, ao fundamento de que a norma impugnada não foi recebida pelo vigente ordenamento constitucional. Salientou, inicialmente, que, em face da relevância do assunto debatido, seria mister a análise do processo de crescente internacionalização dos direitos humanos e das relações entre o direito nacional e o direito internacional dos direitos humanos, sobretudo diante do disposto no § 3º do art. 5º da CF, introduzido pela EC 45/2004. Asseverou que a vedação da prisão civil por dívida possui extração constitucional e que, nos termos do art. 5º, LXVII, da CF, abriu-se, ao legislador comum, a possibilidade, em duas hipóteses, de restringir o alcance dessa vedação, quais sejam: inadimplemento de obrigação alimentar e infidelidade depositária. RE 466343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 12.3.2008. (RE-466343); **Alienação Fiduciária e Depositário Infiel – 5.** O Min. Celso de Mello, entretanto, também considerou, na linha do que exposto no voto do Min. Gilmar Mendes, que, desde a ratificação, pelo Brasil, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não haveria mais base legal para a prisão civil do depositário infiel. Contrapondo-se, por outro lado, ao Min. Gilmar Mendes no que respeita à atribuição de status supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, afirmou terem estes hierarquia constitucional. No ponto, destacou a existência de três distintas situações relativas a esses tratados: 1) os tratados celebrados pelo Brasil (ou aos quais ele aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da CF/88, revestir-se-iam de índole constitucional, haja vista que formalmente recebidos nessa condição pelo § 2º do art. 5º da CF; 2) os que vierem a ser celebrados por nosso País (ou aos quais ele venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC 45/2004, para terem natureza constitucional, deverão observar o iter procedimental do § 3º do art. 5º da CF; 3) aqueles celebrados pelo Brasil (ou aos quais nosso País aderiu) entre a promulgação da CF/88 e a superveniência da EC 45/2004, assumiriam caráter materialmente constitucional, porque essa hierarquia jurídica teria sido transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade. RE 466343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 12.3.2008. (RE-466343); **Alienação Fiduciária e Depositário Infiel – 6.** O Min. Celso de Mello observou, ainda, que o alcance das exceções constitucionais à cláusula geral que veda a prisão civil por dívida poderia sofrer mutações, decorrentes da atividade desenvolvida pelo próprio legislador comum, de formulações adotadas em sede de convenções ou tratados internacionais, ou ditadas por juízes e Tribunais, no processo de interpretação da Constituição e de todo o complexo normativo nela fundado, salientando, nessa parte, o papel de fundamental importância que a interpretação judicial desempenha, notadamente na adequação da própria Constituição às novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos da sociedade contemporânea. Reconheceu, por fim, a supremacia da Constituição sobre todos os tratados internacionais celebrados pelo Estado brasileiro, inclusive os que versam o tema dos direitos humanos, desde que, neste último caso, as convenções internacionais que o Brasil tenha celebrado (ou a que tenha aderido) impliquem supressão, modificação gravosa ou restrição a prerrogativas essenciais ou a liberdades fundamentais reconhecidas e asseguradas pela própria Constituição. Em seguida, após as manifestações dos Ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso, mantendo os respectivos votos, pediu vista dos autos o Min. Menezes Direito. RE 466343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 12.3.2008. (RE-466343); **Alienação Fiduciária e Depositário Infiel – 7.** O Tribunal retomou julgamento de recurso extraordinário no qual se discute a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária em garantia — v. Informativos 304 e 449. O Min. Celso de Mello, em voto-vista, acompanhou o voto do relator para negar provimento ao recurso, adotando os fundamentos expendidos no caso acima relatado. Em seguida, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista o Min. Menezes Direito. RE 349703/RS, rel. Min. Ilmar Galvão, 12.3.2008. (RE-349703); **Prisão Civil e Depositário Infiel – 2.** O Tribunal retomou julgamento de habeas corpus, afetado ao Plenário pela 1ª Turma, em que se questiona a legitimidade da ordem de prisão, por 60 dias, decretada em desfavor do paciente que, intimado a entregar o bem do qual depositário, não adimplira a obrigação contratual — v. Informativos 471 e 477. O Min. Celso de Mello, em voto-vista, acompanhou o voto do relator para conceder a ordem. Adotando os fundamentos

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal conferiu aos tratados de direitos humanos um regime especial e diferenciado, diverso do regime jurídico dos tratados internacionais, rompendo, assim, com a jurisprudência anterior, que colocava no mesmo plano hierárquico os tratados internacionais e as leis ordinárias.⁸⁹

Vale destacar que no julgamento do HC n. 87.585⁹⁰, os ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau davam ao Pacto de São José da Costa Rica a qualificação de constitucional, perfilhando o entendimento expendido pelo primeiro, no voto que proferira nesse recurso, não obstante tenha prevalecido, no julgamento, a tese do *status* de supralegalidade da referida Convenção, inicialmente defendida pelo ministro Gilmar Mendes no julgamento do RE n. 466.343/SP, ficando vencidos, no ponto, os ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau.⁹¹

expendidos nos casos acima relatados, asseverou que o Decreto 1.102/1903, que institui regras para o estabelecimento de empresas de armazéns gerais, determinando os direitos e obrigações dessas empresas, não foi recebido, especificamente no que concerne à expressão “sob pena de serem presos os empresários, gerentes, superintendentes ou administradores sempre que não efetuarem aquela entrega dentro de 24 horas depois que judicialmente forem requeridos”, constante do seu art. 11, nº 1, e, também, no que se refere à locução “sem prejuízo da pena de prisão de que trata o art. 11, nº 1”, inscrita na parte final do art. 35, 4º. Em seguida, pediu vista dos autos o Min. Menezes Direito. HC 87585/TO, rel. Min. Marco Aurélio, 13.3.2008. (HC-87585).” (*Informativo STF*, n. 498, de 10 a 14.03.2008. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 21 nov. 2016).

⁸⁹ “O julgado proferido em dezembro de 2008 constitui uma decisão paradigmática, tendo a força catalizadora de impactar a jurisprudência nacional, a fim de assegurar aos tratados de direitos humanos um regime privilegiado no sistema jurídico brasileiro, propiciando a incorporação de parâmetros protetivos internacionais no âmbito doméstico e o advento do controle de convencionalidade das leis.” (PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. In: MEZZETTI, Luca; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coords.). *Diálogo entre cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita*. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015. p. 109).

⁹⁰ Ementa: “DEPOSITÁRIO INFIEL - PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel. “(STF – HC n. 87.585, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, j. 03.12.2008, *DJe*, de 26.06.2009).

⁹¹ “**Prisão Civil e Depositário Infiel – 3.** Em conclusão de julgamento, o Tribunal concedeu *habeas corpus* em que se questionava a legitimidade da ordem de prisão, por 60 dias, decretada em desfavor do paciente que, intimado a entregar o bem do qual depositário, não adimplira a obrigação contratual — v. Informativos 471, 477 e 498. Entendeu-se que a circunstância de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia (art. 7º, 7), conduz à inexistência de balizas visando à eficácia do que previsto no art. 5º, LXVII, da CF (“não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;”). Concluiu-se, assim, que, com a introdução do aludido Pacto no ordenamento jurídico nacional, restaram derogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel. Prevaleceu, no julgamento, por fim, a tese do status de supralegalidade da referida Convenção, inicialmente defendida pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento do RE 466343/SP, abaixo relatado. Vencidos, no ponto, os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, que a ela davam a qualificação constitucional, perfilhando o entendimento expendido pelo primeiro no voto que proferira nesse recurso. O Min. Marco Aurélio, relativamente a essa questão, se absteve de pronunciamento. HC 87585/TO, rel. Min. Marco Aurélio, 3.12.2008. (HC-87585).” (*Informativo STF*, n. 531, de 01 a 05.12.2008).

Marcelo Figueiredo anota que “atualmente, o Supremo Tribunal Federal sustenta a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, dos tratados de direitos humanos”.⁹²

Marcelo Figueiredo ainda acrescenta:

Portanto, mesmo antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, encontramos a maioria dos constitucionalistas brasileiros fazendo distinção clara entre os tratados que tenham por objeto e conteúdo os direitos humanos (fundamentais) e os demais (com normas de outra índole). Os primeiros, com a ratificação já estariam incorporados ao ordenamento interno com hierarquia constitucional e, por determinação do § 1º, art. 5º (já mencionado), com aplicabilidade imediata; e os segundos seriam incorporados cumprindo o trâmite que os conduz ao *status* de leis ordinárias, pelo menos até a Emenda Constitucional nº 45, que, como vimos, aborda especificamente a questão, deixando clara a situação dos direitos humanos provenientes de tratados internacionais na ordem constitucional brasileira.⁹³

Creemos que o objetivo da Emenda Constitucional n. 45/2004, ao introduzir o parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, foi o de conferir aos tratados de direitos humanos um regime privilegiado no sistema jurídico brasileiro, assegurando-lhes o *status* de norma constitucional, além de serem materialmente constitucionais e dotados de aplicabilidade imediata.

Nesta seara, Valério de Oliveira Mazzuoli afirma que os tratados que versem sobre direitos humanos apresentam hierarquia materialmente constitucional, por força do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, tendo, portanto, aplicabilidade imediata, independentemente da regra do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal.⁹⁴

⁹² No original: “*actualmente el Supremo Tribunal Federal defiende la jerarquia infraconstitucional pero supralegal, de los tratados de derechos humanos*” (FIGUEIREDO, Marcelo, La internacionalización del orden interno en clave del derecho constitucional transnacional, in *Estudios avanzados de derechos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*, cit., p. 164 – nossa tradução).

⁹³ No original: “*Por tanto, ya antes de la enmienda Constitucional nº 45/2004, encontramos a la mayoría de los constitucionalistas brasileños haciendo una clara distinción entre los tratados que tuvieran por objeto y contenido derechos humanos (fundamentales) incorporados al orden interno con jerarquia constitucional, y por determinación del § 1º, del art. 5º (ya citado), con aplicabilidad inmediata; ya los segundo serían incorporados cumpliendo el itinerario que nos lleva al status de leyes ordinarias, al menos hasta la Enmienda Constitucional nº 45, que como vimos, trató expresamente del tema, dejando clara la situación de los derechos humanos provenientes de tratados internacionales en el orden constitucional brasileño.*” (FIGUEIREDO, Marcelo, La internacionalización del orden interno en clave del derecho constitucional transnacional, in *Estudios avanzados de derechos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*, cit., p. 162 – nossa tradução).

⁹⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: FIGUEIREDO, Marcelo (Coord.). *Novos rumos para o direito público: reflexões em homenagem à Professora Lúcia Valle Figueiredo*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 470.

Da mesma forma, diz que a interpretação do disposto no artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal permite concluir que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil podem ser imediatamente aplicados pelo Poder Judiciário, independentemente de sua promulgação e publicação pela imprensa oficial e de sua aprovação pelo rito do citado parágrafo 3º, sob o fundamento de tais tratados dispensarem a edição de decreto de execução presidencial, uma vez que têm aplicação imediata no ordenamento jurídico brasileiro.⁹⁵

Pensamos que o disposto no artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal não tem o condão de interferir no *status* de norma constitucional conferido aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro, os quais, no nosso ordenamento jurídico, têm assegurada sua constitucionalidade material, em face da regra do artigo 5º, parágrafo 2º, que confere aos tratados de direitos humanos hierarquia constitucional equivalente à da Constituição originária.

Acreditamos que o artigo 5º, parágrafo 3º, do Texto Fundamental pretende dizer, na prática, que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, os quais já possuem *status* de norma constitucional, nos termos do artigo 5º, parágrafo 2º, da Carta Magna, poderão também ser formalmente constitucionais, ou seja, equivalentes a emendas constitucionais, desde que, a qualquer momento, após sua entrada em vigor, sejam aprovados pelo quórum do parágrafo 3º do artigo 5º.

Creemos, outrossim, que a tese da hierarquia infraconstitucional, ainda que supralegal, dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, defendida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343, não mereceria subsistir, já que os direitos fundamentais são direitos constitucionalmente assegurados, não podendo estar ao alvedrio das maiorias legislativas.

A inovação trazida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, ao introduzir o parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, deve ser recebida como apta para conferir aos tratados internacionais de direitos humanos, paralelamente à hierarquia materialmente constitucional

⁹⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Comentários ao § 3º do artigo 5º da Constituição Federal. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord. científica); LEONCY, Léo Ferreira (Coord. executiva). *Comentários à Constituição do Brasil*. 3. tiragem. Coimbra: Almedina, 2014. p. 523.

que detêm e que é assegurada pelo parágrafo 2º, do mesmo artigo 5º, a possibilidade de serem formalmente constitucionais, ao serem incorporados por emenda constitucional, conforme o rito do parágrafo 3º do artigo 5º.

Anote-se que os primeiros tratados que foram aprovados de acordo com o rito acima citado foram a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007.

Na mesma vereda, o artigo 75, 22 da Constituição Argentina, atribui expressamente hierarquia constitucional aos mais relevantes tratados de proteção de direitos humanos.

A Constituição colombiana consagra a prevalência dos tratados de direitos humanos sobre a ordem interna (art. 93).

Por sua vez, o México alterou o artigo 1º de sua Constituição, para adotar o princípio *pro homine* na relação entre o direito interno e os tratados internacionais, em caso de conflito entre as normas interna e internacional, devendo prevalecer a norma mais favorável à pessoa humana.

Por fim, urge destacar que podemos chegar à conclusão de que o bloco de constitucionalidade material e o caráter aberto das cláusulas constitucionais, conforme o disposto no artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, bem como a recepção privilegiada de tratados de direitos humanos na ordem interna, na forma do artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal, são fatores que têm o condão de fomentar o diálogo constitucional-internacional entre cortes.

2.2 A riqueza do direito internacional e os modos pelos quais o direito internacional pode influenciar o direito interno

Como vimos anteriormente, a globalização modificou as relações sociais, econômicas, políticas, culturais e tecnológicas no mundo contemporâneo, propiciando o livre trânsito das pessoas por todo o planeta.

Celso Campilongo anota que:

A globalização envolve, segundo o Arnaud, condições que vão da mudança de modelos de produção à expansão das multinacionais, da crescente importância dos acordos comerciais aos ajustes estruturais neoliberais, da tendência generalizada de promoção da democracia e dos direitos humanos a uma revalorização do Estado de Direito e do poder dos juízes. Por isso, longe de ser um modismo, como se disse, tratar-se-ia de um “paradigma heurístico” que nos permitiria redescrever várias situações e estruturas, inclusive o sistema jurídico. A regulação jurídica da globalização tenderia a ser mais “soft”, pragmática e pluralista. A descrição é correta. A questão é saber se, apesar dessa inegável fragmentação das formas jurídicas, ainda existe – no sistema jurídico – algo que nos permita, por exemplo, distinguir o direito da economia ou da política.⁹⁶

Refere, portanto, o autor que, apesar de díspares os tratamentos teóricos que recebe, “a globalização pode definida como um ‘paradigma heurístico’, para seguir as indicações de Arnaud”⁹⁷, abrindo-se um amplo leque para a nova descrição, em novas bases conceituais, das estruturas e processos sociais contemporâneos, de modo que soberania, democracia, direito, Estado, ordem internacional etc. recebem novos contornos teóricos.

A esse respeito, Marcelo Figueiredo afirma que:

O tema aparece também em razão da forte internacionalização e globalização das relações jurídicas em um mundo cada vez mais segmentado em organizações internacionais, tribunais nacionais, regionais, supranacionais, internacionais, setor público, privado, empresarial, cada um deles emitindo um grande número de normas jurídicas que devem ser interpretadas e aplicadas para além da figura tradicional do Estado.

Ademais, como veremos, a dimensão constitucional da proteção dos direitos em geral (e dos humanos em particular) aumentou sensivelmente. Mas proteger direitos em um mundo plural e globalizado significa ter de compreender necessariamente como eles se apresentam na atualidade.

E os direitos hoje, apresentam-se em várias esferas ou níveis, ou em “rede” como se costuma dizer.⁹⁸

Marcelo Figueiredo, ao discorrer sobre o direito europeu, sugere a necessidade de um diálogo multilateral entre os tribunais europeus e assinala que problemas semelhantes também

⁹⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. Com apresentação e ensaio de Raffaele de Giorgi. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 133.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 113.

⁹⁸ FIGUEIREDO, Marcelo. *O direito constitucional transnacional e algumas de suas dimensões*. Tese (Professor Titular) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2012. p. 15-16. O autor acrescenta que “a dimensão internacional, por exemplo, é somente uma de muitas possíveis dimensões de matéria de ordem constitucional (mas não necessariamente proveniente de uma Constituição), mas ainda assim proteção constitucional de direitos humanos, por exemplo.” (*Ibidem*, p. 15-16).

ocorrem na América Latina, especialmente nos países submetidos à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.⁹⁹

Neste momento, vale registrar que direito internacional e direito interno interagem, mantendo uma relação de interdisciplinaridade, e em “um número crescente de setores e matérias o direito internacional e o direito interno tendem a interagir e a interpenetrar-se mutuamente”.¹⁰⁰

Assim, cumpre examinar como essa influência do direito internacional opera no ordenamento jurídico interno.

Em sendo assim, pensamos que a influência do direito internacional sobre o direito interno é muito grande, cabendo indagar de que forma ocorre essa influência no direito doméstico. Outrossim, estaria esta influência do direito internacional no ordenamento jurídico interno a exigir uma nova postura dos operadores do direito?

Antes de responder a essa indagação, cabe verificar que a influência entre ordens jurídicas é identificada de diversas formas na literatura jurídica: refere-se, genericamente, ao diálogo entre cortes nacionais, como forma de utilização do direito comparado; trata do uso de jurisprudência estrangeira por juízes domésticos como “comparações interestatais”, “fertilização constitucional cruzada”, “empréstimos constitucionais” ou “diálogo transjudicial”, como referem Roberto Dias e Michael Freitas Mohallem.¹⁰¹

Anote-se que a multiplicidade de abordagens e terminologias empregadas evidencia a dificuldade teórica inaugurada por uma prática que se torna objeto de inúmeras cortes constitucionais.

⁹⁹ “Tome-se o caso do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), dos Tribunais Constitucionais e do Tribunal ou Cortes Supremas da Europa, e ainda da União Europeia e de sua Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CEDH), e sua inter-relação com o Convênio Europeu de Direitos Humanos (CvEDH). Imagine-se a complexa relação que se estabelece entre todas essas ordens, somente para ficar no caso da Europa. Tem-se só aqui uma complexa relação entre quatro (4) tribunais o que permite só aqui visualizar que os sujeitos desse necessário ‘diálogo’ jurisdicional sobre os direitos europeus são várias partes: o diálogo, nessa medida, nem sempre será bilateral, mas freqüentemente multilateral.” (FIGUEIREDO, Marcelo, *O direito constitucional transnacional e algumas de suas dimensões*, cit., p. 17).

¹⁰⁰ Ibidem, p. 26.

¹⁰¹ DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas, *O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede internacional de cortes constitucionais*, cit., p. 372.

André de Carvalho Ramos revela que o efeito harmônico da pluralidade de ordens jurídicas produz:

[...] os seguintes fenômenos: a) a abertura do ordenamento interno às fontes internacionais (convencionais ou extraconvencionais); b) reconhecimento de um estatuto superior das normas internacionais ou das decisões internacionais, com a consagração do bloco de constitucionalidade composto por normas internacionais agora com hierarquia constitucional; c) uso retórico e argumentativo da *ratio decidendi* internacional para fundamentar a decisão nacional, incrementando seu poder de convencimento, especialmente útil nas rupturas hermenêuticas promovidas pelos Tribunais nacionais; d) influência dos avanços nacionais na redação e interpretação do Direito Internacional, especialmente vista na interpretação de Direitos Humanos nos órgãos internacionais, sempre abertos a novos marcos de proteção (mesmo de origem nacional).¹⁰²

Passemos ao exame dos institutos que, em nosso mundo contemporâneo, traduzem a influência da pluralidade de ordens jurídicas passíveis de incidência em um mesmo problema jurídico.

2.2.1 O costume internacional: a abertura do ordenamento interno pelas fontes internacionais extraconvencionais

A abertura do ordenamento interno às fontes internacionais pode se dar através de (i) fonte internacional convencional: incorporação de um tratado internacional ao ordenamento jurídico nacional, como vimos no item anterior deste capítulo, bem como de (ii) fonte extraconvencional, representada pelo costume internacional, que tem sido aplicado no ordenamento brasileiro, não obstante sua omissão na Constituição Federal brasileira.

André de Carvalho Ramos disserta que “essa omissão não impediu, contudo, que o Supremo Tribunal Federal (entre outros tribunais brasileiros) aplicasse *diretamente* o costume internacional aos processos internos, como se fosse *law of the land*”.¹⁰³

O mesmo autor exemplifica com o caso envolvendo o conflito judicial entre a Síria e o Egito, após a dissolução da República Árabe Unida, relativo à propriedade de imóvel no Rio de Janeiro, sede da antiga embaixada comum, em que o Supremo Tribunal Federal¹⁰⁴

¹⁰² RAMOS, André de Carvalho, Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional, cit., p. 505.

¹⁰³ Ibidem, p. 506.

¹⁰⁴ STF – Ação Civil Originária n. 298/DF, rel. para o acórdão Min. Décio Miranda, j. 14.04.1982, DJ, de 17.12.1982.

reconheceu a aplicação do costume internacional da *imunidade absoluta* de jurisdição, em confronto com o disposto pelo artigo 12, parágrafo 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil¹⁰⁵, que disciplina acerca da competência do juízo brasileiro para conhecer de ações reais sobre imóveis situados no Brasil.

Na mesma esteira, há inúmeros exemplos de invocação, pelo Supremo Tribunal Federal, de normas extraconvencionais de direitos humanos¹⁰⁶ e da Resolução de Prevenção ao Crime e Justiça Penal da ONU¹⁰⁷ (resolução não vinculante da Assembleia Geral), invocando-se, ainda, como vinculantes, diplomas internacionais da *soft law* que, em tese, não vinculariam o Brasil.¹⁰⁸

2.2.2 Bloco de constitucionalidade

O bloco de constitucionalidade é um dos modos pelos quais o direito internacional pode influenciar o direito interno.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 permite, em seu artigo 5º, parágrafo 2º¹⁰⁹, o reconhecimento de um bloco de constitucionalidade amplo, que abrange os direitos previstos nos tratados internacionais de direitos humanos.

Dessa forma, além dos direitos expressamente positivados no capítulo sobre os direitos e garantias fundamentais, há outros direitos que, por seu conteúdo e significado, integram o

¹⁰⁵ Decreto-Lei n. 4.657, de 04.09.1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro): “Art. 12. É competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação. § 1º. Só à autoridade judiciária brasileira compete conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil. § 2º. A autoridade judiciária brasileira cumprirá, concedido o *exequatur* e segundo a forma estabelecida pela lei brasileira, as diligências deprecadas por autoridade estrangeira competente, observando a lei desta, quanto ao objeto das diligências. (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010).” (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 20 out. 2016).

¹⁰⁶ Supremo Tribunal Federal: ADI n. 3.741, rel. Min. Ricardo Lewandowski (mencionando a Declaração Universal de Direitos do Homem); HC n. 81.158-2, rel. Min. Ellen Gracie (citando a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959); HC n. 82.424-RS, rel. para o acórdão Min. Maurício Corrêa (mencionando a Declaração Universal de Direitos Humanos); RE n. 86.297, rel. Min. Thompson Flores (mencionando a Declaração Universal de Direitos do Homem); ADI n. 3.510, rel. Min. Carlos Britto (no voto do Min. Ricardo Lewandowski, menção à Declaração Universal sobre Bioética).

¹⁰⁷ STF – HC n. 91.952, rel. Min. Carlos Britto.

¹⁰⁸ STF – ADI n. 3.510-0, rel. Min. Ricardo Lewandowski.

¹⁰⁹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 2º. 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.”

sistema da Constituição, formando o bloco de constitucionalidade, o qual não se restringe a uma concepção formal de Constituição e de direitos fundamentais.

O artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal é uma cláusula que confere a abertura material do sistema constitucional de direitos fundamentais.

O bloco de constitucionalidade é composto por normas internacionais com hierarquia formalmente constitucional, por força do disposto pelo artigo 5º, parágrafo 3º¹¹⁰, da Constituição Federal.

Segundo André de Carvalho Ramos¹¹¹, o bloco de constitucionalidade “consiste na reunião de textos considerados de estatura constitucional, o que inclui a Constituição e outros diplomas normativos igualmente considerados de hierarquia constitucional”.

O denominado bloco de constitucionalidade amplia o parâmetro de controle de constitucionalidade, devendo abarcar os dispositivos do bloco como paradigma de confronto das leis e atos normativos infraconstitucionais.¹¹²

Ademais, os artigos da Constituição Federal que tratam do princípio da supremacia da Constituição, como os relativos ao controle difuso e concentrado de constitucionalidade (arts. 102 e 103)¹¹³ devem ser compreendidos como mecanismo de preservação da supremacia do

¹¹⁰ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 5º [...] § 3º. 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).”

¹¹¹ RAMOS, André de Carvalho, Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional, cit., p. 508.

¹¹² Supremo Tribunal Federal: ADI n. 595/ES, decisão monocrática do rel. Min. Celso de Mello, j. 18.02.2002; ADI n. 514/PI, rel. Min. Celso de Mello, j. 24.03.2008.

¹¹³ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993). [...]. Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. § 1º. O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal. § 2º. Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao

bloco de constitucionalidade como um todo, e não apenas da Constituição Federal, o que acarreta as seguintes consequências: (i) a constitucionalização do direito, fenômeno segundo o qual as normas do ordenamento sofrem influência dos comandos constitucionais e das normas dos tratados celebrados sob o rito especial; (ii) a filtragem constitucional do ordenamento, consubstanciada pela exigência de coerência de todo o ordenamento aos valores da Constituição, passa a contar também com o filtro dos valores, oriundo dos tratados de rito especial; (iii) as normas paramétricas de confronto no controle de constitucionalidade devem levar em consideração a Constituição e os tratados celebrados pelo rito do artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal, cabendo acionar o controle abstrato de constitucionalidade, em todas as suas modalidades, bem como a arguição de descumprimento de preceito fundamental, para preservar as normas previstas nesses tratados internacionais, cabendo, por fim, recurso extraordinário quando a decisão impugnada ferir dispositivo da Constituição ou dos tratados celebrados sob o rito especial.¹¹⁴

2.2.3 Uso retórico e argumentativo da *ratio decidendi* internacional para fundamentar decisão nacional

O uso retórico e argumentativo da *ratio decidendi* internacional para fundamentar decisão nacional é utilizado para incrementar o poder de convencimento dos tribunais nacionais, principalmente nos casos que representam rupturas hermenêuticas.

2.2.4 Uso das leis e decisões nacionais para influenciar a redação e interpretação do direito internacional

O uso das leis e decisões nacionais para influenciar a redação e interpretação do direito internacional é um exemplo de harmonia do pluralismo de ordens jurídicas e ocorre principalmente na interpretação dos direitos humanos pelos órgãos internacionais, que estão abertos a novos marcos de proteção, como ocorreu no caso Goodwin perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, que condenou o Reino Unido por violação aos artigos 8º (direito à vida

Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. § 3º. Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado. § 4º. (Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).”

¹¹⁴ RAMOS, André de Carvalho, Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional, cit., p. 509.

privada) e 12º (direito ao matrimônio), em julgamento de julho de 2002, sob a justificativa de que os efeitos jurídicos devem acompanhar a possibilidade de cirurgia para mudança de sexo e tratamento psicológico e hormonal decorrentes de tal mudança.¹¹⁵

2.2.5 A utilização de jurisprudência estrangeira pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil

Marcelo Figueiredo examina o uso de elementos não nacionais de cortes estrangeiras pelos tribunais nacionais, no exercício da jurisdição constitucional, e aborda a função da comparação nessas decisões, indagando por que, para que existem e qual o método utilizado.

O autor também analisa a relação da decisão estrangeira com a realidade nacional, a função utilizada por esses empréstimos, questionando a existência, ou não, de eventual perigo em adotar decisões de cortes estrangeiras para solucionar casos nacionais e conclui que, aparentemente, a não utilização dessas decisões de cortes ou tribunais estrangeiros pelo Supremo Tribunal Federal enquadra-se no conceito de *bricolage*, em que o intérprete recorre a experiências estrangeiras de modo aleatório, desenvolvendo o magistrado um trabalho de oferecer razões, como *um bricoleur*.¹¹⁶

Marcelo Figueiredo explica que:

Verifica-se que o assim chamado “novo” direito constitucional brasileiro se funda, portanto, na dupla constatação de que, após a Constituição de 1988, a redemocratização do país e a sua conseqüente reinstitucionalização se deram no âmbito de uma mudança de paradigma. Os pilares bem marcados desse edifício institucional são: a) a força normativa da Constituição, com a busca de efetividade de suas normas e b) o desenvolvimento de uma dogmática constitucional fundada em princípios.

Nesse contexto, a antiga contraposição entre a jurisprudência do *code based legal systems* (vinculada ao princípio da legalidade) e a jurisprudência do *judge-made Law* está cada vez menos importante.

Parece não ser mais correta a assertiva segundo a qual existiria uma incompatibilidade visceral entre os dois sistemas. Nota-se uma certa tendência de aproximação entre o assim chamado *common Law* e a tradição do *civil Law*.¹¹⁷

¹¹⁵ RAMOS, André de Carvalho, Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional, cit., p. 510.

¹¹⁶ FIGUEIREDO, Marcelo. Notas a respeito da utilização de jurisprudência estrangeira pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*: RBEC, Belo Horizonte, Fórum, v. 3, n. 12, p. 61, out./dez. 2009.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 67.

O autor examina inúmeros julgados do Supremo Tribunal Federal, constatando que as decisões estrangeiras são utilizadas ora como simples notícia do teor da decisão adotada por aquele tribunal, ora como reforço de argumento para a decisão monocrática constante do voto de seus ministros, ora como fundamento objetivo e concatenado de suas decisões, como podemos observar nos seguintes julgados:

a) ADPF n. 54 (fetos anencéfalos): o Código Penal, da década de 40, pune a prática do aborto provocado pelas gestantes ou com seu consentimento, bem como o aborto provocado por terceiro, com ou sem a anuência dela, já o seu artigo 128 prevê que não se pune o aborto praticado por médico, se não há outro meio de salvar a vida da gestante ou se a gravidez é resultante de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante.

Observa-se que não há permissão legal expressa para a prática de aborto na hipótese de se constatar a má-formação do feto. Contudo, a jurisprudência, apesar de alguma divergência, passou a admitir tal prática nos últimos anos.

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde apresentou ADPF perante o Supremo Tribunal Federal, pretendendo uma interpretação conforme a Constituição dos artigos 125, 126, 128, I e II do Código Penal, para ver declarada inconstitucional a interpretação que considera tais artigos como impeditivos do aborto nos casos de gravidez de feto anencéfalo.

O ministro Gilmar Mendes utilizou jurisprudência estrangeira das Cortes Constitucionais austríaca e alemã a respeito da solução do conflito entre as leis pré e pós-constitucionais e a Constituição. Após tais citações, concluiu que, considerando o fato da norma impugnada ser pré-constitucional, passou a ser incompatível com a Constituição Federal de 1988. Assim, nesse caso a citação era exemplificativa e dispensável.¹¹⁸

¹¹⁸ “Em seguida, parte o Ministro Gilmar Mendes para o exame do tema da subsidiariedade da ADPF, discutindo-se se haveria ou não outro meio eficaz para impugnar a matéria, nos termos do artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99. Para isso, traz alguns julgados do Tribunal Constitucional Alemão e Espanhol para corroborar a ideia de que também no direito espanhol o princípio da subsidiariedade é atenuado para conhecer da alegada inconstitucionalidade. Finaliza argumentando que, se no caso é admissível um *habeas corpus*, com mais segurança seria admissível a ADPF, tendo em vista a demora do *habeas corpus* para chegar ao Supremo Tribunal Federal, fazendo com que a gravidez não pudesse ser interrompida devido a seu avanço. Destarte, verifica-se que não integram a decisão do Ministro os argumentos de direito estrangeiro previamente utilizados.” (FIGUEIREDO, Marcelo, Notas a respeito da utilização de jurisprudência estrangeira pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil, cit., p. 59).

b) HC n. 82.424-2/RS: trata-se de caso em que o paciente, Sigfried Ellwanger Castan, foi acusado da prática do crime de racismo em face do povo judeu, devido à autoria da obra “Holocausto – judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira do século”, que retrata o holocausto como algo inventado pelos judeus, e não como um fato que realmente ocorreu.

O julgamento do Supremo Tribunal Federal ateve-se basicamente a dois pontos essenciais. O primeiro buscou analisar se o povo judeu poderia ou não ser considerado raça, e o segundo apreciou a questão do conflito entre o direito à liberdade de expressão do paciente e a dignidade da pessoa humana, por parte do povo judeu.

O ministro Mauricio Corrêa trouxe diversos casos estrangeiros, em que a corte decidiu que, apesar de os judeus não serem considerados uma raça, tal fato não os retira da proteção contra o racismo, dada pela 13ª Emenda à Constituição norte-americana. Concluiu que os atos do paciente constituem racismo e que, portanto, são imprescritíveis. Percebe-se que o ministro utilizou as decisões para reiterar seu argumento de que os judeus, apesar de não constituírem uma raça, devem ser protegidos pela legislação antirracismo.

O ministro Gilmar Mendes, por sua vez, citou jurisprudência do direito estrangeiro para reiterar seu entendimento de que o racismo não pode ser conceituado juridicamente a partir da referência de raça, mas sim enquanto fenômeno social e histórico complexo. A decisão do ministro foi influenciada pela jurisprudência estrangeira relativa à proporcionalidade.

Já o ministro Nelson Jobim trouxe à colação dois casos de decisões estrangeiras, mas o fato dele achar que os judeus constituem uma raça não tem relação com as jurisprudências citadas.

O ministro Celso de Mello citou vários casos da jurisprudência estrangeira, mas sua decisão não decorreu ou foi influenciada pela jurisprudência citada. Entendeu que houve racismo no caso em exame.

c) HC n. 73.351-4/SP (*fruits of the poisonous tree*): trata-se de julgamento de um *habeas corpus* no qual foi obtida informação de modo ilícito, por meio de escuta telefônica que levou à interceptação de um carregamento de cocaína.

O *habeas corpus* foi deferido por maioria de votos, vencidos quatro ministros. Confirmam-se os principais argumentos de jurisprudência estrangeira utilizados, citados por Marcelo Figueiredo:

O Ministro Ilmar Galvão não argumenta com a jurisprudência estrangeira. Já o Ministro Sepúlveda Pertence cita o caso *Nordone versus United*, de 1939, mas não explora a aplicação do direito estrangeiro ao direito brasileiro. Afirma que adere a esta teoria ou doutrina dos frutos proibidos. Anote-se que, recentemente, a Suprema Corte norte-americana reverteu esse entendimento no caso *Herring*, julgado no ano passado, relativizando essa doutrina da árvore do fruto proibido e a proibição do uso da prova tida como “ilícita”.¹¹⁹

d) HC n. 93.050-6¹²⁰: dentre outros aspectos, cumpre destacar, neste julgado, a questão da utilização da doutrina dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), ou seja, a questão da ilicitude por derivação.

De acordo com Marcelo Figueiredo:

Apoiou sua decisão na “teoria dos frutos da árvore envenenada”, como se sabe desenvolvida nos Estados Unidos da América. A questão da fonte autônoma de prova (“*an independent source*”) e sua desvinculação causal da prova ilicitamente obtida tem como fundamento os casos *Silversthorne Lumber Co v. United States* (1920), *Segura v. United States* (1984), *Nix v. Williams* (1984), *Murray v. United States* (1988).

Há notícia, conforme visto, que a Suprema Corte norte-americana recentemente alterou esse entendimento no caso *Herring v. United States*, de 14 de janeiro de 2009, assim ementado: “*When police mistakes leading to an unlawful search are the result of isolated negligence attenuated from the search, rather than systemic error or reckless disregard of constitutional requirements, the exclusionary rule does not apply. The fact that a search or arrest was unreasonable does not necessarily mean that the exclusionary rule applies.*”¹²¹

Portanto, o Supremo Tribunal Federal decidiu neste caso que ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base unicamente em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação.

¹¹⁹ FIGUEIREDO, Marcelo, Notas a respeito da utilização de jurisprudência estrangeira pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil, cit., p. 62-63.

¹²⁰ Ementa: “Fiscalização tributária. Apreensão de livros contábeis e documentos fiscais realizada em escritório de contabilidade, por agentes fazendários e policiais federais sem mandado judicial. Inadmissibilidade. Espaço privado, não aberto ao público, sujeito à proteção constitucional da inviolabilidade domiciliar (art. 5º, XI). Subsunção do conceito normativo de “casa” – necessidade de ordem judicial. Administração pública e fiscalização tributária. Dever de observância dos limites jurídicos constitucionais. Impossibilidade de utilização, pelo Ministério Público, de prova obtida com transgressão à garantia da inviolabilidade domiciliar. Prova ilícita. Inidoneidade jurídica.”

¹²¹ FIGUEIREDO, Marcelo, op. cit., p. 63.

e) ADPF-MC n. 130-7/DF (Lei de Imprensa – Suspensão Parcial – Lei n. 5.250/67, anterior à Constituição de 1988): o Partido Democrático Trabalhista entendeu que diversos dispositivos da Lei de Imprensa perderam fundamento de validade, em face da Constituição de 1988 e de seus valores democráticos.

Neste caso, apenas dois ministros (Celso de Mello e Menezes Direito) mencionaram o direito estrangeiro, contudo sem fazer conexões diretas com o direito nacional.

O ministro Menezes Direito citou Oliver Holmes e o caso *Patterson vs. Colorado* (1907) e *Whitney vs. California*, mas somente para concluir que a construção da democracia americana prestigiou a ideia de liberdade de expressão do pensamento e do protesto político.

Por sua vez, o ministro Celso de Mello citou a Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso *Lingens*, afirmando ser inadmissível negar à imprensa o direito de interpretar as informações e de apresentar as críticas pertinentes.

f) ADI n. 3.128-7/DF: tratava-se de discutir a constitucionalidade da incidência de contribuição previdenciária aos aposentados.

No voto vencido do ministro Celso de Mello há referência expressa à decisão do Tribunal Constitucional português (Acórdão n. 173/2001), no sentido de que “não se revela possível ao Estado, violar princípios ou disposições constitucionais autônomas”.

g) ADI n. 3.112-1/DF: cuida de questão referente ao estatuto do desarmamento e eventuais inconstitucionalidades relativas a prováveis invasões de competências estaduais.

Em seu voto, o ministro Gilmar Mendes fez uma longa explanação acerca de decisões do Tribunal Constitucional alemão a respeito dos graus de intensidade do controle de constitucionalidade das leis. Ao final, parece que levou em consideração essa doutrina, embora não tenha feito referência expressa a esse fato em sua conclusão.

Há diversos casos em que o Supremo Tribunal Federal levou em conta, direta ou indiretamente, decisões de Supremos Tribunais ou cortes. Seguem os julgados mais significativos:

a) HC n. 95.967: envolve a temática da admissibilidade ou não da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro no período posterior ao ingresso do Pacto de São José da Costa Rica no direito nacional.

O Supremo Tribunal Federal, sobre o tema, filiou-se à orientação acerca da inexistência de sustentação jurídica para a prisão civil do depositário infiel.

No voto do relator, destacou-se o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Humanos (art. 11) e da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, 7), concluindo que esses diplomas estão abaixo da Constituição, mas acima da legislação interna, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.

Este caso revelou uma disposição do Supremo Tribunal Federal de estabelecer um diálogo constitucional com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, compreendendo que a proteção internacional dos direitos humanos deve ser acolhida por qualquer tribunal, evitando conflitos entre as diversas ordens jurídicas envolvidas.¹²²

b) ADI-MC n. 3.937-7: trata do conflito entre lei estadual proibindo a comercialização do amianto no Estado de São Paulo e lei federal permitindo a referida comercialização.

Há diversas questões jurídicas envolvidas nesse caso. A primeira diz respeito ao tema das competências, se faria parte do rol de competências exclusivas da União.

Alegou-se, ainda, que os Estados da federação têm legislado de forma contrária à Constituição. O ministro Joaquim Barbosa não aceitou que as normas estaduais fossem inconstitucionais.

O ministro Joaquim Barbosa lembrou o decidido pela Corte Europeia de Direitos Humanos, que rejeitou o argumento do governo belga de que a adequação da ordem jurídica interna a uma decisão da Corte apenas poderia ser realizada por meio da aprovação de uma lei pelo Parlamento. Tratava-se de um caso de revisão do Código Civil belga, para estender o direito de suceder aos filhos nascidos fora do vínculo matrimonial.

¹²² FIGUEIREDO, Marcelo, *O direito constitucional transnacional e algumas de suas dimensões*, cit., p. 82.

Citou ainda precedentes norte-americanos, em que a Suprema Corte declarou a validade da proibição fundada em razões de saúde pública, ao apreciar a legislação do Maine, que proibia o comércio de determinadas espécies de peixes de água doce no território estadual, pois entendeu que o Estado conseguira demonstrar que a proibição atendia a um interesse local legítimo e que esse interesse não poderia ser atendido por nenhuma outra espécie de medida não discriminatória.

Assim, analisando-se os casos mencionados, concluímos com Marcelo Figueiredo, no sentido de que é possível afirmar que, aparentemente, não havia um método que presidia a utilização dessas decisões de cortes ou tribunais estrangeiros, tratando-se de mera *bricolage*¹²³, com exceção do caso envolvendo a prisão do depositário infiel (HC n. 95.967), no qual se estabeleceu um diálogo constitucional com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, e que será objeto do último capítulo deste estudo. Nos demais casos, o Supremo Tribunal Federal levou em conta direta ou indiretamente as decisões de tribunais e cortes internacionais, sem a utilização de um método específico, oportunidade na qual utilizou a jurisprudência estrangeira ora como citação, reforço de argumentos, ou a título exemplificativo, mas sem uma conexão com o direito nacional.

Entretanto, a realidade atual modificou-se e o Supremo Tribunal Federal tem efetuado o diálogo entre cortes, como podemos conferir da análise dos votos no julgamento da ADI n. 5.240/SP, que será objeto de exame no final deste estudo.

Além disso, os demais magistrados brasileiros passaram a ter condições de considerar os julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, diante da disponibilização de todos os julgados dessa Corte no idioma português, observando, ainda, o Pacto Internacional de São José da Costa Rica em seus julgados.

Ademais, a realização de audiências de custódia pelos magistrados de primeiro grau no País coroam a observância às normas de tutela dos direitos humanos, principalmente o artigo 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos do Homem e os artigos 9º a 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

¹²³ FIGUEIREDO, Marcelo, Notas a respeito da utilização de jurisprudência estrangeira pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil, cit., p. 68.

Com relação ao uso da jurisprudência estrangeira pelo Supremo Tribunal Federal, vale frisar que a sua utilização ganhou espaço a partir da decisão do caso *Roper vs. Simmons* (2005), na Suprema Corte norte-americana.

A razão do necessário afastamento entre o constitucionalismo e o internacionalismo encontra-se na perspectiva de que certos tribunais naturalmente têm suas razões de decidir, que são voltadas à jurisdição de determinados Estados.

No entanto, o movimento de criação do neoconstitucionalismo é decisivo para a elevação do papel das decisões judiciais entre Estados, abandonando-se a clássica ideia de privilegiar apenas tratados e convenções, ratificados internacionalmente e em seguida internalizados nos diversos países.

Entretanto, como vimos acima, a jurisprudência estrangeira tem sido invocada, em diversos países, sem preocupação metodológica ou de legitimidade quanto ao seu uso.

Cumprido, então, identificar alguns pressupostos dessa discussão e das respectivas concepções constitucionais adotadas na aceitação e no repúdio dessa utilização, não obstante esta abordagem esteja restrita ao âmbito da Justiça Constitucional.

Inicialmente, cumpre assinalar que não é possível tratar de maneira idêntica o uso pela Justiça Constitucional da jurisprudência constitucional estrangeira e da jurisprudência proveniente de tribunais da ordem internacional, como o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e o Tribunal Penal Internacional, seja por uma referência genérica a uma “jurisprudência estrangeira” *lato sensu* ou a elementos estrangeiros, seja equiparando essas referências a uma espécie de jurisprudência estrangeira igualmente constitucional, para fins de enfrentamento de seu uso nacional.

A forma de utilização da jurisprudência constitucional estrangeira pode se dar por assimilação, incorporação e reprodução, entre outros modelos.

Há inúmeras possibilidades de utilização de jurisprudência estrangeira pela Justiça Constitucional de um país, que não são excludentes, podendo ser usada de forma diversificada, o que pode ser interpretado como falta de uma metodologia constitucional

consistente, uso manipulativo consciente de alguma mudança na história constitucional do país ou uso alternado consciente e justificado.¹²⁴

O modelo de interlocução pode ser praticado como uma interlocução com as decisões majoritárias, realizada a pesquisa em um amplo universo de Estados, como também pode ser uma interlocução com algumas poucas decisões, ou até mesmo uma única decisão, sendo relevante a justificação desse uso.

Quando se trata de assunto novo, sem decisões referenciais, justifica-se a consulta à única decisão estrangeira que há na matéria, para fins de diálogo.

O modelo de submissão pode ser referente a um único país, como também pode ser uma submissão múltipla, ou seja, a mais de uma realidade constitucional estrangeira.

No modelo decorativo, apenas se reforça uma decisão já previamente adotada.

Em algumas situações, fala-se em modelos falsos-positivos, quando, por exemplo, argumenta-se com a importância da abertura, declara-se filiação aos pressupostos de um modelo de interlocução e, efetivamente, pratica-se um modelo de submissão, decorativo ou de repulsa, que se apresenta formalmente como tal, mas, na realidade, é um modelo de interlocução ou até de subordinação.

Cumprir asseverar que os modelos acima descritos podem abarcar diversas possibilidades de utilização da jurisprudência constitucional estrangeira.

No que concerne ao modelo da submissão, André Ramos Tavares afirma que o primeiro a ser referido é o de deferência total à jurisprudência constitucional estrangeira, daí porque é chamado de teoria da submissão que, segundo o autor, representa uma forma de neocolonialismo.

A deferência máxima a um algum específico Estado estrangeiro, característica de tribunais com pouca tradição democrática, significa a importação plena do sistema

¹²⁴ TAVARES, André Ramos. Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais: RBEC*, Belo Horizonte, Fórum, v. 3, n. 12, p. 24, out./dez. 2009.

constitucional estrangeiro, por meio de decisões constitucionais, o que implica um alto risco de tornar o ordenamento jurídico nacional inoperante, pois se tornaria subordinado ao ordenamento estrangeiro.

Nessa situação, as bases do constitucionalismo seriam minadas e a corte passaria a ser mera intermediária, desvirtuando-se a função jurisdicional dos tribunais.

Esse seria o modelo a ser adotado por tribunais constitucionais da Europa Oriental, mas também da África e da América Latina, cujos países estariam compelidos à utilização decisiva de jurisprudência constitucional estrangeira, sendo que, nesse caso, o único critério para o uso da jurisprudência estrangeira é a experiência constitucional reduzida.

O modelo de subordinação significa uma transferência, para uma constelação difusa de Justiças constitucionais estrangeiras, de responsabilidades que devem caber ao próprio Estado constitucional.

Também se poderia desencadear um modelo de subordinação, como aqui compreendido como a proposta de eliminar quaisquer diferenças e particularidades nacionais, em nome de um possível direito global.

Em posição oposta está o modelo de repulsa, que foi bem representado pela Suprema Corte norte-americana e pela doutrina daquele país.

Os modelos parciais de rejeição são por vezes praticados por Estados que aceitam o diálogo com outras jurisdições constitucionais estatais.

Anote-se, outrossim, que modelos parciais de rejeição podem se formar validamente como uma reação a sistemas jurídicos que se tornem isolados e, nessa perspectiva, imprestáveis ao diálogo e troca de experiências.

Por sua vez, o modelo decorativo diz respeito à não utilização de jurisprudência constitucional estrangeira. Há uma mera referência, desnecessária contudo, como forma de demonstrar conhecimento e autoridade. As citações estrangeiras prevalecem de maneira

textual, sem demonstração de pertinência, pesquisa estrangeira ou diálogo com o material colhido.

O modelo decorativo se aproxima do modelo de rejeição, e utiliza o elemento não nacional de maneira meramente decorativa, como reforço de argumento de uma decisão tomada anteriormente à citação estrangeira.¹²⁵

O modelo de unilateralismo é o modelo oficialmente “cego” às decisões constitucionais estrangeiras, sem desaprovar o seu uso. Na França, as decisões são proferidas em exíguo espaço de tempo e sem referência a elementos estrangeiros. É um modelo que não se refere à jurisprudência constitucional estrangeira, sem considerar o procedimento inadequado.

O modelo de interlocução é uma das principais formas de utilização da jurisprudência constitucional estrangeira pelas Justiças constitucionais, pois permite compreender, discutir, refletir e eventualmente aproveitar essas decisões e suas razões de decidir, considerando as particularidades do caso trazido para julgamento.

Significa, assim, que não se trata de mera deferência à jurisprudência estrangeira, mas conhecimento de sua existência, para eventual utilização, determinante para a solução final.

Esse modelo costuma ser associado a um modelo dialógico de utilização dos elementos estrangeiros.

Importa registrar para o presente estudo que, segundo André Ramos Tavares, no modelo de interlocução mostra-se imprescindível a identificação das razões de decidir e sua problematização, para fins de se detectar a possibilidade de aproveitar a decisão estrangeira para o caso nacional.

As mesmas considerações a respeito do processo hermenêutico do direito, especialmente sobre a ideia de concretização constitucional e determinação da norma legal

¹²⁵ TAVARES, André Ramos, Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional, cit., p. 31-34.

aplicável, são cabíveis ao caso sob exame. Assim, essa forma de enxergar o direito vale tanto para a decisão estrangeira, quanto para uma decisão nacional.

De fato, para uma solução adequada do problema, não basta conhecer a solução final dada pela jurisprudência, mas conhecer o caso concreto que deu origem à jurisprudência, bem como as razões dessa decisão e o contexto em que ela foi adotada.¹²⁶

De posse desses elementos, é possível considerar a adoção de determinada solução e a compatibilidade do material a ser utilizado com o sistema constitucional pátrio.

É possível, outrossim, a identificação de outros critérios para a seleção referida, como, por exemplo, buscar o diálogo em casos de questões mais controvertidas ou mais novas.

O que se vê é que o encaminhamento adequado da problemática depende sempre da análise pontual do ordenamento constitucional vigente.

No Brasil, as Constituições foram, de modo geral, expressas quanto à possibilidade de utilização de tratados internacionais.

No atual estágio do constitucionalismo e particularmente no contexto de um constitucionalismo que se fortaleceu pela atuação judicial ou de tribunais constitucionais, o desdobramento de uma cláusula bloqueadora enfrentaria sérias resistências e dificilmente seria aplicável em nosso ordenamento jurídico.

Extremo oposto ao da Constituição que permite o uso de elementos estrangeiros está aquela que impõe a sua utilização. Exemplo que se conhece de Constituição que contempla regra expressa quanto à consideração do direito estrangeiro é a Constituição sul-africana, de 1996.

Há Constituições que, embora não adotem cláusula expressa, sugerem, por motivação histórica, a consulta à jurisprudência estrangeira. O exemplo estrangeiro tem encontrado uso frequente nas Constituições contemporâneas, como é o caso da Constituição brasileira de

¹²⁶ TAVARES, André Ramos, Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional, cit., p. 35.

1988, que utilizou, como referência externa, a Constituição portuguesa. Vale destacar que a prática de referência estrangeira vem desde a Constituição de 1891, que teve forte inspiração na Constituição norte-americana.

Em resumo, sendo ou não previsto expressamente, o uso de jurisprudência constitucional estrangeira é válido, nos termos de um modelo de interlocução fundado na proteção máxima dos direitos humanos fundamentais.

Quando se trata de alcançar, promover e ampliar os direitos humanos fundamentais, um modelo específico de interlocução deve ser privilegiado.¹²⁷

Acreditamos que a utilização da jurisprudência constitucional estrangeira deve promover um incremento do nível de proteção dos direitos humanos fundamentais, desde que seja compatível com os comandos dogmáticos da Constituição nacional.

A semelhança entre a maioria dos textos constitucionais dos países do Ocidente, quanto aos objetivos democráticos e sociais a serem assegurados em seus Estados, os aproxima no que se refere às normas constitucionais referentes aos direitos humanos fundamentais.

Essa comunidade temática vem se consolidando em diversos documentos internacionais e supranacionais ao longo do tempo e é símbolo dessa possibilidade de comunicação e diálogo entre distintas nações, notadamente quanto aos direitos fundamentais. Daí porque as Constituições contemporâneas apresentam grande proximidade quanto às chamadas partes introdutórias, dogmáticas e, até mesmo, orgânicas.

Considerando que um dos maiores objetivos é a promoção dos direitos humanos fundamentais e que o constitucionalismo coloca problemas idênticos aos Estados

¹²⁷ “A doutrina que vem tratando do assunto da utilização de elementos constitucionais estrangeiros não deixa de relembrar que mesmo o constitucionalismo norte-americano, que efetivamente fundou o constitucionalismo como veio a ser concebido até os dias de hoje, por diversas nações, em suas grandes linhas de força, também valeu-se, em sua origem, de elementos estrangeiros. [...] A opção pela abertura à jurisdição constitucional não nacional deve ser amplamente praticada por todas as nações, e não apenas por algum grupo específico de países, quando se tratar de direitos humanos fundamentais.” (TAVARES, André Ramos, Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional, cit., p. 49-50).

constitucionais, deve-se pensar em um direito fundamental implícito à ampla proteção decorrente da utilização cruzada de jurisprudência constitucional internacional.

Dessa forma, dentro de um sistema que admita o uso da jurisprudência constitucional internacional de maneira crítica e consistente, seu uso decorre da própria ideia de maximização dos direitos humanos fundamentais.

Esclareça-se que, conquanto o uso de decisões estrangeiras pela Justiça constitucional possa ser combatida, por se ver nesse uso a autorização para um certo ativismo judicial, visto como depreciativo à democracia, concluímos, com André Ramos Tavares, no sentido de que a discussão interpretativa é uma medida válida, embora sua utilização deva ser realizada de maneira ponderada, com a demonstração do cabimento e necessidade do uso, no âmbito nacional, desses elementos estrangeiros.¹²⁸

2.2.6 A contribuição de Giuseppe de Vergottini para o tema do diálogo entre os tribunais

A contribuição de Giuseppe de Vergottini é muito importante para o tema do diálogo entre os tribunais e se mostra essencial para o nosso estudo.

Giuseppe de Vergottini leciona que: “Fundamentalmente, fala-se em diálogo, quando, no curso de uma resolução, podemos encontrar uma resenha proveniente de um ordenamento diferente; externo portanto daquele em que a resolução exige sua eficácia. De tal dado se pretende obter a confirmação da existência de um diálogo de jurisdições.”¹²⁹

¹²⁸ TAVARES, André Ramos, Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional, cit., p. 51.

¹²⁹ No original: “*Fundamentalmente suele hablarse de dialogo cuando en el curso de una resolución podemos encontrar una reseña proveniente de un ordenamiento diferente; externo por tanto de aquel en el que la resolución despliega su eficacia. De tal dato se pretende obtener la confirmación de la existencia de un diálogo de jurisdicciones.*” (VERGOTTINI, Giuseppe de. El diálogo entre tribunales. Traducción de F. Reviriego Picón. *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, UNED, n. 28, p. 346, 2011. Disponível em: <<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/28/not/not9.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2016 – nossa tradução).

Portanto, o diálogo entre tribunais ocorre quando a decisão de um ordenamento jurídico diverso serve para a resolução de uma demanda pertencente a outro ordenamento jurídico.

O mesmo autor diferencia o que denomina de influência, como fenômeno unilateral, de interação, a qual implica uma reciprocidade entre instâncias decisórias distintas. Chama atenção ainda para a migração constitucional, ou seja, o fluxo dinâmico de estímulos constituídos pela difusão e pelo conhecimento das ideias em que se baseiam os ordenamentos constitucionais.¹³⁰

Marcelo Figueiredo relata que o professor italiano Giuseppe de Vergottini, catedrático emérito de direito constitucional das Universidades de Bolonha e Pisa, contribuiu harmonicamente para o tema do diálogo entre os tribunais, ao determinar que um juiz nacional pode iniciar um processo de diálogo com determinado ordenamento estrangeiro distinto do seu, enfrentando o problema das relações entre tribunais internacionais e tribunais estatais nos ordenamentos da União Europeia, no âmbito da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Ainda trata do tema das relações entre os tribunais dos ordenamentos estatais.

Segundo Marcelo Figueiredo, Giuseppe de Vergottini examina a possibilidade da utilização do direito estrangeiro e a comparação possível entre as diversas ordens jurisdicionais, internacional e estatal, chamando a atenção para o fato de que a utilização de precedente estrangeiro por juiz nacional não é novidade em nenhuma parte do mundo, principalmente nos Supremos Tribunais e Tribunais Constitucionais, sendo o desenvolvimento de relações supranacionais e a difusão de jurisprudências de um tribunal e sua influência em outro um fenômeno recente.

Refere que o professor italiano fala da *crossfertilization*, de modo que alguns pronunciamentos judiciais seriam “fecundados” com conceitos de diversos ordenamentos, o que significa dizer que há uma criação adicional a partir do caso piloto, ou seja, não é uma imitação exata do precedente invocado, mas sim uma adaptação, em face das circunstâncias históricas de cada país, exemplificando com o *princípio da proporcionalidade*, a partir da

¹³⁰ VERGOTTINI, Giuseppe de, El diálogo entre tribunales, cit., p. 347-349.

decisão da jurisprudência alemã, nos diversos tribunais constitucionais do mundo; a introdução de um catálogo de direitos na Constituição de Hong Kong, similar à canadense; ou a introdução da cláusula do devido processo legal em diferentes ordenamentos ocidentais.

Outro fenômeno importante de ser destacado é o da convergência entre ordenamentos, entre regulações constitucionais e suas aplicações jurisprudenciais, em matéria de direitos fundamentais e humanos, os quais, em face da variedade de tratados internacionais pode limitar direitos fundamentais, ao invés de promover a convergência de valores que proteja a pessoa humana.

Marcelo Figueiredo refere que Vergottini apresenta exemplo dessa convergência por meio da Resolução n. 1.373 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, emitida em decorrência dos atentados terroristas às torres do World Trade Center, em 11.09.2001, na cidade de Nova York. Essa Resolução impôs aos Estados membros da ONU uma série de intervenções, justificadas em razão da emergência internacional do combate ao terrorismo.¹³¹

A circulação de decisões judiciais faz nascer a “tese do diálogo entre os tribunais”, sendo a questão prejudicial um mecanismo importante para assegurar citado diálogo, segundo o artigo 234 do TCE (atual art. 267, com a redação do Tratado de Lisboa). Por meio dele há uma colaboração entre tribunais estatais e o Tribunal da União Europeia.

Além de destacar a importância da questão prejudicial, Marcelo Figueiredo anota que Vergottini discorre sobre o *vínculo de adequação*, por meio do qual há um acordo entre ordenamentos, que recai nos Estados, obrigando-os a uniformizar a própria legislação em relação aos tratados e à jurisprudência dos tribunais (art. 1º do CEDH; art. 2º da CIDH; art. 1º da Carta Africana de Banjul sobre Direitos Humanos), prevendo a força vinculante dos pronunciamentos dos órgãos jurisdicionais, estabelecidos pelos próprios instrumentos.¹³²

Podem ser mencionados como técnicas de colaboração: *controle de convencionalidade*, que ocorre quando o juiz é chamado a controlar o respeito às normas de um tratado ou convênio internacional, de ofício ou por provocação das partes; e a *interpretação conforme*, ou seja, a obrigação para o Estado membro de adotar todas as

¹³¹ FIGUEIREDO, Marcelo, *O direito constitucional transnacional e algumas de suas dimensões*, cit., p. 85.

¹³² *Ibidem*, p. 90.

medidas idôneas para assegurar a execução dos compromissos derivados dos tratados e dos atos da União Europeia, de acordo com o artigo 10 do Tratado da Comunidade Europeia, temas que iremos abordar de forma mais detalhada e que importam para o nosso estudo.

Marcelo Figueiredo destaca que o professor italiano também trata de ordenamentos situados em uma área cultural que recebe influencia homogênea de um centro, como é o caso da *commonwealth* ou comunidade de nações. Nela há uma conexão histórica denominada genética ou genealógica, com exceção de Moçambique e Ruanda. Um tribunal de um país do *common law* pode ser levado a utilizar precedentes de outro juiz que forme parte da mesma área, a fim de resolver um caso controvertido, ante a falta de um apoio normativo ou jurisprudencial idôneo em seu próprio ordenamento, referindo, ainda, a pertinência a uma mesma área linguística-cultural, o que ocorre com Alemanha, Áustria e Suíça, facilitada pela língua comum, fenômeno que não ocorre com grande intensidade, no Brasil.¹³³

Concluimos com Marcelo Figueiredo, no sentido de que a contribuição de Vergottini, no tema sobre o diálogo entre cortes, é inestimável, tanto que o fluxo cognoscitivo da jurisprudência pode reforçar o processo de convergência e aproximação entre sistemas jurídicos, fazendo a circulação de ideias dar origem à tese do diálogo necessário entre os tribunais, objeto de exame do último tópico deste capítulo.

2.2.7 O direito comparado e a interpretação constitucional

Marcelo Figueiredo afirma que “o direito comparado se ocupa dos elementos que integram os diferentes ordenamentos jurídicos”¹³⁴, ou seja, vale-se de regras jurídicas que concorrem de diferentes modos a conferir uma determinada ordem a um grupo social em face de certos objetivos.

¹³³ Marcelo Figueiredo assinala que a explicação para a incoerência desse fenômeno no Brasil, a despeito da existência de uma comunidade de língua portuguesa, a exemplo de Portugal, Brasil e alguns países africanos, é que não há uma influência direta constante e decisiva do Tribunal Constitucional português no Brasil, na perspectiva cultural a que alude Vergottini, notadamente porque a evolução histórica judiciária portuguesa é descompassada da realidade brasileira e porque não há movimentos sincronizados que aproximem o Poder Judiciário português do Poder Judiciário brasileiro (FIGUEIREDO, Marcelo, *O direito constitucional transnacional e algumas de suas dimensões*, cit., p. 92).

¹³⁴ *Ibidem*, p. 95.

O mesmo autor leciona que, para fins de interpretação judicial, o mero confronto, ou cotejo, de normas e instituições do direito constitucional estrangeiro não caracteriza o direito constitucional comparado, que não prescinde porém do exame das normas constitucionais.

Comparar é igualar, nivelar, esmiuçando-se cada ordenamento e as similaridades e diferenças do texto e do contexto constitucional do país paradigma e a estrutura de sua Constituição, cultura, contexto histórico e social, para que a comparação tenha êxito.

Marcelo Figueiredo repudia a adoção pura e simples da decisão estrangeira sem cuidados, afirmando que: “Sobretudo quando estamos diante de direitos fundamentais (em sentido amplo), há uma tábua de valores comuns nos diversos países da Europa e da América do Norte que indica as vantagens de uma pesquisa entre as cortes dessas regiões para bom proveito de todos os envolvidos.”¹³⁵

Os direitos fundamentais constituem, portanto, um norte para guiar o intérprete na atividade dialógica.

A aplicação prática do direito comparado é um dos fatores que fez com que a comparação jurídica fosse revalorizada, podendo ser concebido como um método de interpretação constitucional.

Através da interpretação do direito estrangeiro, os operadores jurídicos e intérpretes recebem vários significados e mensagens normativas sobre o modo de aplicar determinada norma ou interpretar determinado direito.

Segundo Marcelo Figueiredo, também se extrai do direito comparado, a importância de se utilizarem argumentos e decisões oriundas da jurisprudência de outro país para apoiar uma interpretação do juiz nacional.

Ao discorrer sobre a utilização do direito constitucional comparado na interpretação constitucional, Luiz Magno Pinto Bastos Júnior afirma que os processos de migração constitucional podem ser reunidos em dois grandes grupos: (1) o direito constitucional comparado, em que se busca dar maior ênfase a questões de índole metodológica, que

¹³⁵ FIGUEIREDO, Marcelo, *O direito constitucional transnacional e algumas de suas dimensões*, cit., p. 96.

apresenta um maior apelo e penetração entre os autores de tradição civilista; e (2) o diálogo constitucional, que tem maior proeminência nos países associados ao *common law* e ao âmbito de direito internacional, especialmente direito internacional dos direitos humanos, e estão, em maior ou menor grau, ligados à ideia de internacionalização da prática judicial e do constitucionalismo em escala global.

O mesmo autor revela que o diálogo transnacional engloba todas as atividades da jurisdição constitucional em que os juízes se valem de experiências constitucionais estrangeiras como parte de sua estratégia de argumentação.

Nessa seara, refere que é frequente o recurso às decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando esta corte assume a possibilidade de aprender com a experiência desenvolvida pela corte congênera na proteção de direitos que, textualmente, se equiparam nas Cartas de Direitos regionais.

Luiz Magno Pinto Bastos Junior afirma que o recurso ao direito comparado, ou o impulso à comparação mútua nos processos judiciais, está relacionado ao seguinte conjunto de múltiplos fatores:

- a) maior ou menor grau de abertura na cultura jurídica e política do país ao fenômeno da recepção jurídica;
- b) a forma como a corte se vincula ao sistema de fontes e a utilização de fatos materiais normativos no processo de argumentação jurídica;
- c) forma como o texto constitucional ou as próprias cortes nacionais compreendem a relação entre o direito interno e o direito internacional, existindo interpenetração dos ordenamentos jurídicos e as bases culturais que conectam a experiência nacional com experiências estrangeiras.¹³⁶

Registre-se, ademais, que o mesmo autor refere que a pretensão universal de tutela dos direitos humanos consiste no principal fundamento teórico para a prática do diálogo transnacional, aliado ao *status* diferenciado dos tratados de direitos humanos e à semelhança

¹³⁶ BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto. Utilización del derecho constitucional comparado en la interpretación constitucional: nuevos retos a la teoría constitucional. *Revista Peruana de Derecho Público*, Lima, Editora Jurídica Grijley, año 8, n. 15, p. 82-85, jul./dic. 2007. Disponível em: <http://www.garciabelaunde.com/Biblioteca/REVISTA_P15.pdf>. Acesso em: 29 out. 2016.

entre o objeto de proteção das normas de direitos humanos e das normas protetivas de direito interno.

Tem-se, dessa forma, um sistema com múltiplos níveis de proteção, em que vigora a máxima da primazia da norma mais favorável às vítimas.

Assim, com relação a tais normas de direitos humanos, resta uma força vinculante em geral maior que a das normas de direito internacional, e das quais provêm argumentos materiais com maior autoridade persuasiva.

Luiz Magno Pinto Bastos Junior conclui no sentido de que o processo de adjudicação constitucional pelas cortes consiste numa estratégia de argumentação legítima e pode possibilitar um aumento do repertório normativo posto à sua disposição, munindo o intérprete constitucional de *topoi* argumentativos, que podem levar a novos caminhos possíveis no processo de concretização constitucional, bem como valorativos, na medida que confronta sistemas constitucionais, na atitude dialógica de experiências constitucionais concretas de outras realidades socioculturais:

Esse diálogo, portanto, suscita um processo constante de abertura à crítica e possibilita que sejam adstritos à Constituição novos níveis textuais, especificando novamente a ideia de Constituição material. [...] onde o “novo comparativismo” tem lugar, na análise comparativa é considerado como interna a atividade da jurisdição constitucional ou como oferecem aos comentadores *insights* apropriados aos trabalhos internos de regimes constitucionais específicos.

Tal utilização tem suscitado diversos esforços teóricos no sentido de definir metodologias que, em última análise, estejam aptas a redimensionar o próprio alcance da interpretação constitucional e a da tradicional “teoria das fontes” do direito.¹³⁷

Pensamos, portanto, que a utilização do diálogo entre cortes e tribunais redimensiona o alcance da interpretação constitucional, ao conferir ao intérprete um aumento de repertório normativo e de *topoi* argumentativos, conduzindo ao processo de concretização constitucional.

¹³⁷ No original: “*Ese diálogo, por lo tanto, suscita un proceso constante de apertura a la crítica y posibilita que sean adscritos a la Constitución nuevos niveles textuales, especificando nuevamente la idea de constitución material. [...], donde el ‘nuevo comparativismo’ há tenido lugar, el análisis comparativo es considerado como interna a la actividad de la jurisdicción constitucional o como ofreciendo a los comentadores insights apropiados a los trabajos internos de regímenes constitucionales específicos. Tal utilización ha suscitado diversos esfuerzos teóricos en el sentido de definir metodologías que, en última instancia, estén aptas a redimensionar el propio alcance de la interpretación constitucional y de la tradicional ‘teoría de las fuentes’ en el derecho.*” (BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto, Utilización del derecho constitucional comparado en la interpretación constitucional: nuevos retos a la teoría constitucional, cit., p. 102 – nossa tradução).

Assim, podemos concluir no sentido de que o diálogo jurisprudencial entre cortes constitui um método para auxiliar o juiz, em sua atividade interpretativa para a solução de controvérsias, neste século XXI, em que vigora o pluralismo jurídico, representado por normas envoltas por “anéis”, que repudiam o princípio da hierarquia e no qual os Estados abrem mão de sua soberania absoluta, a favor da tutela dos direitos humanos.

2.2.8 O diálogo jurídico e a migração de ideias constitucionais

Virgílio Afonso da Silva afirma que na América do Sul, em alguns âmbitos, falta diálogo, intercâmbio e integração.¹³⁸

Pensamos, no entanto, que o diálogo jurisprudencial entre cortes na América Latina, embora seja um fenômeno recente, tem ganhado espaço na atualidade, como temos defendido neste estudo.

Virgílio Afonso da Silva encara a integração jurídica como um dos fenômenos de integração e interação entre os diversos atores jurídicos do continente e apresenta duas dicotomias que dominam o debate dessa integração regional:

- (1) o nível hierárquico dos tratados internacionais e supranacionais na ordem jurídica interna: defende-se a hierarquia constitucional, nos casos de tratados de direitos humanos, ou por meio da defesa de uma hierarquia infraconstitucional, como vimos no item próprio deste estudo;
- (2) a vinculação da jurisdição interna de cada país a decisões de tribunais internacionais ou supranacionais: questiona-se se essas decisões vinculam ou não vinculam.

O mesmo autor sustenta que uma verdadeira integração ocorre quando há vinculação às decisões de tribunais supranacionais e que, além disso, uma hierarquia constitucional dos tratados, especialmente os de direitos humanos, também seria elemento fundamental para essa integração, especialmente se a aceitação de uma jurisdição supranacional estiver prevista em

¹³⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 515.

um tratado internacional dessa natureza, como é o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O autor procura outros caminhos para discutir a integração jurídica na América do Sul e diferencia a integração institucional-legal da integração discursiva, afirmando que a ideia de integração institucional-legal está ligada à concepção de instituições comuns, uma legislação comum, um parlamento comum e uma Constituição comum, como ocorre na União Europeia, ao passo que a integração discursiva não depende de instituições comuns, de poderes comuns, de uma jurisdição comum e de uma Constituição comum e pressupõe realidades – sociais, econômicas, culturais – semelhantes, que já existem na América do Sul, motivo pelo qual questiona qual tipo de integração é possível sem, ou com poucas, instituições comuns. A resposta a essa indagação é uma integração jurídica, que é baseada em um diálogo constitucional transnacional e daí a importância de examinarmos sua posição.

Virgílio Afonso da Silva propõe a integração discursiva através dos diálogos constitucionais¹³⁹ transnacionais, que podem ocorrer de diversas maneiras: (1) os empréstimos e (2) a migração de ideias constitucionais.

Ao tratar acerca dos empréstimos constitucionais, refere que não há um conceito unívoco de empréstimo no âmbito constitucional.

Em um sentido mais estrito, empréstimos constitucionais envolvem a importação de regras da Constituição de um país para a Constituição de outro. Nesse sentido, empréstimo constitucional seria o mesmo que os transplantes legais sempre foram para o direito privado comparado em geral, sendo, sob esse enfoque, muito limitado para a discussão da integração:

É possível, contudo, falar em empréstimo constitucional em um sentido amplo. [...] Nessa acepção, empréstimos são mais do que um simples transplante de regras escritas, e isso por duas razões principais: em primeiro lugar, porque os empréstimos constitucionais podem se manifestar não apenas no âmbito constituinte, mas também, por exemplo, no âmbito jurisprudencial; e, em segundo lugar, porque os empréstimos constitucionais podem ser mais do que um simples transplante de regras escritas, porque podem envolver a importação de *ideias* ou de *teorias* constitucionais.¹⁴⁰

¹³⁹ SILVA, Virgílio Afonso da, *Integração e diálogo constitucional na América do Sul*, in *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*, cit., p. 519.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 521.

De acordo com Virgílio Afonso da Silva, alguns autores têm preferido falar em migração de ideias para essa segunda acepção da ideia de empréstimo, consistente no livre fluxo de ideias, critérios interpretativos e teorias, diferenciando-se, portanto, do simples transplante legal, que implica tão somente em uma cópia de um texto constitucional (ou legal).

O autor propõe a integração jurídica por meio da argumentação, ao indagar o que mais interessa no debate sobre a integração por meio do diálogo e responde à indagação, dizendo que ela implica algo mais livre e multilateral, de modo que a metáfora da migração é mais clara, porque se fala em migração de ideias constitucionais, e não de regras ou de textos, citando exemplos que ilustram diversas formas de diálogo entre cortes e experiências jurídicas.

O primeiro exemplo é o voto do juiz Anthony Kennedy, na decisão *Roper v. Simmons*, da Suprema Corte dos Estados Unidos, em que, com o fim de demonstrar a incompatibilidade da pena de morte para menores de 18 anos com a Oitava Emenda da Constituição norte-americana, recorreu a argumentos baseados na “opinião internacional”, em referência a “leis de outros países”, a “autoridades internacionais”, à “comunidade internacional” e à “comunidade europeia ocidental”. Kennedy mencionou o peso da opinião internacional, ao dizer que: “É de se reconhecer o enorme peso da opinião internacional contra a pena de morte para jovens [...]. A opinião da comunidade mundial, embora não controle nossa decisão, fornece uma confirmação respeitável e significativa para as nossas conclusões.”

Nesse exemplo, discutem-se ideias, critérios, consensos internacionais para interpretar uma Constituição nacional e decidir um caso concreto, não se tratando de discutir a vinculação de um tribunal a tribunais, ou a uma legislação supranacional.

Da mesma forma, as decisões da Corte Europeia impõem um ônus argumentativo, embora não vinculem os tribunais dos Estados membros, de modo que o binômio vinculação x não vinculação entre jurisdições não é suficiente para compreender o problema.

Trata-se, portanto, de uma questão de vinculação argumentativa, ou seja, de receber e reprocessar ideias supranacionais.

Conclui-se, portanto, que a integração pode existir, ainda que não haja uma vinculação formal estrita às decisões supranacionais.

Virgílio Afonso da Silva exemplifica a integração mediante a migração de critérios interpretativos, citando o princípio da proporcionalidade, que é utilizado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão e migrou, de forma indireta, pela jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, sendo aplicado por juízes ingleses.

Ele conclui, relatando a importância da migração de ideias constitucionais, por terem condições de efetuar uma aproximação da América do Sul através do discurso jurídico, ou seja, por uma conversação ou um diálogo entre tribunais.

Virgílio Afonso da Silva discorre que não é tarefa simples avaliar o grau existente de diálogo entre cortes na América do Sul e anota que há um claro déficit de integração jurídica, por força da grande ausência de diálogo constitucional transnacional entre os seus tribunais, o que resulta em uma quase total ausência de migração de ideias constitucionais na região: “No Brasil, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos não tem ressonância nas decisões dos tribunais nacionais.”¹⁴¹

Pensamos, no entanto, que a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos passou a ter ressonância nas decisões dos tribunais nacionais.

Ademais, o reconhecimento do bloco de constitucionalidade e a recepção privilegiada dos tratados internacionais de direitos humanos pelos Estados membros da OEA, como ocorre no Brasil, têm o condão de difundir o controle difuso de convencionalidade de leis, o qual encontra seu fundamento de validade no artigo 29 do Pacto de San José da Costa Rica, promovendo, assim, o fomento ao diálogo jurisprudencial, caracterizado por ser criativo, responsável e comprometido com a efetividade dos direitos humanos, formando-se, por consequência, um *ius constitutionale commune* na América Latina.

Contudo, Virgílio Afonso da Silva leciona que, com essa falta de diálogo, perde-se a oportunidade de fortalecer a integração por meio da livre migração de ideias. Segundo ele, no

¹⁴¹ SILVA, Virgílio Afonso da, Integração e diálogo constitucional na América do Sul, in *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*, cit., p. 524.

Brasil há cinco causas principais para o pequeno trânsito de ideias do continente latino-americano:

- (1) o desconhecimento geral sobre os países que compõem a América do Sul: o diálogo jurídico ou a migração de ideias constitucionais aumentará com a ampliação da divulgação de informações sobre os Países da América do Sul, o que influenciará diretamente a capacidade de conhecê-los e compreendê-los;
- (2) o ensino jurídico no Brasil e o contato com as decisões de tribunais ou com trabalhos de autores sul-americanos e a discussão de questões ligadas à integração regional ou ao sistema regional de proteção de direitos humanos: o ensino jurídico constitui um fator de fomento para o aumento da integração por meio da migração de ideias constitucionais;
- (3) o sistema interamericano na pesquisa acadêmica: A preocupação acadêmica passa a se ocupar com o sistema interamericano de direitos humanos, embora também exista material acerca da Corte Europeia de Direitos Humanos;
- (4) direito constitucional x direito internacional: há uma utilização muito pouco significativa de ideias constitucionais desenvolvidas em outros países da América do Sul ou da América Latina, bem como uma ínfima atenção às decisões da Corte Interamericana e de tribunais nacionais de outros países da América do Sul no discurso jurídico brasileiro;
- (5) utilização de decisões da CIDH e de tribunais sul-americanos: mesmo que não houvesse no mundo nenhum órgão ou tribunal supranacional, a integração, por meio do livre fluxo de ideias, poderia ser rica e intensa a forma de integração, ao se “[...] conhecer os outros, conhecer suas ideias, discutir e transformar juntos essas ideias [...].”¹⁴²

Em sendo assim, pensamos que o diálogo e a integração jurídica que dele pode resultar, por meio da argumentação jurídica, podem ocorrer entre ordens jurídicas nacionais ou verticalmente, entre uma ordem jurídica nacional e uma instância supranacional (Corte Interamericana de Direitos Humanos), podendo existir, também, entre vários ordenamentos jurídicos nacionais, por meio de uma instituição supranacional.

Acreditamos, outrossim, que a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos passou a ter ressonância nas decisões dos tribunais nacionais, tanto que o Conselho Nacional de Justiça, em parceria com a Corte Interamericana, disponibiliza as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos em língua portuguesa.¹⁴³

Verificamos também que as questões levantadas, como a integração jurídica, pelo diálogo entre cortes e a recepção privilegiada de tratados de direitos humanos têm sido, nos dias atuais, alvo do ensino jurídico.

¹⁴² SILVA, Virgílio Afonso da, Integração e diálogo constitucional na América do Sul, in *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*, cit., p. 524.

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ministro Lewandowski ressalta importância da Corte IDH para consolidação dos direitos humanos no Brasil. *Notícias STF*, 05 de abril de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=313632>>. Acesso em: 20 set. 2016.

Caminha-se, portanto, rumo à integração jurídica através do diálogo entre cortes, objeto do próximo item.

2.2.9 Diálogo entre cortes

Como discurremos, o direito internacional passou a irradiar sua influência no direito nacional e expor sua regência da vida social interna, após a formação das normas internacionais e criação dos tribunais internacionais, aliado à tutela da pessoa humana, através do direito internacional de direitos humanos.

Fala-se de interdisciplinaridade entre o direito constitucional e o direito internacional.

Nesse cenário, o diálogo necessário entre cortes e tribunais constitucionais e internacionais surge como uma solução para a convergência e harmonia das ordens jurídicas plurais.

Pensamos que o diálogo entre cortes representa uma via para a integração jurídica na América Latina e constitui um instrumento para a preservação da harmonia entre as ordens jurídicas nacionais e internacionais, justapostas principalmente através do controle de convencionalidade, ideia que desenvolveremos em capítulo próprio neste estudo.

Entretanto, urge indagar quais são os paradigmas que estão a nortear a atuação dos operadores do direito, principalmente no que concerne aos magistrados, neste século XXI, e que lhes permitam trafegar inseridos nesse contexto de pluralismo constitucional, que prestigie o valor da pessoa humana.

Acreditamos, portanto, que seja importante averiguar acerca do papel do Poder Judiciário no século XXI, o que faremos no capítulo seguinte.

3 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO SÉCULO XXI

3.1 Sistema constitucional

Inicialmente, cabe discorrer sobre a concepção de sistema e hermenêutica constitucional.

Paulo Bonavides diz que a interpretação das normas constitucionais, em face do caráter político de seu conteúdo, se separa da metodologia utilizada para a fixação do sentido e alcance de outras normas jurídicas.

Ele destaca que a interpretação constitucional varia conforme a modalidade de Constituição e de acordo com a força normativa do fato social ou da realidade política, com base nas teorias constitucionais de Jellinek e Hesse, respectivamente.¹⁴⁴

Diante dos insucessos do formalismo positivista, em que o sistema constitucional se esvazia de sentido e conteúdo, decorre a necessidade de um novo sistema compatível com valores materiais que pedem uma interpretação da norma constitucional que, por vezes, escapa aos critérios disponíveis de ordenação jurídica, quando surge o método pluridimensional, que se abre aos valores, aos fins, às razões históricas, aos interesses, a tudo que possa ser conteúdo e pressuposto da norma.

O sistema constitucional passa a ser o sistema da Constituição normativa, bem como de todo aquele complexo de forças, relações e valores que o positivismo formalista excluía ou ignorava e cujo complexo conforma a ordem material da Constituição, constituindo um núcleo ou circuito mais largo e compreensivo, amplo de conteúdo.¹⁴⁵

¹⁴⁴ BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 132.

¹⁴⁵ “As ambições metodológicas da nova direção sistemática gravitam em torno daqueles pontos em que mais estrondoso tem sido o fracasso dos formalistas, nomeadamente os kelsenianos do Direito Constitucional, incapazes de interpretar o sentido da norma constitucional e descobrir a contemporaneidade de sentido da Constituição. Em consequência disso, a desatualização dos textos normativos produz graves desequilíbrios entre a Constituição formal e a Constituição real, traduzidos na frequência das crises constitucionais, que a ortodoxia neutralista de juristas e juízes não logra remover pelas vias mais largas da interpretação construtiva. Com o sistema axiológico-teleológico transita-se da ultrapassada metodologia monista do sistema axiomático-dedutivo para uma metodologia pluralista no âmbito da interpretação constitucional, capaz de comportar distintas formas de exame da norma e seu conteúdo material, formas imanentes à natureza mesma do objeto.” (BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 138).

O autor destaca que os novos métodos interpretativos apresentam compensações possivelmente vantajosas, pois perdem em rigor lógico, mas ganham em análise estimativa do objeto, vislumbrado por uma determinada multiplicidade de perspectivas.

Paulo Bonavides leciona que o exame interpretativo da Constituição não pode prescindir do critério evolutivo, segundo o qual se explicam as transformações ocorrentes no sistema e as variações de sentido que se aplicam ao texto normativo, bem como à realidade que lhe serve de base – a denominada realidade constitucional, cuja alteração é lenta e imperceptível ao observador comum.

Assim o autor finaliza: “Em suma, o sistema constitucional pede o emprego de métodos hermenêuticos que possam de perto acompanhar as variações dinâmicas da Constituição, presos atentamente ao critério evolutivo, sempre de fundamental importância para a análise interpretativa.”¹⁴⁶

Assim, os novos métodos interpretativos, principalmente o de natureza evolutiva, que se abre aos valores, aos fins, às razões históricas, aos interesses, a tudo que possa ser conteúdo e pressuposto da norma, aliado à interpretação pela máxima efetividade, têm o condão de atender à pluralidade de perspectivas normativas, mantendo atualizado o texto constitucional à realidade social.

3.2 Interpretação pluralista de Peter Häberle

Peter Häberle diz que o novo entendimento da tarefa da interpretação, na qual “o processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto”¹⁴⁷, contribui para uma interpretação constitucional elástica e ampliadora dos juízes, que acarreta a redução do campo de interpretação do legislador e a flexibilização da aplicação do direito processual constitucional pela Corte Constitucional, o que legitima, por consequência, a jurisdição constitucional, no contexto de uma teoria de democracia.

¹⁴⁶ BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 142.

¹⁴⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Reimpr. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 42.

Nesse diapasão, Cassio Scarpinella Bueno assinala que “o que se deve pensar é sobre o estabelecimento de um constante (e necessário, indispensável) diálogo entre a corte e a sociedade civil como medida verdadeiramente imperiosa”¹⁴⁸, sendo a figura do *amicus curiae* uma das formas de se estabelecer esse diálogo.

Com efeito, de acordo com esse autor, há de se aceitar a atuação do indivíduo, do cidadão, como referencial de representatividade dos postulantes¹⁴⁹, na medida que as decisões jurisdicionais têm o condão de afetar diretamente e de vincular aqueles que não participaram diretamente do processo.¹⁵⁰

Marcelo Figueiredo assinala que:

O tema do *amicus curiae* está intimamente relacionado com as teorias contemporâneas, sobretudo os estudos difundidos por Peter Häberle, conhecido filósofo e jurista alemão.

Para Häberle, os sujeitos da interpretação do texto constitucional não se resumem aos intérpretes oficiais, sobretudo o Judiciário, mas toda a comunidade política estaria apta a apresentar uma proposta de interpretação, de maneira que qualquer cidadão destinatário da norma constitucional possa formular um sentido ao texto constitucional.

Por outro lado, o fenômeno coincide com a mudança da hermenêutica constitucional que postula nova abordagem nos métodos de interpretação constitucional ou, se quisermos, a insuficiência dos métodos tradicionais para conhecer e aplicar o direito constitucional e suas normas.

Assim, dentre outros, surge o método tópico (já não tão novo na Europa), técnica que orienta a solução do problema a partir dele.

[...]

Na concepção de Häberle havia originalmente a preocupação de dar espaço às minorias evitando as visões homogêneas da maioria parlamentar. Assim, quanto maior a participação de entidades, grupos, associações, etc., melhor seria para agregar argumentos e visões diferentes oferecendo à Corte um quadro heterogêneo e plural para o julgamento da matéria constitucional.¹⁵¹

Portanto, de acordo com Peter Häberle, a teoria constitucional contemporânea se apresenta como ciência da experiência, na medida que explicita “os grupos concretos de pessoas e os fatores que formam o espaço público [...], o tipo de realidade de que se cuida, a forma como ela atua no tempo, as possibilidades e necessidades existentes”¹⁵².

¹⁴⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 94.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 583.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 594.

¹⁵¹ FIGUEIREDO, Marcelo, *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil*, cit., p. 49-50.

¹⁵² HÄBERLE, Peter, *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, cit., p. 19.

Em sendo assim, há um número ilimitado de intérpretes constitucionais, que compõem a realidade pluralista e que refletem a necessidade democrática de integração da realidade, no processo de interpretação.¹⁵³

Cassio Scarpinella Bueno leciona que a figura do *amicus curiae* corresponde ao portador das diversas vozes plurais que compõem a realidade brasileira e o próprio Estado na sua concepção atual:

Só ela e por ela é que se tem condições de realizar essa necessária aproximação do juiz com a sociedade e com o próprio Estado e, nesse sentido, com o próprio direito a ser aplicado a cada caso concreto que lhe seja submetido para exame. Trata-se, inequivocamente, de uma forma de legitimar a produção da decisão jurisdicional.¹⁵⁴

Com efeito, a figura do *amicus curiae*, amigo do juiz ou colaborador do juiz, é um facilitador para que o juiz, ao decidir, observe os valores adotados pela sociedade, representada pelas suas instituições.

Nesse cenário, o instituto do *amicus curiae*, típico dos sistemas do *common law*, foi inserido no artigo 138 do Código de Processo Civil, pois é perfeitamente compatível com sistemas do *civil law*, principalmente diante “da necessidade de se observar o processo civil, sob a ótica dos valores evidentemente encampados pela Constituição Federal, que, presume-se, são os valores da nação brasileira”.¹⁵⁵

Esse instituto demonstra ser relevante nos dias de hoje, na medida que, neste século XXI, o juiz decide com supedâneo no ordenamento ou sistema jurídico, e não com base na literalidade da lei.

Nas palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier, “de fato, muitas vezes, o juiz tem que decidir com base em normas ditas abertas, que contêm conceitos vagos ou indeterminados, ou

¹⁵³ “O muitas vezes referido processo político, que, quase sempre, é apresentado como uma subespécie de processo livre em face da interpretação constitucional, representa, *constitucione lata* e de fato, um elemento importante – mais importante do que se supõe geralmente – da interpretação constitucional (política como interpretação constitucional). Esse processo político não é eliminado da Constituição [...] ele deve ser comparado a um motor que impulsiona esse processo.” (HÄBERLE, Peter, *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, cit., p. 26).

¹⁵⁴ BUENO, Cassio Scarpinella, *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, cit., p. 70.

¹⁵⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 257.

mesmo com apoio não direto em norma alguma, mas em princípios, doutrina, jurisprudência e em outros elementos integrantes do sistema”.¹⁵⁶

Pensamos, portanto, que a figura do *amicus curiae* é muito relevante, pois está inserida nos contornos do princípio do contraditório e adstrito à democracia, tornando o processo mais cooperativo, com o objetivo de atingir a verdade real, trazendo à tona valores reais da sociedade.

Vemos, por consequência, o método concretista da Constituição aberta, teorizado por Häberle, como um marco divisor de águas na teoria da interpretação constitucional, pois a ativa participação do cidadão constitui fator essencial na manutenção da eficácia do texto constitucional vigente.¹⁵⁷

Legitima-se, portanto, a atividade jurisdicional no contexto de uma teoria de democracia.

3.3 A força normativa da Constituição e a interpretação constitucional

Antes de adentrarmos ao estudo do papel do Poder Judiciário no século XXI, devemos, preliminarmente, analisar a Constituição sob a ótica dos intérpretes concretistas, os quais a compreendem como responsável pela unidade política da comunidade.

De acordo com Konrad Hesse:

Pelo contrário, a unidade política, que deve ser constantemente perseguida e alcançada no sentido aqui adotado, é uma *unidade de atuação*, possibilitada e realizada mediante o acordo ou o compromisso, mediante o assentimento tácito ou a simples aceitação e respeito, chegado o caso, inclusive, mediante a coerção realizada com resultado positivo; em uma palavra, uma unidade de tipo *funcional*. A qual é condição para o que, dentro de um determinado território, se possam adotar e se cumpram decisões vinculantes, para que, em definitivo, exista ‘Estado’, e não anarquia ou guerra civil.¹⁵⁸

¹⁵⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al., *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo, cit, p. 257.

¹⁵⁷ FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. *A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade*. São Paulo: RCS Editora, 2005. p. 138.

¹⁵⁸ No original: “*Por el contrario, la unidad política que debe ser constantemente perseguida y conseguida en el sentido aquí adoptado es una **unidad de actuación** posibilitada y realizada mediante el acuerdo o el compromiso, mediante el asentimiento tácito o la simple aceptación y respeto, llegado el caso, incluso, mediante la coerción realizada con resultado positivo; en una palabra, una unidad de tipo **funcional**. La cual es condición para el que dentro de un determinado territorio se puedan adoptar y se cumplan decisiones*

Desse modo, o Texto Magno apresenta-se como instrumento político e jurídico de ordenação e fundação social.

A manutenção da Constituição se origina do simultâneo condicionamento entre o texto constitucional e a realidade político-social subjacente, a qual sempre deve preservar a força normativa da Constituição.¹⁵⁹

Vale aqui citar Marcelo Figueiredo:

Acreditamos que o direito constitucional do século XXI não é o Direito Constitucional da Constituição apenas, mas da Constituição aberta (Härbele e Hesse).

Não é tão intervencionista, mas pós-intervencionista e repousa no processamento para permitir o pluralismo, a transformação, a diferença e, também, a liberdade, um espaço de diálogo a partir da cultura da democracia.¹⁶⁰

Vale destacar que concebemos o direito constitucional do século XXI como um direito que permite o diálogo, o pluralismo, a distinção e a liberdade.

Para tanto, Cassio Scarpinella Bueno diz que:

Já não se pode falar, em todos e quaisquer casos, que a atividade do intérprete e do aplicador do direito seja meramente subsuntiva; bem diferentemente, sua função passa a ser concretizadora, no sentido de ser criadora do próprio direito a ser aplicado, justamente em virtude da complexidade do ordenamento jurídico atual. De uma atividade de mero conhecimento (um comportamento passivo) do fenômeno jurídico para sua aplicação, passa-se a uma atividade criadora-valorativa (um comportamento ativo), conscientemente criadora e valorativo do juiz.¹⁶¹

vinculantes, para que, en definitiva, exista 'Estado' y no anarquía o guerra civil." (HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Selección de Konrad Hesse; introducción y traducción de Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.p. 8-9 – nossa tradução).

¹⁵⁹ “Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas [...]. Concluindo-se, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder [...] mas também a vontade de Constituição [...]” (HESSE, Konrad, op. cit., p. 19).

¹⁶⁰ No original: “*Creemos que el derecho constitucional del siglo XXI no es el Derecho Constitucional de la Constitución solamente sino de la Constitución abierta (Härbele e Hesse). No es tan intervencionista sino post-intervencionista y descansa en la procesalización para permitir el pluralismo, la transformación, la diferencia y, también, la libertad, un espacio de diálogo desde la cultura de la democracia.*” (FIGUEIREDO, Marcelo, La internacionalización del orden interno en clave del derecho constitucional transnacional, in *Estudios avanzados de derechos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*, cit., p. 149 – nossa tradução).

¹⁶¹ BUENO, Cassio Scarpinella, *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, cit., p. 52.

Pensamos, dessa forma, que o direito necessita ser interpretado para ser aplicado ao caso concreto, interpretação essa que deve acarretar maior coesão entre Estado e sociedade.

Assim, “o juiz, pois, tem de se voltar para a sociedade para aplicar o direito”¹⁶², tornando-se, portanto, com essa atividade, parte criadora do direito.

3.4 O papel do Poder Judiciário no século XXI e o Estado Constitucional de Direito brasileiro

Como vimos no primeiro capítulo deste estudo, o pluralismo constitucional está a exigir do magistrado uma nova postura para a solução de controvérsias que lhe são trazidas, diante do emaranhado de textos jurídicos que não se organizam mais com base no princípio da hierarquia, estando as fontes do direito interligadas em anéis, que estão inseridos em um espaço jurídico sem fronteiras, na medida que os Estados abrem mão de sua soberania absoluta em favor da tutela da primazia da pessoa humana.

Nesse cenário, cabe indagar qual seria o papel do Poder Judiciário neste século XXI.

Inicialmente, André Ramos Tavares¹⁶³ diz que a teoria da separação dos poderes está assentada na premissa de não convir que um poder se sobreponha a outro: os poderes (órgãos) devem trabalhar no mesmo nível, primando por uma atuação harmônica e autônoma, e não conflituosa e separatista.

Entretanto, o autor revela que, ao longo da história mundial das instituições, houve uma nítida e constante supremacia do Legislativo e do Executivo. Ao Judiciário restou um papel secundário e, em muitas circunstâncias, subserviente ou omissos.

As causas dessa omissão do Poder Judiciário emergem de variadas situações:

- (i) No continente europeu, no absolutismo, no Judiciário atuava como um braço do rei. Fazia-se justiça em nome do rei;

¹⁶² BUENO, Cassio Scarpinella, *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, cit., p. 65.

¹⁶³ TAVARES, André Ramos, *Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional*, cit., p. 23.

- (ii) A timidez do Judiciário pode ser explicada pela circunstância de ser um poder reativo e não ativo: seu atuar sempre esteve condicionado à provocação do cidadão ou do interessado. Numa perspectiva diacrônica, o atuar e importância do Judiciário só podiam ser diminutos;
- (iii) A natureza individual das contendas também justifica o acanhamento inicial do Poder Judiciário, porque os interesses em jogo eram particulares e a repercussão social das decisões era desconhecida da maior parte da sociedade, só sendo acessada por um pequeno grupo de pessoas.¹⁶⁴

Com a consolidação do Estado de Direito no final do século XVIII, o papel do Poder Judiciário sofreu uma drástica mudança, sendo sua mais notável consequência a encampação de todas as condutas humanas dentro do espectro do direito positivado.

Os textos legais passaram a se valer de uma peculiar técnica de redação, para que fosse possível encerrar sob a sombra da lei um sem-número de condutas, usando termos imprecisos e abstratos, os quais buscariam evitar um engessamento do alcance legal, sem perda da segurança jurídica almejada desde a Revolução.

A imprecisão dos termos legais dificultou o acesso ao real significado da lei, criando contradições e lacunas, o “dever ser” imposto pela norma legal tornou-se ininteligível ao cidadão comum: a chave do mundo jurídico ficou reservada aos juristas e a compreensão definitiva ao Judiciário, acarretando-lhe uma posição de maior destaque no cenário social, com maior sobrecarga de trabalho.

A real força da decisão judicial e seu papel na construção do direito foi acentuada com o advento do Estado Social e do Estado Constitucional.¹⁶⁵

No Estado Social, as liberdades públicas perdem sua força atrativa para os direitos sociais, pautado na igualdade de condições e oportunidades.

O Estado deixa de ser um ente omissor, tornando-se um ente ativo, intervencionista: no Estado Social a regra é o agir, o prover. Porém, quando o Estado não age, cabe ao indivíduo

¹⁶⁴ TAVARES, André Ramos. *Manual do Poder Judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 23-24.

¹⁶⁵ TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 72.

incitá-lo, via Judiciário, e então o Estado-juiz passa a ocupar um espaço importante na realização da justiça social.¹⁶⁶

Decorre daí o aumento da demanda judicial, com um conflito entre os poderes praticamente inafastável, que se acentua no Estado Constitucional, no qual a pedra de toque é o controle de constitucionalidade: os atos de Executivo e do Legislativo serão submetidos ao crivo da Constituição, personificada no Judiciário, no sistema brasileiro, cabendo destacar que não temos a pretensão de esgotar exhaustivamente a matéria sob exame, mas tão somente trazê-la ao presente debate.

Por consequência, as decisões judiciais passam a encerrar inúmeras questões polêmicas, tais como: (i) violação ao princípio da separação dos poderes, sob o fundamento de existir invasão da competência reservada aos demais poderes, com a prolação da decisão judicial conhecedora das violações de direitos; (ii) não compete ao Poder Judiciário formular políticas públicas alternativas, já que não é um poder eleito democraticamente; (iii) decisões judiciais não poderiam substituir-se ao orçamento público, criando ou aumentando despesas, estabelecidas pelos poderes competentes.

As principais questões acima elencadas são exemplos, dentre outros, de argumentos utilizados para afastar, ou até mesmo impedir a atuação do juiz constitucional, inserido no Estado Constitucional e Democrático de Direito, cabendo destacar que não temos a pretensão de esgotar exhaustivamente a matéria sob exame, mas tão somente trazê-la ao presente debate.

Pensamos que a valorização e as especificidades do direito, inerentes ao Estado Democrático do Direito, desloca o centro de decisões politicamente relevantes do Legislativo e do Executivo em direção ao Judiciário. Trata-se do Estado Constitucional.

Segundo André Ramos Tavares: “Em muitas situações, a retirada do juiz constitucional do cenário de implementação de direitos fundamentais constitucionalmente verbalizados vai produzir resultados semelhantes às posturas liberais de diminuição do papel do Estado.”¹⁶⁷

¹⁶⁶ TAVARES, André Ramos, Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional, cit., p. 51.

¹⁶⁷ TAVARES, André Ramos, *Paradigmas do judicialismo constitucional*, cit., p. 71.

Lenio Luiz Streck¹⁶⁸ assinala que “as Constituições Sociais devem ser interpretadas diferentemente das Constituições Liberais”.

Segundo esse autor, “o juiz (e o operador jurídico *lato sensu*) somente está sujeito à lei enquanto válida, quer dizer, coerente com o conteúdo material da Constituição”¹⁶⁹, devendo os operadores do direito ter em mente de que há no Estado Democrático de Direito uma tutela constitucional do processo.

Cassio Scarpinella Bueno registra que:

O conseqüente incremento dos poderes do juiz a partir de um novo padrão de norma jurídica ou diante de uma nova forma de sua enunciação é inegável. Deixa-se de lado o mito da neutralidade do juiz, mero aplicador automático da lei, e se passa a lidar com o juiz que se sabe necessariamente influenciado pelos valores dispersos na sociedade civil e no próprio Estado.¹⁷⁰

Com efeito, o magistrado brasileiro do século XXI deixa de ser mero aplicador automático da lei, que realiza a subsunção do fato à norma legal, e passa a ser o coordenador das inúmeras fontes do direito, quer oriundas do direito interno, quer oriundas de tratados internacionais, pautando-se pela tutela dos direitos humanos.

No Estado Democrático do Direito, o Poder Judiciário passa a ter expansão global e conotação política, como alerta Celso Campilongo:

O importante é salientar, mais uma vez, que, na sociedade moderna, democracia é sinônimo de manutenção de elevada complexidade e pressupõe a diferenciação funcional entre o sistema jurídico e o sistema político. Por isso, o processo de ampliação dos poderes do juiz, de um lado, e as tentativas de implantação da súmula vinculante, de outro, ao transferirem para o sistema jurídico critérios operativos da política (em termos de liberdade, rapidez e amplitude dos vínculos decisórios), expõem os dois sistemas a uma “desdiferenciação” incompatível com a democracia e a complexidade moderna.¹⁷¹

Creemos que o diálogo entre cortes representa uma via harmonizadora da complexidade dos diversos ramos do direito que permeiam a atualidade moderna e que o precedente jurisprudencial é um instrumento valioso dentro desse contexto.

¹⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. rev., atual. e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 346.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 349.

¹⁷⁰ BUENO, Cassio Scarpinella, *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, cit., p. 66.

¹⁷¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes, *O direito na sociedade complexa*, cit., p. 83.

A atividade jurisdicional pauta-se com base em novos valores, os quais têm como limite o próprio texto constitucional e as convenções de direitos humanos.

Cumpra anotar também os diversos tipos de litigiosidade que são ofertados ao juiz constitucional: (i) litigiosidade individual, sobre a qual o estudo e dogmática do direito foram tradicionalmente desenvolvidos, envolvendo lesões ou ameaças a direitos individuais; (ii) litigiosidade coletiva: envolve lesões ou ameaças a direitos coletivos e difusos, nos quais se utilizam procedimentos coletivos representativos (Ministério Público, associações, etc.); (iii) litigiosidade em massa ou de alta intensidade: que ensejam a propositura de ações repetitivas ou seriais, que possuem como base pretensões isomórficas, com especificidades, mas que apresentam questões jurídicas e/ou fáticas comuns para a resolução da causa.¹⁷²

Em sendo assim, paralelamente à necessária mudança da cultura ao litígio, com o amplo incentivo à mediação e à conciliação, urge ao juiz constitucional uma função ativa no processo de afirmação da cidadania e da justiça distributiva.

Marcelo Figueiredo relata que as Constituições latino-americanas são extensas, minuciosas e preveem uma lista de direitos individuais, coletivos, sociais, políticos e culturais, que levam o Poder Judiciário a intervir em inúmeras disputas ou em conflitos de interesses, quer de âmbito individual ou coletivo, concreto ou abstrato.

O mesmo autor assinala que, atualmente, os direitos humanos consubstanciam a tutela dos direitos de defesa, bem como dos direitos à prestação material e dos direitos de participação, motivo pelo qual ressalta:

De modo que, se aliarmos a riqueza quantitativa e qualitativa dos direitos humanos no Brasil, entenderemos porque os juízes, os Tribunais, as Cortes, os Tribunais Constitucionais na América Latina, ou as Supremas Cortes são obrigados a decidir sobre muitas questões complexas, seja no âmbito da jurisdição ordinária, seja no âmbito da jurisdição constitucional e seu processo (utilizando as mais variadas técnicas de resolução).¹⁷³

¹⁷² NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Ativismo e protagonismo judicial em xeque: argumentos pragmáticos. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2.106, 7 abr. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12587>>. Acesso em: 29 out. 2016.

¹⁷³ No original: “*De modo que, si aliamos la riqueza cuantitativa y cualitativa de los derechos humanos en Brasil, entenderemos por qué los jueces, los Tribunales, las Cortes, los Tribunales Constitucionales en América Latina, o las Supremas Cortes son obligadas a decidir sobre numerosos y complejos asuntos, sea en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, sea en el ámbito de la jurisdicción constitucional y su proceso (por medio de las más variadas técnicas de resolución).*” (FIGUEIREDO, Marcelo, La internacionalización del orden interno en clave del derecho constitucional transnacional, in *Estudios avanzados de derechos humanos: democracia e integración jurídica: emergencia de um novo direito público*, cit., p. 166 – nossa tradução).

Marcelo Figueiredo¹⁷⁴ destaca que o Poder Judiciário também é convocado para implementar direitos sociais ou definir qual é o alcance de uma política prevista ou projetada no texto constitucional.

O autor afirma que o exercício da democracia está associado à implementação e gozo dos direitos sociais¹⁷⁵ devendo-se destacar o artigo 5º, parágrafo 1º, da Carta Magna, segundo o qual os direitos sociais devem ter aplicabilidade imediata.

De acordo com José Reinaldo de Lima Lopes¹⁷⁶, vale frisar que “a negativa dos direitos sociais, ou seja, a negativa das condições de possibilidade de vida digna garantida sob o nome de direitos sociais, é negativa da democracia”.

Neste momento, cabe indagar qual é o papel do Poder Judiciário nessa temática e até onde é possível avançar no caminho do Estado Social e Democrático de Direito.

A resposta a essa indagação se encontra na própria Constituição, quanto à extensão e ao limite do controle.

Marcelo Figueiredo registra que um dos problemas enfrentados pela Justiça constitucional diz respeito à sua legitimidade e à questão dos limites e da repercussão que tem sobre o exercício de suas funções, cabendo destacar que: “Em geral, as competências constitucionais assinaladas à justiça constitucional obrigam-na a intervir no exercício das funções constitucionais dos demais órgãos. Mas tal intervenção faz-se mediante a

¹⁷⁴ “Sobre el tema hemos escrito en el pasado y hemos dado numerosos ejemplos de resoluciones tales como: (a) acciones o medidas judiciales que obligan a los particulares a informar a la población sobre los riesgos potenciales de las bebidas alcohólicas; (b) acciones judiciales que obligan a la Administración Pública federal a duplicar carreteras (autopistas) en función del elevado número de accidentes en trechos donde había falta de señalización suficiente para el público usuario; (c) medidas judiciales que obligaban al Estado a suministrar medicamentos de forma gratuita a la población carente, así como a portadores del virus de HIV (SIDA) porque no tenían condiciones económicas de adquirirlos y así por delante.” (FIGUEIREDO, Marcelo, La internacionalización del orden interno en clave del derecho constitucional transnacional, in Estudios avanzados de derechos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público, cit., p. 167).

¹⁷⁵ FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil: uma visão geral. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP*. p. 19. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/viewFile/736/509>>. Acesso em: 30 out. 2016.

¹⁷⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. Judiciário, democracia, políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 31, n. 122, p. 257, abr./jun. 1994.

interpretação e aplicação da Constituição e não com o intuito de abusar ou violar competência alheia.”¹⁷⁷

Por sua vez, Luís Roberto Barroso revela que o juiz:

- (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria;
 - (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis;
 - (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.é, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível.
- [...]
- Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a “favor” e não “contra a democracia”.¹⁷⁸

O mesmo autor, ao examinar a capacidade institucional do Judiciário e seus limites, anota que “o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea, antes eleva do que diminui”.¹⁷⁹

Assinala, ademais, que a doutrina constitucional contemporânea tem explorado a ideia de capacidade institucional e a de efeitos sistêmicos.

Segundo Barroso:

“Capacidade institucional” envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de

¹⁷⁷ FIGUEIREDO, Marcelo, *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil*, cit., p. 26.

¹⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Atualidades Jurídicas*: revista eletrônica do Conselho Federal da OAB, n. 4. p. 14. jan./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2016.

¹⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto, *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, cit., p. 17. O autor diz que no ativismo há uma escolha do magistrado no modo de interpretar as normas constitucionais, a fim de dar-lhes maior alcance e amplitude: “A judicialização e o ativismo são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins sociais.” (Ibidem, p. 17).

direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico. [...] Em questões como demarcação de terras indígenas ou transposição de rios, em que tenha havido estudos técnicos ou científicos adequados, a questão da capacidade institucional deve ser sopesada de maneira criteriosa.¹⁸⁰

Nas situações acima transcritas, Barroso sugere que o Poder Judiciário prestigie as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo o passo para os juízos discricionários dotados de razoabilidade e revela que o risco de “efeitos sistêmicos” imprevisíveis e indesejados pode recomendar uma posição de cautela e deferência, por parte do Judiciário.

Para Celso Campilongo, no Estado Democrático do Direito, “talvez nunca o Judiciário tenha assumido uma importância tão grande na sociedade brasileira quanto hoje. As pessoas demandam com mais intensidade e confiam cada vez mais as suas esperanças à Justiça”.¹⁸¹

Acreditamos que o Poder Judiciário visa a garantir as políticas públicas, o que significa atribuir ao magistrado uma função ativa no processo de afirmação da cidadania e da justiça distributiva no Brasil, com a observância dos contornos constitucionais.

Assim, pensamos que nas omissões materiais imputadas ao Estado-administração e até ao Estado-legislador, o juiz constitucional é chamado para implementar os direitos fundamentais sociais proclamados nas Constituições contemporâneas.

Ao contrário das clássicas liberdades negativas, agora é assinalada uma tarefa ativa ao Estado, constituindo-se o juiz constitucional num protetor da vontade constitucional de implementação desses direitos.

Conclui-se, dessa forma, que o papel do juiz sofreu grandes modificações, cabendo a ele dizer, em cada caso concreto, qual dos princípios em conflito deverá prevalecer para solucionar o caso trazido à baila, valendo-se do diálogo necessário entre cortes, principalmente através do controle difuso de convencionalidade.

Com efeito, o bloco de constitucionalidade existente por força do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, aliado à forma privilegiada de recepção dos tratados

¹⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto, *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, cit., p. 16.

¹⁸¹ SADEK, Maria Tereza (Org.). *O Judiciário em debate*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. p. 18. Disponível em: <<http://static.scielo.org/scielobooks/82r9t/pdf/sadek-9788579820342.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2016.

internacionais de direitos humanos, geram um amplo alcance aos operadores do direito quanto ao controle difuso de convencionalidade.

Assim, os juízes têm a importante missão de salvaguardar os direitos fundamentais previstos em seu ordenamento jurídico interno, bem como o conjunto de valores, princípios e direitos humanos que o Estado reconhece através da incorporação de instrumentos internacionais que convencionou internacionalmente.

De acordo com Eduardo Ferrer Mac-Gregor, os juízes nacionais se convertem nos primeiros intérpretes da normatividade internacional, tendo a missão de tutelar o corpo jurídico interamericano através do controle difuso de convencionalidade das leis.¹⁸²

Neste passo, cabe gizar que compartilhamos do posicionamento de Marcelo Figueiredo¹⁸³, segundo o qual a questão dos limites de atuação do Poder Judiciário deva ser delimitada conforme os parâmetros do próprio regime constitucional, que são: (i) princípio da inafastabilidade de controle jurisdicional; (ii) cabe ao Poder Judiciário aplicar os valores e direitos constitucionais consoante o Estado Democrático de Direito; (iii) os direitos e garantias fundamentais devem embeber a interpretação da Constituição; (iv) observância do princípio da dignidade da pessoa humana; (v) consideração de que os direitos constitucionais fundamentais, como saúde, educação, moradia, etc. são de variada eficácia e aplicabilidade, e demandam a integração dos vários poderes para sua total fruição pelos particulares.

Marcelo Figueiredo ressalta que: “É preciso redobrado cuidado para que a justiça constitucional não desborde de suas funções, tendo sempre presente a ideia de que as opções políticas cabem, nas democracias, ao legislador e que é tênue a fronteira entre os efeitos jurídicos da interpretação constitucional e a criação original do direito pelo legislador.”¹⁸⁴

Pensamos, ademais, que o Poder Judiciário no século XXI não deve “invadir” a área de atuação do Poder Executivo, mas tão somente corrigir inconstitucionalidades, ilegalidades,

¹⁸² FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coords.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano*: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 594.

¹⁸³ FIGUEIREDO, Marcelo, O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil: uma visão geral, cit., p. 29.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 35.

abusos ou desvios de poder, promovendo ações afirmativas, inclusive com a compatibilização de políticas públicas às diretrizes e metas constitucionais.

Creemos, outrossim, que não cabe ao Poder Judiciário ou à jurisdição constitucional sufocar o espaço da política, dos indivíduos e a autonomia privada da pessoa humana, mas lhe compete preservar o princípio da dignidade da pessoa humana, buscando-se uma sociedade justa e igualitária, contribuindo com os direitos fundamentais para que esses ideais sejam alcançados.

Dessa forma, diante da pluralidade de fontes normativas, cabe indagar qual seria o papel do Poder Judiciário neste século XXI. Pois bem, pensamos que cabe ao magistrado do século XXI proceder à coordenação de toda essa pluralidade de fontes normativas, com vistas a promover a tutela da pessoa humana.

Para tal mister, esse operador do direito, que está inserido nesse cenário de pluralismo constitucional, deve se valer do bloco de constitucionalidade e da recepção privilegiada dos tratados de direitos humanos, para efetuar o controle de convencionalidade das leis, ou realizar a interpretação conforme a Constituição, a Convenção Americana de Direitos Humanos e a jurisprudência convencional.

No presente estudo, no entanto, delimitamos nossa abordagem ao exame do controle difuso de convencionalidade, motivo pelo qual deixaremos de esmiuçar a interpretação conforme à Constituição, à Convenção Americana de Direitos Humanos e à jurisprudência convencional, sem olvidar, contudo, de sua inestimável importância em nosso mundo atual.

Urge também questionar se os magistrados brasileiros estariam adstritos, ou não, ao disposto pelo artigo 8º, combinado com o artigo 140, ambos do Código de Processo Civil, principalmente no que diz respeito ao resguardo e promoção da dignidade da pessoa humana, dentre outros princípios.

Inicialmente, vale destacar que Marcelo Figueiredo leciona que “a noção de dignidade humana é produto do reconhecimento da *unicidade* de cada indivíduo humano. Por ser indivíduo humano, deve ter o respeito e a proteção social do Estado e da sociedade”.¹⁸⁵

Ingo Wolfgang Sarlet conceitua dignidade da pessoa humana como:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distinta reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão como os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.¹⁸⁶

Nesse mesmo sentido, anota José Joaquim Gomes Canotilho que os direitos humanos ou direitos do homem são:

Como um núcleo básico do direito internacional vinculativo das ordens jurídicas internas. Estado de direito é o Estado que respeita e cumpre os direitos do homem consagrados nos grandes pactos internacionais (exemplo: Pacto Internacional de Direitos Pessoais, Cívicos e Políticos; Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais), nas grandes declarações internacionais (exemplo: Declaração Universal dos Direitos do Homem) e noutras grandes convenções de direito internacional (exemplo: Convenção Europeia dos Direitos do Homem).¹⁸⁷

O mesmo autor assinala que a vinculação do Estado pelo direito internacional é tão intensa que leva as Constituições internas a proclamarem o direito internacional como fonte de direito de valor superior à própria Constituição, como na Holanda e Áustria.

Flávia Piovesan destaca haver, no plano internacional, a humanização do direito internacional e a internacionalização dos direitos humanos:

Deste modo, a interpretação jurídica vê-se pautada pela força expansiva do princípio da dignidade humana e dos direitos humanos, conferindo prevalência ao *human rights approach* – abordagem de direitos humanos – (*human centered approach* – abordagem centrada no ser humano).

Esta transição paradigmática, marcada pela crise do paradigma tradicional e pela emergência de um novo paradigma jurídico, surge como o contexto a fomentar o

¹⁸⁵ FIGUEIREDO, Marcelo, *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil*, cit., p. 80.

¹⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 70-71.

¹⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed., 11. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2003. p. 233.

controle de convencionalidade e o diálogo entre jurisdições no espaço interamericano, o que permite avançar para o horizonte de pavimentação de um *ius commune* latino-americano.¹⁸⁸

Portanto, a proteção do ser humano passa a ser o centro da ordenação jurídica mundial.

Como acreditamos que os magistrados brasileiros devem estar adstritos ao disposto pelo artigo 8º, combinado com o artigo 140, ambos do Código de Processo Civil, principalmente no que diz respeito ao resguardo e promoção da dignidade da pessoa humana, dentre outros princípios, urge analisar o diálogo de fontes, que constitui um método da teoria geral do direito para guiar o operador do direito, e que tem esse princípio como norte a guiar o aplicador do direito.

Cláudia Lima Marques¹⁸⁹ lembra a teoria de Erik Jaime do diálogo das fontes, como o diálogo entre leis postas, *soft laws*, costumes, princípios gerais, e reconhece que a força dos princípios imanentes do sistema e do bloco de constitucionalidade origina uma teoria humanista e humanizadora, que utiliza o sistema de valores para coordenar e restaurar a coerência abalada pelo conflito de leis.

Nesse diapasão, cumpre destacar que parte da doutrina chega a entender que os critérios tradicionais da Lei de Introdução de 1942 não são suficientes para solucionar conflitos de leis, ainda mais em face à constitucionalização do direito privado.

Dessa forma, Cláudia Lima Marques¹⁹⁰ conclui que a teoria do diálogo das fontes constitui um método da teoria geral do direito e afirma que é útil e pode ser usada em todos os ramos do direito, privado e público, nacional e internacional, como instrumento útil ao aplicador da lei no tempo, diante do pluralismo de fontes, que só tende a aumentar no século XXI.

Assim, nos conflitos entre o direito interno e o direito internacional, os valores-guias seriam a valorização dos direitos humanos e a interpretação *pro homine*.

¹⁸⁸ PIOVESAN, Flávia, Direitos humanos e diálogo entre jurisdições, in *Diálogo entre cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita*, cit., p. 89-90.

¹⁸⁹ MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 19.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 21.

Desse modo, o diálogo entre fontes é um novo paradigma de coordenação e coerência restaurada de um sistema de plúrimas fontes, com diversos campos de emprego, propiciando ao aplicador da lei escolher entre as fontes em aparente conflito, a lei, ou a ordem jurídica a ser aplicada ao caso concreto.

Nas palavras de Cláudia Lima Marques, “o diálogo das fontes é iluminado pelos valores constitucionais e os direitos humanos ou fundamentais”.¹⁹¹

O diálogo das fontes eleva a visão do intérprete para o *télos* do conjunto sistemático de normas, inseridas num feixe de pluralidade normativa, em que se prestigiam os valores constitucionais e os direitos humanos, tutelando-se o sujeito vulnerável, em ajuste entre a autonomia da vontade e a liberdade, confrontada com o direito à diferença e à igualdade.

Segundo a autora, “o método do diálogo das fontes é valorativo e inovador, promove sempre os direitos do sujeito mais fraco e seus direitos fundamentais!”.¹⁹²

Concluimos com Cláudia Lima Marques, no sentido de que a teoria do diálogo das fontes se trata de uma visão atualizada e coerente do antigamente denominado “conflito de leis no tempo”, servindo como um método da teoria geral do direito, que tem a missão de elevar a visão do intérprete para o *télos* do conjunto sistemático de normas e valores constitucionais, o auxiliando na tarefa de aplicar e interpretar a lei.¹⁹³

Em sentido similar, Cassio Scarpinella Bueno assinala que o artigo 8º do Código de Processo Civil procura aprimorar e atualizar os artigos 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, para as escolas hermenêuticas em voga.¹⁹⁴

Desse modo, segundo o artigo 8º, do Código de Processo Civil, “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”, que constituem

¹⁹¹ MARQUES, Cláudia Lima, O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme, in *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*, cit., p. 28.

¹⁹² *Ibidem*, p. 63.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 66.

¹⁹⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 54.

diretrizes para guiar o magistrado na interpretação do ordenamento jurídico e consequente aplicação ao caso concreto que lhe é submetido para análise e decisão.

O artigo 140, *caput*, do novo Código de Processo Civil prescreve que “o juiz não se exime de decidir sob alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”, de modo que o juiz nos dias atuais não está vinculado à mera subsunção da lei, cabendo-lhe decidir o caso concreto, conforme o ordenamento jurídico, visando a atender às necessidades da sociedade. O juiz, portanto, decide também com base na jurisprudência anterior, na doutrina e nos princípios jurídicos.

Os precedentes jurisprudenciais ganham força, tanto que o artigo 927 do novo Código de Processo Civil reforça a necessidade de respeito à jurisprudência de órgãos superiores, nas determinadas condições que elenca, como nas decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade, acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência, resolução de demandas repetitivas, julgamento de recursos especiais ou extraordinários repetitivos, dentre outras hipóteses.

Com efeito, o novo Código de Processo Civil visa a consolidar o modelo de precedentes e almeja mudar a cultura jurídica brasileira do litígio, ao estabelecer em seu Livro III, Capítulo I, artigos 926 a 928, que os tribunais devem uniformizar a sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, objetivando inclusive dar maior racionalidade e rapidez às decisões judiciais.

Anote-se, por outro lado, que ainda é possível avançar mais, a fim de que as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos ganhem força de precedente jurisprudencial, nos moldes do artigo 93 da Constituição colombiana.¹⁹⁵

Desse modo, o precedente proferido em julgamento de casos repetitivos passa a ter caráter obrigatório e, se descumprido, ensejará reclamação, nos termos do artigo 988, inciso IV, da citada lei processual.

¹⁹⁵ CARDOSO, João Vitor; GERBER, Konstantin. O pluralismo de fontes em perspectiva comparada: Alemanha, Brasil e Colômbia. In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coords.); GERBER, Konstantin (Org.). *A jurisprudência e o diálogo entre tribunais: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 227.

André Sposito Mendes diz que as disposições dos artigos 988 e 993 do novo Código de Processo Civil ensejam a proteção da convencionalidade, no nível nacional, ensejando com que o Supremo Tribunal Federal casse as decisões proferidas que descumpram o posicionamento adotado no RE n. 466.343, nos termos do artigo 988, inciso III, do citado diploma legal.¹⁹⁶

A mudança de pensamento começou com o advento da Emenda Constitucional n. 45, ao criar a repercussão geral e a súmula vinculante, e atualmente espera-se que a eficiência do Poder Judiciário decorra da agilidade do julgamento dos recursos nos tribunais superiores e de uma jurisprudência consolidada, que resguarde a segurança jurídica.

Conclui-se, dessa forma, que o papel do juiz, em nossa sociedade moderna, sofreu grandes modificações, como constatamos acima.

Acreditamos, ademais, que os magistrados brasileiros do século XXI devem preservar o princípio da indeclinabilidade da jurisdição e observar o disposto pelo artigo 8º, combinado com o artigo 140, ambos do Código de Processo Civil, principalmente no que diz respeito ao resguardo e promoção da dignidade da pessoa humana e tutela do princípio *pro homine*.

De acordo com Flávia Piovesan¹⁹⁷, desenha-se uma crise do paradigma tradicional e emerge um novo paradigma a guiar a cultura jurídica latino-americana, que possui três características essenciais:

a) Trapézio, com a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos no ápice da ordem jurídica (com repúdio a um sistema jurídico endógeno e autorreferencial): as Constituições latino-americanas possuem cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos, ampliando e expandindo o bloco de constitucionalidade.

¹⁹⁶ MENDES, André Sposito. O instituto da reclamação para o controle de convencionalidade nacional. In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coords.); GERBER, Konstantin (Org.). *A jurisprudência e o diálogo entre tribunais: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 58.

¹⁹⁷ PIOVESAN, Flávia, Direitos humanos e diálogo entre jurisdições, in *Diálogo entre cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita*, cit., p. 86.

Logo, é nesse contexto, marcado pela tendência das Constituições latino-americanas em assegurar um tratamento especial e diferenciado aos direitos e garantias internacionalmente consagrados, que se delinea a visão do trapézio jurídico contemporâneo, a substituir a tradicional pirâmide jurídica.

b) Crescente abertura do direito (agora “impuro”), marcado pelo diálogo do ângulo interno com o ângulo externo: há a permeabilidade do direito, mediante o diálogo entre jurisdições, empréstimos constitucionais e a interdisciplinaridade, a fomentar o diálogo do direito com outros saberes e diversos atores sociais, resignificando, assim, a experiência jurídica.

Flávia Piovesan relata que, no Brasil, por exemplo, é crescente a realização de audiências públicas pelo Supremo Tribunal Federal, contando com os mais diversos atores sociais, para enfrentar temas complexos e de elevado impacto social, como a utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa científica, a justicialização do direito à saúde, as cotas para afrodescendentes em universidades, o reconhecimento constitucional às uniões homoafetivas, dentre outros.¹⁹⁸

Segundo Flávia Piovesan: “É a partir do diálogo a envolver saberes diferentes e atores diversos que se verifica a democratização da interpretação constitucional a resignificar o Direito.”¹⁹⁹

c) Abordagem dos direitos humanos (abordagem centrada no ser humano), sob um enfoque que abarca como conceitos estruturais e fundantes a soberania popular, a segurança, a cidadania e os direitos dos cidadãos.

Segundo Norberto Bobbio, “o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los e sim o de protegê-los”.²⁰⁰

¹⁹⁸ PIOVESAN, Flávia, Direitos humanos e diálogo entre jurisdições, in *Diálogo entre cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita*, cit., p. 88.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 88.

²⁰⁰ BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 25.

Em sendo assim, acreditamos que o pluralismo constitucional, a abertura do direito ao diálogo externo e a abordagem dos direitos humanos tornam relativa a soberania dos Estados, posto que eles abrem mão do seu poder exclusivo de legislar, ao incorporarem os tratados internacionais de direitos humanos em seus ordenamentos jurídicos internos; são fatores que levam o Poder Judiciário à adoção de uma nova postura, com vistas a tutelar os direitos humanos, ao interpretar e aplicar o direito, diante da multiplicidade de assuntos em que é instado a decidir neste século XXI, valendo-se inclusive do controle de convencionalidade difuso para verificar a adequação das leis internas aos tratados internacionais de direitos humanos.

4 COMUNIDADE GLOBAL DE CORTES: O PLURALISMO CONSTITUCIONAL E O DIÁLOGO ENTRE CORTES

O pluralismo constitucional, ou transconstitucionalismo, nas palavras de Marcelo Neves²⁰¹, oferece soluções para o operador do direito, num mundo global e que está a exigir integração jurídica.

Marcelo Figueiredo afirma que isso ocorre:

[...] em razão da forte internacionalização e globalização das relações jurídicas em um mundo cada vez mais segmentado em organizações internacionais, tribunais nacionais, regionais, supranacionais, internacionais, setor público, privado, empresarial, cada um deles emitindo um grande número de normas jurídicas que devem ser interpretadas e aplicadas para além da figura do Estado.²⁰²

Com efeito, o pluralismo constitucional exige do operador do direito uma nova postura consentânea à internacionalização e globalização das relações jurídicas, devendo ter como norte a tutela do ser humano.

O autor ainda fala da complexa relação que se estabelece entre várias ordens jurídicas, citando como exemplo os diversos tribunais e cortes que tutelam os direitos humanos na Europa:

Tome-se o caso do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), dos Tribunais Constitucionais e do Tribunal ou Cortes Supremas da Europa, e ainda da União Europeia e de sua Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CEDH), e sua inter-relação com o Convênio Europeu de Direitos Humanos (CvEDH).²⁰³

Marcelo Figueiredo revela que “sabemos que aos juízes dos Estados já não é suficiente que conheçam a ordem jurídica doméstica, mas devem inclusive ser guardiões da jurisprudência das cortes e tribunais internacionais. É o chamado controle de convencionalidade”²⁰⁴ e assinala que: “Não sabemos exatamente como o termo transconstitucionalismo surgiu na literatura internacional mas é possível afirmar que a política

²⁰¹ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 129.

²⁰² FIGUEIREDO, Marcelo, *O direito constitucional transnacional e algumas de suas dimensões*, cit., p. 15.

²⁰³ *Ibidem*, p. 16.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 17.

mundial tem como assente a ideia de que os Estados não são mais os únicos atores importantes no cenário internacional.”²⁰⁵

Com efeito, como vimos nos capítulos anteriores, o Estado não detém, na atualidade, a produção normativa exclusiva, tendo aberto mão de sua soberania exclusiva, com a incorporação em seu ordenamento jurídico de tratados internacionais sobre direitos humanos, com a missão precípua de tutelar o valor da pessoa humana.

Marcelo Neves leciona que: “O que caracteriza o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas é, portanto, ser um constitucionalismo relativo a (soluções de) problemas jurídico-constitucionais que se apresentam simultaneamente a diversas ordens jurídicas.”²⁰⁶

Ele salienta que não importa definir as formas de relação existentes entre as ordens jurídicas transnacionais, mas sim incorporar essas ordens à rede de entrelaçamento de ordens jurídicas estatais, supranacionais, internacionais e locais.

A pluralidade normativa atual encontra-se entrelaçada em redes que parecem anéis e que repudiam o princípio da hierarquia normativa, por não atender às necessidades sociais atuais. Com efeito, segundo o mesmo autor:

[...] não é o mais apropriado definir as formas de relação existentes entre ordens jurídicas transnacionais e os correspondentes sistemas funcionais globais nos termos de “Constituições civis”. Afigura-se mais frutífero e adequado ao tratamento dos problemas constitucionais da sociedade mundial do presente incorporar essas ordens à rede de entrelaçamento de ordens jurídicas (estatais, supranacionais, internacionais e locais) no âmbito do afluyente transconstitucionalismo.²⁰⁷

Em sendo assim, “o fundamental é precisar que os problemas constitucionais surgem em diversas ordens jurídicas, exigindo soluções fundadas no entrelaçamento entre elas”.²⁰⁸

Cabe ressaltar outrossim que a tutela dos direitos humanos ultrapassa a fronteira de seus Estados, motivo pelo qual os paradigmas ínsitos à atividade jurisdicional de interpretar e aplicar o direito se modificou, a fim de tutelar de forma efetiva os conflitos oriundos de relações transterritoriais, preservando o princípio da dignidade da pessoa humana.

²⁰⁵ FIGUEIREDO, Marcelo, *O direito constitucional transnacional e algumas de suas dimensões*, cit., p. 169.

²⁰⁶ NEVES, Marcelo, *Transconstitucionalismo*, cit., p. 129.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 113.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 121.

Portanto, Marcelo Neves diz que “quando questões de direitos fundamentais ou humanos submetem-se ao tratamento jurídico concreto, perpassando ordens jurídicas diversas, a ‘conversação’ constitucional é indispensável”.²⁰⁹

Assim, cremos que o diálogo jurisprudencial mostra-se uma via adequada para a solução das demandas que surgem neste novo século e constitui um instrumento para a integração jurídica harmônica entre as ordens jurídicas nacional e internacional, que estão justapostas, principalmente através do controle de convencionalidade.

Anne Marie Slaughter, ao tratar de uma comunidade global de cortes, diz que há identidade institucional dos tribunais locais, que é forjada pelas suas funções comuns de resolução de litígios sob as regras do direito, não apenas como parte de um sistema jurídico global, mas como uma comunidade global de cortes:

Esta comunidade de cortes é constituída, sobretudo, pela autoconsciência dos juízes nacionais e internacionais que desempenham um papel principal. Eles estão vindo juntos em todos os tipos de formas. Literalmente, eles se encontram com muito mais frequência em uma variedade de configurações, a partir de seminários para sessões de formação e organização judicial. Figurativamente, leem e citam opiniões uns dos outros, que são agora disponíveis nestes várias reuniões, na Internet, através de funcionários e por meio de tribunais internacionais que se baseiam em casos nacionais e lei e, em seguida, “*cross-fertilize*” a outros tribunais nacionais.²¹⁰

Por sua vez, Vicki C. Jackson afirma que as comparações entre sistemas jurídicos são inevitáveis: “Comparação hoje é inevitável. É quase impossível para ser um juiz ou um advogado bem informado agora sem ter impressões da lei e do governo em outros países que não o seu próprio.”²¹¹

²⁰⁹ NEVES, Marcelo, *Transconstitucionalismo*, cit., p. 129.

²¹⁰ No original: “*This community of courts is constituted above all by the self-awareness of the national and international judges who play a part. They are coming together in all sorts of ways. Literally, they meet much more frequently in a variety of settings, from seminars to training sessions and judicial organizations. Figuratively, they read and cite each other’s opinions, which are now available in these various meetings, on the Internet, through clerks, and through the medium of international tribunals that draw on domestic case law and then cross-fertilize to other national courts.*” (SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts. *Harvard International Law Journal*, v. 44, No. 1, p. 192, Winter 2003. Disponível em: <<https://www.jura.uni-hamburg.de/media/ueber-die-fakultaet/personen/albers-marion/seoul-national-university/course-outline/slaughter-2003-a-global-community-of-courts.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2016 – nossa tradução).

²¹¹ No original: “*Comparison today is inevitable. It is almost impossible to be a well-informed judge or lawyer now without having impressions of law and governance in countries other than one’s own.*” (JACKSON, Vick C. Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement. *Harvard Law Review*, v. 119, p. 118, 2005. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/amh_ma_4589.pdf>. Acesso em: 30 out. 2016 – nossa tradução).

Desse modo, as decisões das cortes transnacionais devem ser observadas pelos tribunais no contexto das práticas institucionais locais, ampliando a legitimação das decisões domésticas, na projeção conceitual de um sistema internacional cosmopolita, ou seja, a construção das decisões judiciais domésticas deve operar em conexão com as decisões transnacionais.

Por isso, Marcelo Neves fala de “uma ‘soberania dividida’ ou ‘compartilhada’, apontando para uma transferência de um âmbito de ‘competência de competência’ para uma esfera jurídica mais abrangente”.²¹²

Ao discorrer sobre o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais, Marcelo Neves ensina que:

Entre cortes de diversos Estados vem-se desenvolvendo, de maneira cada vez mais frequente, uma “conversação” constitucional, mediante referências recíprocas a decisões de tribunais de outros Estados. Além do fato de que as ideias constitucionais migram mediante legislação e doutrina de uma ordem jurídica para a outra, há um entrecruzamento de problemas que exigem um diálogo constitucional no nível jurisdicional, sobretudo através do desenvolvimento de tribunais constitucionais ou cortes supremas. [...]. Mais do que isso, o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas importa que, em casos tipicamente constitucionais, as decisões de cortes constitucionais de outros Estados são invocadas em decisões de tribunal constitucional de um determinado estado não só como *obiter dicta*, mas como elementos construtores da *ratio decidendi*. Nesse caso, o “transjudicialismo” implica uma releitura dos autofundamentos constitucionais da própria ordem que se torna como ponto de partida, transformando-se em transconstitucionalismo.²¹³

Acreditamos, portanto, assistir razão a Marcelo Neves, na medida que propugna por um diálogo transconstitucional, ou uma “conversação” constitucional, buscando-se respostas satisfatórias aos problemas oriundos das diversas ordens jurídicas mundiais.

Pensamos que o controle de convencionalidade se trata de um excelente modo de diálogo entre cortes e se apresenta como um instrumento adequado para a salvaguarda dos direitos humanos fundamentais, pois visa inclusive à harmonização de ordenamentos jurídicos em confronto.

Antes de adentrar ao exame do controle de convencionalidade, urge analisar o diálogo nos sistemas europeu e americano de direitos humanos.

²¹² NEVES, Marcelo, *Transconstitucionalismo*, cit., p. 152.

²¹³ *Ibidem*, p. 167-168.

4.1 O diálogo entre cortes nos sistemas europeu e americano de direitos humanos

O diálogo entre cortes demonstra ser um meio favorável para a criação de um direito comum de cooperação.

A expansão material dos direitos humanos eleva o tema da influência mútua entre sistemas jurídicos e conduz o diálogo entre cortes e tribunais ao patamar de um dos maiores desafios para o direito no século XXI.

Anote-se que os precedentes históricos do processo de internacionalização e universalização dos direitos humanos²¹⁴ representaram os primeiros limites à liberdade e autonomia dos Estados, relativizando o conceito da soberania dos Estados.

O direito humanitário, a Convenção da Liga das Nações de 1920 e a Organização Internacional do Trabalho contribuíram para o processo de internacionalização dos direitos humanos, ao proporcionarem a redefinição da noção de soberania absoluta do Estado, na medida que passaram a incorporar, em seu conceito, compromissos obrigacionais e de alcance internacional referentes aos direitos humanos.

Flávia Piovesan leciona que:

Aos poucos, emerge a ideia de que o indivíduo é não apenas objeto, mas também sujeito de Direito Internacional. A partir dessa perspectiva, começa a se consolidar a capacidade processual internacional dos indivíduos, bem como a concepção de que os direitos humanos não mais se limitam à exclusiva jurisdição doméstica, mas constituem matéria de legítimo interesse internacional. Nesse cenário, os primeiros delineamentos do Direito Internacional dos Direitos Humanos começavam a se revelar.²¹⁵

Outrossim, destaque-se que a internacionalização dos direitos humanos e, por consequência, a delimitação da soberania estatal, consolidou-se diante das atrocidades

²¹⁴ Adotamos a concepção contemporânea de direitos humanos, segundo Flávia Piovesan, “pela qual eles são concebidos como unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, na qual os valores da igualdade e liberdade se conjugam e se completam” (PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, cit., p. 79).

²¹⁵ *Ibidem*, p. 194-195.

cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, em que os seres humanos foram descartados ao bel-prazer dos nazistas e a crueldade tornou banal o valor da pessoa humana.

Em consequência dessas atrocidades, a soberania estatal passou a ser considerada um princípio relativo, pelo qual limites devem ser impostos aos Estados a favor dos direitos humanos, responsabilizando-se o Estado por maus tratos aos seres humanos, não podendo os cidadãos permanecerem adstritos à jurisdição doméstica.

No período pós-guerra, os indivíduos passaram a ser foco de atenção internacional e os direitos humanos objeto de legítima preocupação mundial, ocupando o principal espaço na agenda das instituições internacionais, com a instituição das Nações Unidas, que adotou a Declaração Universal dos Direitos Humanos pela sua Assembleia Geral, em 1948.

Nas palavras de Flávia Piovesan, “não mais poder-se-ia afirmar, no fim do século XX, que o Estado pode tratar de seus cidadãos na forma que quiser”.²¹⁶

Segundo a autora, o Tribunal de Nuremberg, em 1945-1946, representou um avanço no movimento de internacionalização dos direitos humanos, ao firmar a ideia da limitação da soberania estatal e ao reconhecer que os indivíduos são detentores de direitos tutelados pelo direito internacional, não se encontrando limitados à jurisdição doméstica.

Vale destacar que o Tribunal de Nuremberg passou a aplicar o costume internacional, sob o fundamento de que o direito de guerra deveria ser encontrado nos tratados, costumes e práticas dos Estados e nos princípios gerais de justiça aplicados por juristas e pelas cortes militares, na medida que o direito está em constante adaptação, atendendo às necessidades de um mundo em contínua alteração.

Assim, o Tribunal de Nuremberg apresenta duplo significado: consolidou a ideia da necessária limitação da soberania estatal e reconheceu que os indivíduos têm direitos humanos protegidos pelo direito internacional.²¹⁷

²¹⁶ PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, cit., p. 197.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 202.

Consolidou-se o posicionamento no sentido de que a existência de um sistema global de proteção poderia ter impedido que as violações dos direitos humanos, constatadas ao final da Segunda Guerra Mundial, chegassem a patamares alarmantes.

Assim, após a Segunda Guerra Mundial, com a criação da Organização das Nações Unidas e a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, o processo de internacionalização dos direitos humanos foi fortalecido.

Com a elaboração dos Pactos Internacionais dos Direitos Civis e Políticos e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os quais, com a Declaração de 1948, compõem a Carta Internacional dos Direitos Humanos, formou-se a base de todo o sistema de proteção que se desenvolveu ao longo do século XX.

Neste momento, vale destacar que a proteção internacional aos direitos humanos atua de forma subsidiária, principalmente quando a proteção interna se mostrar insuficiente ou ineficaz. Há a necessidade então de serem esgotados todos os recursos e caminhos processuais abertos na jurisdição local, postos à disposição pela jurisdição nacional.

Neste sentido, Marcelo Figueiredo leciona que “é importante recordar a necessidade de esgotamento dos recursos internos do Estado (no Estado) para eventual possibilidade de acesso ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos”.²¹⁸

Há, dessa forma, o surgimento de um constitucionalismo multinível.

Portanto, o sistema global, os sistemas regionais e os sistemas internos dos Estados convivem harmoniosamente, sendo os primeiros subsidiários e complementares do último (interno), o que não impede, no entanto, a ocorrência de antinomias entre os sistemas.

De acordo com Marcelo Neves:

A questão dos direitos humanos, que surgiu como um problema jurídico-constitucional no âmbito dos Estados perpassa hoje todos os tipos de ordens jurídicas no sistema jurídico mundial de níveis múltiplos: ordens estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais, locais. [...] As controvérsias sobre

²¹⁸ FIGUEIREDO, Marcelo, *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil*, cit., p. 73.

direitos humanos decorrem da possibilidade de leituras diversas do conceito, da pluralidade conflituosa de interpretações/concretizações das normas de incongruência prática dos diferentes tipos de direitos humanos. [...] As interpretações de um texto normativo podem levar a soluções diversas de casos. A invocação a uma espécie de direitos humanos pode implicar colisão com a pretensão de fazer valer um outro tipo. [...] É nesse contexto que toma significado especial o transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos, que corta transversalmente ordens jurídicas dos mais diversos tipos, instigando, ao mesmo tempo, cooperação e colisões.²¹⁹

Há três dimensões, segundo Eduardo Ferrer Mac-Gregor²²⁰, que refletem a tendência desse transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos:

1. Sistema universal: a Carta das Nações Unidas de 1945 e a Comissão de Direitos Humanos, criada em 1946 e convertida em Conselho em 2006, que se encarregou de redigir a Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, que constitui o primeiro catálogo de direitos humanos para a humanidade.

2. Sistemas regionais de proteção dos direitos humanos: os sistemas europeu, interamericano e africano.

O sistema europeu é o mais antigo e surgiu com a aprovação, pelo Conselho de Europa, do Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e as Liberdades Fundamentais, existindo três órgãos de controle: a Comissão, o Tribunal e o Comitê de Ministros, com sede em Estrasburgo, na França.

A partir da entrada em vigor do Protocolo n. 11 em 1998, e desaparecer a Comissão, passou a haver acesso direto ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Em 1º de dezembro de 2009, entrou em vigor o Tratado de Lisboa, que constitui importante passo de vinculação da União Europeia.

O sistema interamericano surgiu em 1948, com a Carta da Organização dos Estados Americanos e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres dos Homens. A Organização

²¹⁹ NEVES, Marcelo, *Transconstitucionalismo*, cit., p. 256.

²²⁰ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano, in *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*, cit., p. 558.

dos Estados Americanos contava então com 21 países e atualmente são 35 os Estados membros.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, firmada em San José da Costa Rica em 1969, entrou em vigor em 1978 e foi complementada com protocolos adicionais.

O sistema é integrado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sediada em Washington, e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, que iniciou suas atividades em 1999.

Anotar-se que dos 35 países que integram a Organização dos Estados Americanos, 24 ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos, enquanto 21 países aceitaram a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão Interamericana e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que têm funções consultiva e contenciosa, respectivamente, são integradas por sete membros, com mandatos de duração de quatro anos para os comissionados e seis anos para os juízes, com possibilidade de uma recondução.

O sistema africano se baseia na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, ou Carta de Banjul, de 1981, vigente em 1986, que regula os direitos econômicos, sociais e culturais de modo conjunto com os direitos civis e políticos. Ela prevê uma Comissão Africana de Direitos Humanos e uma Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos, esta última criada em 1998 e em funcionamento desde 2004.

A Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos é composta por 11 juristas e 25 países aceitam sua jurisdição.

3. Sistema comunitário: representado pela internacionalização do direito constitucional, através do Tratado de Lisboa, de 2009, na União Europeia.

Ele deu origem ao direito comunitário, em que há a internacionalização do direito constitucional. O sistema europeu tem como instituições o Conselho Europeu, o Parlamento, a Comissão, o Banco Central, o Tribunal de Justiça da União Europeia e o Tribunal de Contas.

Sergio García Ramírez e Claudio Zanghi²²¹ assinalam que há profundas diferenças entre os sistemas europeu e interamericano de direitos humanos e apontam as seguintes diferenças entre eles:

1. diferenças textuais: na Convenção Americana e no Convênio Europeu, os direitos não se reconhecem do mesmo modo, havendo distinções que impõem interpretações diversas;
2. diferenças estruturais: a função consultiva na Europa é limitada, nos termos do artigo 47, 2º, ao passo que os Estados membros, no sistema americano, só podem apresentar questões gerais na Corte Interamericana de Direitos Humanos através de opiniões consultivas sobre a interpretação da Convenção ou de outros tratados, inclusive acerca da adequação de suas leis aos tratados internacionais, nos termos do artigo 64 da Convenção Americana de Direitos Humanos;
3. diferenças de contexto jurídico e político;
4. diferenças discursivas: a intensidade do discurso constitucional desenvolvido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos é maior do que o da Tribunal Europeu de Direitos Humanos. O caso *Almonacid Arellano y otros v. Chile*, de 2006, constitui um precedente reiterado em outras sentenças e demonstra ser um caso exemplar de controle de convencionalidade da lei.

No sistema de proteção europeu, o principal papel da jurisdição regional sobre direitos humanos, é exercido pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que tem a missão de assegurar o respeito aos compromissos das partes contratantes e de seus convênios, consistente em assegurar o cumprimento e o respeito às suas obrigações, o que se desenvolve através de recursos individuais ou interestatais e tutelam direitos individuais, ou coletivos.

A função jurisdicional em assuntos contenciosos, relacionados à violação de direitos ou liberdades constitui a atividade de maior visibilidade da Corte Interamericana de Direitos Humanos e produz efeito vinculante para as partes envolvidas.

²²¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; ZANGHI, Claudio. Las jurisdicciones regionales de derechos humanos y las reparaciones y efectos de las sentencias. In: GARCÍA ROCA, Javier; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio; SANTOLAYA MARCHETTI, Pablo; CANOSA USERA, Raúl (Eds.). *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*. Navarra: Civitas, 2012. p. 424.

Vale destacar que os tribunais supranacionais, como os acima citados, são os principais protagonistas do diálogo jurisdicional, o que, no entanto, não exclui a participação dos membros do Poder Judiciário local, principalmente quanto ao controle difuso de convencionalidade.

Ademais, não obstante as distinções acima arroladas, Carlos Ayala Corao destaca que o diálogo jurisprudencial, ainda de distinta natureza, pode ter lugar: (i) entre tribunais de um mesmo nível estatal, como são os tribunais constitucionais nacionais; (ii) entre o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos; (iii) entre o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e os tribunais constitucionais europeus; e (iv) entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e os tribunais americanos.²²²

Segundo Carlos Ayala Corao, o diálogo jurisprudencial entre os tribunais internacionais de direitos humanos e os tribunais nacionais é diverso da interpretação do direito em geral, na medida que os tribunais nacionais devem se guiar pelo princípio da harmonização – que não uniformização, conforme a interpretação dada pelo tribunal regional de direitos humanos respectivo.

Os ordenamentos jurídicos internos devem se reger pelo princípio geral de compatibilidade do convencionado, constituído por Convenção Europeia de Direitos Humanos-Convenção Americana de Direitos Humanos e a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos-Corte Interamericana de Direitos Humanos, respectivamente.

Trata-se de uma interpretação segundo a convenção, que os tribunais de direito interno devem fazer para dar recepção à convenção na interpretação de direitos, conforme a interpretação internacional correspondente.

Cuida-se, portanto, de um diálogo responsável e deferido dos tribunais de direito interno com o tribunal supranacional, intérprete autêntico e final dos direitos reconhecidos no tratado respectivo.²²³

²²² AYALA CORAO, Carlos Manuel, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, cit., p. 23.

²²³ *Ibidem*, p. 53- 54.

Urge, no entanto, indagar como devem atuar os magistrados, que não os dos tribunais constitucionais desses Estados, para a salvaguarda dos direitos humanos. Será que podem efetuar o controle difuso de convencionalidade das leis?

4.2 Diálogo judicial e constitucionalismo multinível no Brasil

Segundo Marcelo Neves:

Ao recorrer-se à expressão “sistema jurídico mundial de níveis múltiplos”, busca-se aqui ressaltar uma pluralidade de ordens cujos tipos estruturais, formas de diferenciação, modelos de autocompreensão e modos de concretização são fortemente diversos e peculiares, uma multiplicidade da qual resultam [...] com base em uma metodologia do transconstitucionalismo cabe rejeitar tanto um modelo hierárquico quanto a simples constatação da fragmentação do direito, sem horizonte metodológico.²²⁴

Feita essa referência, impende gizar que pensamos o diálogo jurisprudencial como uma via harmonizadora das ordens jurídicas plurais.

Com efeito, diante da globalização, a jurisdição passa a ser criada e difundida em diferentes domínios jurídicos, sob o pálio de um paradigma transnacional, o que afeta o papel dos juízes e dos tribunais no âmbito dos sistemas nacionais.

Na atual sociedade cosmopolita e globalizada, a jurisdição se tornou intercambiável, transpondo fronteiras, passando de uma esfera nacional para outra, a esfera internacional, e, posteriormente, se infiltrar na ordem social novamente.

Ora, pensamos que o diálogo entre cortes demonstra ser um meio facilitador para a colaboração mútua e para a cooperação internacional e, nesse sentido, têm-se as inéditas disposições do novo Código de Processo Civil, em seus artigos 26 a 41.

O Poder Judiciário passa a ser inserido em uma nova configuração no plano mundial, dissociado da concepção clássica de soberania nacional, em que o terreno de observação adequado é a esfera desterritorializada dos intercâmbios que modela as interpretações jurisdicionais cosmopolitas.

²²⁴ NEVES, Marcelo, *Transconstitucionalismo*, cit., p. 277.

Com a globalização e o crescimento da sociedade internacional interdependente, que interage cada dia de forma mais entrelaçada, o exercício do poder jurisdicional entre sistemas jurídicos autônomos torna-se interligado e as decisões judiciais locais se baseiam nos argumentos de decisões transnacionais, ao se discutirem as diferentes soluções possíveis para determinado caso concreto.

No mesmo sentido, o surgimento de cortes internacionais e supranacionais, e a preocupação com a proteção dos direitos humanos em nível global aumentam o espaço jurisdicional tradicional e seu âmbito de eficácia, e instrumentos jurídicos locais dilatam a dimensão de atuação jurisdicional doméstica.

Portanto, os processos transnacionais afetam, em diversos âmbitos, os contextos institucionais e políticos domésticos.

Assim, a jurisdição interna passa a ser legitimamente exercida diante de uma justiça transnacional, fundada em embasamentos de reconhecimento universal da tutela do ser humano.

Roberto Dias e Michael Mohallem assinalam que o desenvolvimento da prática do diálogo jurisdicional acompanha a evolução dos direitos humanos na América Latina.²²⁵

Referem os autores que, além da relevância histórica do tema, é possível identificar outras quatro razões contemporâneas relativas à intensa comunicação entre o Supremo Tribunal Federal e outras cortes constitucionais.

Os autores revelam que a ampla constitucionalização do direito, através da ampla inclusão de direitos individuais e sociais, aliada a um sistema de controle de constitucionalidade compreensivo, são fatores que ampliaram a atuação por parte do Supremo Tribunal Federal.

²²⁵ DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas, O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede internacional de cortes constitucionais, cit., p. 395.

Em segundo lugar, arrolam a língua portuguesa, o sistema presidencialista, a ampla participação democrática do povo e a independência do Poder Judiciário como fatores propícios à expansão do diálogo de ideias e normas.

Eles elencam o processo de integração regional, consubstanciado pelo Mercosul, como terceira razão para a intensa comunicação entre o Supremo Tribunal Federal e outras cortes constitucionais.

Finalizam, citando a transformação da Constituição e da jurisprudência constitucional, resultantes da Emenda Constitucional n. 45.²²⁶

Portanto, pensamos que o Brasil se encontra inserido no constitucionalismo multinível, que permeia o ordenamento jurídico atual, através do bloco de constitucionalidade, abertura de cláusulas constitucionais, incorporação de tratados internacionais de direitos humanos ao nosso ordenamento jurídico, dentre outros, que estão a ensejar o efetivo diálogo entre cortes, seja pelo controle direto de convencionalidade, através de provocação da CIDH, seja pelo supracitado controle difuso, a ser exercido pelo Poder Judiciário.

O Brasil reconheceu a jurisdição de inúmeros mecanismos judiciais – ou quase judiciais – internacionais nas diversas áreas, tais como Corte Interamericana de Direitos Humanos, Tribunal Penal Internacional, comitês diversos de tratados internacionais de direitos humanos, órgão de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio, Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul.²²⁷

Ademais, submete-se a vários comitês de direitos humanos estabelecidos em tratados celebrados sob o comando da Organização das Nações Unidas.

Por questões metodológicas inerentes ao presente estudo, limitaremos nossa abordagem à Corte Interamericana de Direitos Humanos, sem olvidar da importância das demais instituições acima referidas.

²²⁶ DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas, O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede internacional de cortes constitucionais, cit., p. 397.

²²⁷ RAMOS, André de Carvalho, Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional, cit., p. 516.

4.2.1 Corte Interamericana de Derechos Humanos

Inicialmente, cumpre anotar que há quatro diplomas normativos principais que compõem o sistema interamericano de direitos humanos: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), a Carta da Organização dos Estados Americanos (1948), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) e o Protocolo de San Salvador, assinado em 1988, relativo aos direitos sociais e econômicos.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida também como Pacto de San José da Costa Rica, foi assinada em San José da Costa Rica em 1969 e entrou em vigor em 1978, constituindo o principal diploma de proteção dos direitos humanos nas Américas.

O Brasil incorporou definitivamente a Convenção Americana de Direitos Humanos pelo Decreto Presidencial n. 678, de 11 de novembro de 1992, e, em 8 de setembro de 1998, foi encaminhada Mensagem presidencial n. 1070 ao Congresso, pela qual foi solicitada a aprovação para reconhecer a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos e obrigar-se a implementar suas decisões.²²⁸

Com a aprovação no Congresso Nacional, foi editado o Decreto Legislativo n. 89/98, em 3 de novembro de 1998, encaminhando-se nota transmitida ao Secretário Geral da OEA, no dia 10 de dezembro de 1998, promulgando-se o Decreto n. 4.463 de 8 de novembro de 2002.

Compete à Comissão Interamericana de Direitos Humanos a missão de promover o respeito dos direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos, podendo recomendar condutas aos Estados, sugerir soluções amistosas entre vítimas de violação de direitos humanos e Estados, bem como propor ação de responsabilidade internacional contra um Estado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

²²⁸ Atualmente são 21 os Estados que reconhecem a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a saber: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, Equador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Uruguai, Venezuela.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, só pode ser acionada pelos Estados contratantes e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que exerce função similar à do Ministério Público brasileiro (parte processual e fiscal da lei).

Assim, a vítima possui o direito de petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que analisa a admissibilidade da demanda, como, por exemplo, examina o requisito do esgotamento prévio dos recursos internos e o seu mérito.

Caso a Comissão Interamericana de Direitos Humanos archive o caso (demanda inadmissível ou, quanto ao mérito, infundada) não há recurso disponível à vítima.

Os Estados americanos também podem exercer a prerrogativa de ingressar com ação contra o Estado violador.

Segundo Marcelo Figueiredo, “o sistema interamericano de defesa dos direitos humanos funciona sob o princípio da subsidiariedade”.²²⁹

O Estado é o principal defensor dos direitos humanos, competindo-lhe proteger as pessoas, de modo que se houver a violação de tais direitos, cabe a ele resolver o assunto no âmbito doméstico, antes de responder nas esferas internacionais, exceto quando não existir, na legislação interna, por exemplo, o devido processo legal²³⁰, ou quando não se permita ao denunciante o acesso a canais domésticos, ou ainda quando se impeça o esgotamento das instâncias (arts. 46.2 “a” e “b”, da CADH).

Assim, o sistema de proteção de direitos humanos nasceu como um tipo de instância especial, mediante a qual as pretensões de proteção dos direitos, uma vez esgotados os caminhos legais internos, podem ser suscitadas em face da Comissão Interamericana e, depois, perante o Tribunal, para a solução do problema apresentado, diversamente do sistema europeu, em que o acesso ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos se dá sem o exaurimento das vias legais domésticas, sem a necessidade de intermediação de Comissão.

²²⁹ FIGUEIREDO, Marcelo, *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil*, cit., p. 90.

²³⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso “Masacre de Santo Domingo vs. Colombia”. Sentença de 30.11.2012. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_259_esp.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2016.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em suas decisões, considera as compensações econômicas para as vítimas e visa a restabelecer o direito violado pelos Estados, apontando as medidas legislativas, para adoção por parte dos Estados, para corrigir ou sanar as leis incompatíveis com os direitos humanos.

A Comissão Interamericana também pode formular consultas, havendo dois tipos de pareceres consultivos: o de controle da interpretação das normas americanas de direitos humanos e os de controle de leis ou projetos com relação às disposições da Convenção Americana, em que se analisa a compatibilidade entre os projetos e a Convenção.

Marcelo Figueiredo assinala que há dois casos importantes para o direito brasileiro, em particular: a Opinião n. 5, sobre o registro da profissão de jornalista, e a de n. 16, sobre assistência consular. No primeiro caso, reconheceu-se, além de outros aspectos, a violação do antigo Decreto n. 972/69 ao artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, ao passo que, na Opinião Consultiva n. 16, com origem em consulta do México, de 1997, a Corte decidiu que a comunicação consular é uma forma de proteção dos direitos humanos, é um direito do preso.²³¹

Flávia Piovesan leciona que a Corte Interamericana, por meio de sua jurisprudência, proferida em sede de controle de convencionalidade, “permitiu a desestabilização dos regimes ditatoriais na região latino-americana; exigiu justiça e o fim da impunidade nas transições democráticas; e agora demanda o fortalecimento das instituições democráticas com o necessário combate às violações de direitos humanos e proteção aos grupos mais vulneráveis”.²³²

Em 2001, um novo regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos permitiu a participação da vítima e de seus representantes em todas as fases do processo judicial, podendo requerer e se manifestar em igualdade de condições com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o Estado-réu, tal qual um assistente litisconsorcial do autor, tudo com a finalidade de estimular a propositura de suas ações judiciais perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

²³¹ FIGUEIREDO, Marcelo, *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil*, cit., p. 93.

²³² PIOVESAN, Flávia, Direitos humanos e diálogo entre jurisdições, in *Diálogo entre cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita*, cit., p. 103.

A sentença de procedência da ação de responsabilidade proposta pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos ou Estado deve assegurar à vítima o gozo do direito violado e estabelecer as formas de reparação das consequências da medida ou situação que haja configurado transgressão desses direitos, conforme preconizam os artigos 62 e 63 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

No sistema judicial interamericano, há o dever do Estado de cumprir integralmente a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No caso de fixação de indenização pecuniária, há a previsão na Convenção Americana de Direitos Humanos de execução da parte da sentença que determinar a citada indenização, de acordo com os procedimentos internos de execução de sentenças contra o Estado.

Assim, no sistema interamericano, as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos devem ser totalmente cumpridas, diferentemente do sistema europeu, em que há a possibilidade de uma decisão internacional não ser cumprida em sua integridade, fixando-se uma indenização pecuniária à vítima pela Corte Europeia de Direitos Humanos, como alternativa à existência de impedimentos internos à plena execução da sentença internacional.

Nos termos do artigo 68 da Convenção Americana de Direitos Humanos, existem duas regras de execução de sentença prolatada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. A primeira regra estabelece que a execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos depende da normatividade interna. A segunda regra, prevista no artigo 68, parágrafo 2º, que a parte indenizatória da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos poderá ser executada de acordo com o direito interno de cada Estado parte.

Vale citar aqui o caso da Guerrilha do Araguaia, objeto de análise, no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal, em arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF n. 153) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A ADPF n. 153 foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), requerendo fosse interpretado o parágrafo único do artigo 1º da Lei n. 6.683/79 conforme a Constituição Federal de 1988, a fim de que fosse declarado que a anistia prevista

aos crimes políticos ou conexos não abarcava os crimes comuns praticados pelos agentes civis ou militares da repressão contra opositores políticos durante o regime militar.

A ADPF n. 153 foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 28 de abril de 2010, rejeitando-se as preliminares, ficando vencido o ministro Marco Aurélio, que votou pela extinção da ação por falta de interesse de agir. No mérito, sete ministros declararam improcedente a arguição (Eros Grau – relator, Carmen Lúcia, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Celso de Mello e Gilmar Mendes) e dois votaram pela procedência parcial (Ricardo Lewandowski e Carlos Britto), de modo que, para o Supremo Tribunal Federal, a Lei da Anistia alcança os agentes da ditadura militar, tornando impossível a persecução criminal pelas graves violações de direitos humanos.

Entretanto, em 24 de novembro de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, exigindo o cumprimento da Convenção Americana de Direitos Humanos, condenou o Estado brasileiro e determinou a realização de investigação, persecução e punição criminal dos agentes da repressão política durante a ditadura militar. Exigiu-se a desconsideração da extensão da Lei da Anistia para os citados indivíduos.²³³

Ora, no caso da ADPF n. 153 houve o controle de constitucionalidade, cabendo ao Supremo Tribunal Federal a última palavra sobre o ordenamento nacional, ao passo que no caso Gomes Lund, houve o controle de convencionalidade, competindo à Corte Interamericana de Direitos Humanos a palavra final sobre a Convenção Americana de Direitos Humanos, costume internacional e tratados conexos, que incidem também sobre o Brasil.

No que concerne à Corte Interamericana e ao controle da convencionalidade, Flávia Piovesan leciona que “dois períodos demarcam o contexto latino-americano: o período dos regimes ditatoriais; e o período da transição política aos regimes democráticos, marcado pelo fim das ditaduras militares na década de 80, na Argentina, no Chile, no Uruguai e no Brasil”.²³⁴

²³³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24.11.2010 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 20 set. 2016.

²³⁴ PIOVESAN, Flávia, Direitos humanos e diálogo entre jurisdições, in *Diálogo entre cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita*, cit., p. 91.

A Convenção Americana de Direitos Humanos entrou em vigor em 1978 e o sistema interamericano se legitima como instrumento para a proteção dos direitos humanos, quando as instituições se mostrem omissas.

Nesse contexto, segundo a mesma autora, “os direitos humanos eram tradicionalmente concebidos como uma agenda contra o Estado. [...] no caso interamericano havia tão somente um movimento ainda embrionário de integração regional”.²³⁵

A Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisões concernentes a cinco diferentes categorias de violação a direitos humanos, a saber:

1) Violações que refletem o legado do regime autoritário ditatorial: esta categoria compreende a maioria significativa das decisões da Corte Interamericana, que tem por objetivo prevenir arbitrariedades e controlar o excessivo uso da força, impondo limites ao poder punitivo do Estado, tal como no caso *Velasquez Rodriguez vs. Honduras*, concernente ao desaparecimento forçado. Em 1989, a Corte condenou o Estado de Honduras a pagar uma compensação aos familiares da vítima, bem como ao dever de prevenir, investigar, processar, punir e reparar as violações cometidas.²³⁶

Adicionem-se, ainda, decisões da Corte que condenaram Estados em face de precárias e cruéis condições de detenção e da violação à integridade física, psíquica e moral de pessoas detidas, em face da prática de execução sumária e extrajudicial, ou tortura. Essas decisões enfatizaram o dever do Estado de investigar, processar e punir os responsáveis pelas violações, bem como de efetuar o pagamento de indenizações.

2) Violações que refletem questões da justiça de transição: nesta categoria de casos estão as decisões relativas ao combate à impunidade, às leis de anistia e ao direito à verdade, como no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, em 2010, em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Brasil, em virtude do desaparecimento de integrantes da Guerrilha do Araguaia, durante as operações militares ocorridas na década de 70. A Corte

²³⁵ PIOVESAN, Flávia, Direitos humanos e diálogo entre jurisdições, in *Diálogo entre cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita*, cit., p. 91.

²³⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Velasquez Rodriguez vs. Honduras*. Sentença de 29.07.1988. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2016.

ressaltou que as disposições da Lei de Anistia de 1979 são manifestamente incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação de graves violações de direitos humanos, nem para a identificação e punição dos responsáveis. Enfatizou que leis de anistia relativas a graves violações de direitos humanos são incompatíveis com o direito internacional e as obrigações jurídicas internacionais contraídas pelos Estados. Respaldou sua argumentação em vasta e sólida jurisprudência produzida por órgãos das Nações Unidas e do sistema interamericano, destacando também decisões judiciais emblemáticas invalidando leis de anistia na Argentina, no Chile, no Peru, no Uruguai e na Colômbia. Concluiu que as leis de anistia violam o dever internacional do Estado de investigar e punir graves violações a direitos humanos.

3) Violações que refletem desafios acerca do fortalecimento de instituições e da consolidação do Estado de Direito: esta terceira categoria de casos se refere ao acesso à Justiça, proteção judicial e fortalecimento e independência do Poder Judiciário.

Vale registrar o caso do Tribunal Constitucional contra o Peru (2001), envolvendo a destituição de juízes, em que a Corte reconheceu necessário garantir a independência de qualquer juiz em um Estado de Direito, especialmente em cortes constitucionais. Tal decisão contribuiu para o fortalecimento de instituições nacionais e para a consolidação do Estado de Direito.

4) Violações de direitos de grupos vulneráveis: esta categoria de casos se refere a decisões que afirmam a proteção de direitos de grupos socialmente vulneráveis, como os povos indígenas, as crianças, os migrantes, os presos, dentre outros.²³⁷

Em relação aos direitos dos povos indígenas, destaca-se o caso da comunidade indígena *Mayagna Awas Tingni* contra a Nicarágua, em 2001, em que a Corte reconheceu os direitos dos povos indígenas à propriedade coletiva da terra, como um elemento material e espiritual de que devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às gerações futuras.

²³⁷ PIOVESAN, Flávia, Direitos humanos e diálogo entre jurisdições, in *Diálogo entre cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita*, cit., p. 97.

No caso dos direitos das crianças, cabe mencionar o caso Villagran Morales contra a Guatemala (1999), em que esse Estado foi condenado pela Corte, em razão da impunidade relativa à morte de cinco meninos de rua, brutalmente torturados e assassinados por dois policiais nacionais da Guatemala. Dentre as medidas de reparação ordenadas pela Corte, estavam o pagamento de indenização pecuniária aos familiares das vítimas, a reforma do ordenamento jurídico interno, visando à maior proteção dos direitos das crianças e adolescentes guatemaltecos e a construção de uma escola em memória das vítimas.

Quanto aos direitos das mulheres, tem-se o caso González e outras contra o México, conhecido como caso “Campo Algodonero”, em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o México em virtude do desaparecimento e morte de mulheres em Ciudad Juarez, sob o fundamento de que a omissão estatal estava contribuindo para a cultura da violência e da discriminação contra a mulher. No período de 1993 a 2003, estima-se que de 260 a 370 mulheres tenham sido vítimas de assassinatos em Ciudad Juarez. A sentença da Corte condenou o Estado do México ao dever de investigar, sob a perspectiva de gênero, as graves violações ocorridas, garantindo direitos e adotando medidas preventivas, de forma a combater a discriminação contra a mulher.²³⁸

5) Violações a direitos sociais: nesta quinta categoria de casos emergem decisões da Corte que protegem direitos sociais.

A Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece direitos civis e políticos, contemplando apenas a aplicação progressiva dos direitos sociais (art. 26). Já o Protocolo de San Salvador, ao dispor sobre direitos econômicos, sociais e culturais, prevê que somente os direitos à educação e à liberdade sindical são tuteláveis pelo sistema de petições individuais (art. 19, § 6º).

Segundo Flávia Piovesan, em face de uma interpretação dinâmica e evolutiva, a Corte afirmou que o direito à vida não pode ser concebido restritivamente, em uma dimensão negativa, como um direito de não ser privado da vida arbitrariamente, mas sim em uma dimensão positiva, que demanda dos Estados medidas positivas apropriadas para proteger o

²³⁸ PIOVESAN, Flávia, Direitos humanos e diálogo entre jurisdições, in *Diálogo entre cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita*, cit., p. 97-98.

direito à vida digna. Essa interpretação lançou um importante horizonte para proteção dos direitos sociais.

No caso *Acevedo Buendía y otros* (“cesantes y jubilados de la Contraloría”) vs. Peru (2009), a Corte condenou o Peru pela violação aos direitos à proteção judicial (art. 25 da CADH) e à propriedade privada (art. 21 da CADH), em caso envolvendo denúncia dos autores relativamente ao não cumprimento pelo Estado de decisão judicial lhes concedendo remuneração, gratificação e bonificação similar aos percebidos pelos servidores da ativa em cargos idênticos. Em sua fundamentação, a Corte reconheceu que os direitos humanos devem ser interpretados sob a perspectiva de sua integralidade e interdependência, conjugando direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, inexistindo hierarquia entre eles e sendo todos direitos exigíveis.²³⁹

Outrossim, há um conjunto de decisões que consagram a proteção indireta de direitos sociais, mediante a proteção de direitos civis, o que confirma a ideia da indivisibilidade e da interdependência dos direitos humanos.

Flávia Piovesan examina o controle de convencionalidade exercido pelas cortes latino-americanas, com base no estudo de casos envolvendo a jurisprudência da Corte Suprema de Justiça argentina e do Supremo Tribunal Federal brasileiro e apresenta três fatores para justificar esse critério seletivo:

- a) ambos países transitaram de regimes autoritários ditatoriais para regimes democráticos;
 - b) adotaram um novo marco jurídico (no caso, a Constituição Brasileira de 1988 e a Constituição Argentina com a reforma de 1994); e
 - c) conferem aos tratados de direitos humanos um *status* privilegiado na ordem jurídica.
- No estudo dos precedentes judiciais, o foco será avaliar a aplicação de dispositivos da Convenção Americana e especialmente da jurisprudência da Corte Interamericana – intérprete última da Convenção Americana.²⁴⁰

No tocante às decisões judiciais prolatadas pela Corte Suprema de Justiça argentina até novembro de 2009, verificou-se um significativo universo de quarenta e duas decisões que conferem aplicação doméstica aos tratados de direitos humanos, em especial aos dispositivos

²³⁹ PIOVESAN, Flávia, Direitos humanos e diálogo entre jurisdições, in *Diálogo entre cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita*, cit., p. 101.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 106.

da Convenção Americana de Direitos Humanos, aplicando a jurisprudência da Corte Interamericana, de forma que a jurisprudência desenvolvida pela referida Corte Suprema de Justiça reconhece as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e serve como diretriz para a interpretação das normas da Convenção Americana.

No entender do ministro Eugenio Raúl Zaffaroni da Corte Suprema de Justiça argentina, isso se deve sobretudo à reforma constitucional de 1994, que explicitamente conferiu hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos, nos termos do artigo 75, parágrafo 22. Observe-se, ademais, que a Argentina ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos e reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana em 1984, tendo sido a primeira sentença proferida pela Corte em face da Argentina em 1995.

Com relação ao Brasil, Flávia Piovesan diz que:

O julgado proferido em dezembro de 2008 constitui uma decisão paradigmática, tendo a força de impactar a jurisprudência nacional, a fim de assegurar aos tratados de direitos humanos um regime privilegiado no sistema jurídico brasileiro, propiciando a incorporação de parâmetros protetivos internacionais no âmbito doméstico e o advento do controle da convencionalidade das leis.²⁴¹

A primeira sentença condenatória proferida pela Corte em face do Brasil (caso Damião Ximenez Lopes) é datada de julho de 2006, ao passo que a primeira sentença proferida pela Corte em face da Argentina ocorreu em 1995.

Examinados alguns julgados proferidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, urge examinar o princípio *pro homine* e, na sequência, o controle de convencionalidade, a fim de aferir se os magistrados brasileiros podem e devem fazer esse controle em suas atividades jurisdicionais.

4.3 Princípio *pro homine*

Inicialmente, cumpre citar o artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos, o qual prevê que nenhuma disposição pode diminuir proteção maior já conferida ao indivíduo

²⁴¹ PIOVESAN, Flávia, Direitos humanos e diálogo entre jurisdições, in *Diálogo entre cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita*, cit., p. 107-109.

por norma interna ou outra norma internacional, consagrando o princípio da aplicação da norma mais favorável ao indivíduo.

Pensamos que a solução dos conflitos entre norma interna e norma internacional de direitos humanos deve prestigiar a norma mais favorável ao indivíduo.

Com efeito, o direito internacional dos direitos humanos desenvolveu um princípio para buscar solucionar eventual conflito entre a norma interna e a norma internacional: o princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo.

A denominada primazia da norma mais favorável significa que deve ser aplicada pelo intérprete, necessariamente, a norma que mais favoreça o indivíduo.

Assim, a primazia da norma mais favorável nos leva a aplicar quer a norma internacional, quer a norma interna, a depender de qual seja mais favorável ao indivíduo.²⁴²

Ressalte-se que o referido princípio é cláusula prevista em tratados internacionais de direitos humanos e consiste na impossibilidade de se invocar uma norma internacional para reduzir direitos já garantidos em outros tratados, ou mesmo na legislação interna.

A cláusula de “primazia da norma mais favorável” é comum em tratados de direitos humanos e possibilita a aplicação de norma interna, desde que mais favorável ao indivíduo, de forma que as disposições de uma dada convenção não poderão ser utilizadas como justificativa para a diminuição ou eliminação de maior proteção oferecida por outro tratado.

4.4 Controle de convencionalidade

O controle de convencionalidade consiste no exame de compatibilidade dos atos e normas nacionais com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, seus protocolos adicionais e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão

²⁴² RAMOS, André de Carvalho. O diálogo das cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 819.

supranacional do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, que interpreta o Pacto de San José da Costa Rica.²⁴³

Pensamos que o controle difuso de convencionalidade constitui um novo paradigma que deve pautar a atividade jurisdicional de todos os magistrados, os brasileiros inclusive.

Com efeito, observamos que o pluralismo constitucional está a exigir uma nova postura do aplicador do direito, que não se deve pautar pelo princípio da hierarquia, mas deve, observar a abertura constitucional, o bloco de constitucionalidade e a prevalência das normas de direitos humanos.

O controle de convencionalidade desponta como um instrumento de controle jurisdicional das normas internas frente ao ordenamento jurídico internacional.

Segundo a lição de Marcelo Figueiredo²⁴⁴, o controle de convencionalidade é aquele exercido para verificar a compatibilidade das regras locais (direito interno) às convenções internacionais.

Para Flávia Piovesan, a cultura jurídica latino-americana tem adotado, por mais de um século, um paradigma jurídico fundado em três características essenciais: (i) a pirâmide, com a Constituição no ápice da ordem jurídica, tendo como maior referencial teórico Hans Kelsen; (ii) o hermetismo de um direito purificado, com ênfase no ângulo interno da ordem jurídica e na dimensão estritamente normativa; e (iii) a abordagem do Estado (perspectiva centrada no Estado), sob um prisma que abarca como conceitos estruturais e fundantes a soberania do Estado no âmbito externo e a segurança nacional no âmbito interno.

No entanto, as Constituições latino-americanas conferem aos tratados internacionais de direitos humanos uma hierarquia especial e privilegiada, os distinguindo dos tratados tradicionais, e estabelecem cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos, expandindo o bloco de constitucionalidade.

²⁴³ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano, in *Control de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*, cit., p. 549.

²⁴⁴ FIGUEIREDO, Marcelo, *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil*, cit., p. 87.

Assim, o sistema regional interamericano simboliza a consolidação de um constitucionalismo regional, que objetiva salvaguardar direitos humanos fundamentais no plano interamericano.

Segundo Flávia Piovesan, o controle da convencionalidade pode ser compreendido sob o enfoque da Corte Interamericana e do impacto de sua jurisprudência no âmbito doméstico dos Estados latino-americanos, e das cortes latino-americanas e o grau de incorporação e incidência da jurisprudência, princípios e normas protetivas internacionais de direitos humanos no âmbito doméstico.²⁴⁵

Marcelo Figueiredo destaca que há dois tipos de controle de convencionalidade.

O controle primário de convencionalidade é o efetuado no campo doméstico dos países: juízes, integrantes do Poder Judiciário, devem verificar a compatibilidade entre as normas internacionais e supranacionais com as normas domésticas.

O controle de convencionalidade secundário, ou concentrado, é exercido pelo tribunal regional competente, no nosso caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos²⁴⁶, nos termos dos artigos 63, 67 e 68 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Ele é exercido primordialmente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que exerce o controle concentrado de convencionalidade, ao verificar a compatibilidade do ato interno com o Pacto de San José e seus protocolos adicionais.

Por seu intermédio, a Corte Interamericana de Direitos Humanos revisa a convencionalidade, verificando se os Estados cumprem as regras e os princípios da Convenção Americana de Direitos Humanos e outros tratados, com o intuito de conferir se houve alguma violação dessas regras internacionais.

O controle de convencionalidade é exercido desde 1964 no âmbito do sistema regional latino-americano, na área dos direitos humanos, e usualmente exercitado pelos juízes nacionais no espaço europeu desde 1964, como também pelo Tribunal de Luxemburgo.

²⁴⁵ PIOVESAN, Flávia, Direitos humanos e diálogo entre jurisdições, in *Diálogo entre cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita*, cit., p. 103-104.

²⁴⁶ FIGUEIREDO, Marcelo, *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil*, cit., p. 89.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos pretende que os juízes nacionais de nossa região estejam submetidos às suas decisões e almeja que eles sejam auxiliares dessa Corte, através da realização do controle difuso de convencionalidade das leis.

Pensamos que todo magistrado, além de realizar o controle de constitucionalidade, tem o dever de efetuar o controle de convencionalidade, principalmente verificando a compatibilidade das normas internas à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, tendo como parâmetro a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nesses termos, Valério de Oliveira Mazzuoli afirma que “o controle de convencionalidade deve ser exercido pelos órgãos da justiça nacional relativamente aos tratados aos quais o país se encontra vinculado”.²⁴⁷

Refere o autor que se trata de adaptar ou conformar os atos ou leis internas aos compromissos internacionais adotados pelo Estado.

Antônio Cançado Trindade revela que há um concurso de órgãos e procedimentos de direito público interno e uma interpenetração entre as jurisdições internacional e nacional, sob o âmbito da proteção do ser humano, persistindo a necessidade de desenvolvimento de um sistema objetivo de determinação da compatibilidade ou não de reservas interpostas por Estados partes, relativas à tutela dos tratados de direitos humanos.

E, nesse ponto, o controle de convencionalidade desempenha um importante papel para a tutela dos direitos resguardados em tratados internacionais, especialmente de direitos humanos.

Cançado Trindade leciona que:

A nova dimensão do *direito de proteção* do ser humano, dotado reconhecidamente de especificidade própria, vem-se erigindo no plano jurisprudencial sobre o binômio das obrigações de “respeitar” e “fazer respeitar”, em todas as circunstâncias, os tratados do Direito Internacional Humanitário e do Direito Internacional dos Direitos Humanos.²⁴⁸

²⁴⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira, Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro, in *Novos rumos para o direito público: reflexões em homenagem à Professora Lúcia Valle Figueiredo*, cit., p. 468.

²⁴⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. v. 1, p. 435.

Destarte, depreende-se que a existência de tratados internacionais ratificados por um Estado, em especial os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, exigem o ajuste da atuação do Poder Legislativo, para o fim de conformar sua atividade legiferante aos preceitos de direito internacional previamente internalizados, o que afeta de forma incontestável a atividade judicante.

Portanto, o controle de convencionalidade é um mecanismo preventivo que procura limitar a atuação dos Poderes Legislativos internos, cuja atividade deve se pautar pelo respeito aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado a que pertencem.

Convém ressaltar ainda que o descumprimento por parte dos parlamentos internos de tratados internacionais já ratificados pelos Estados a que pertencem consolidaria inequívoca violação ao princípio da boa-fé, que guia as relações internacionais, ensejando a responsabilização do Estado em âmbito internacional.

Com efeito, o controle de convencionalidade constitui importante aparato para os Estados, notadamente em sua modalidade de “controle prévio”.

Marcelo Figueiredo assinala, ademais, que o controle de convencionalidade pode ocorrer, com maior ou menor intensidade, em conformidade com as regras e princípios aplicáveis em determinado Estado, dependendo da legislação interna de cada país, destacando que:

O controle propriamente dito (em caráter estrito) deve ser exercido pelo Poder Judiciário e, em geral, por quem realiza funções judiciais em cada Estado. E isto, porque somente o Poder Judiciário está em condições de declarar a invalidade da norma jurídica inconvençional.

Nada obstante, tanto o Poder Legislativo como o Poder Executivo e seus agentes estão sujeitos ao controle de convencionalidade (sentido lato).

Para isso devem estar atentos à jurisprudência internacional para evitar atos de execução ou a responsabilidade internacional do Estado que infrinja os tratados e convenções internacionais.²⁴⁹

Além do controle de convencionalidade poder ser exercido na modalidade preventiva, também pode tornar jurisdiciáveis direitos garantidos em tais tratados, viabilizando, portanto, a atuação do Poder Judiciário na proteção aos direitos humanos.

²⁴⁹ FIGUEIREDO, Marcelo, *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil*, cit., p. 91.

Dessa forma, o controle interno da convencionalidade das leis é complementar e coadjuvante do controle de constitucionalidade.

Marcelo Figueiredo diz que:

Creio que é dever dos Tribunais nacionais, e nele incluo o Supremo, conhecer e aplicar o direito internacional (dos direitos humanos).

[...]

Se o Supremo é guardião da Constituição, como diz o texto, deve aplicá-la também realizando o controle de convencionalidade.

[...] por força do § 3º, do art. 5º, da CF, os tratados internacionais de direitos humanos devem servir de parâmetro de controle de convencionalidade pelo STF.

Pois se assim é, é possível e desejável que haja regular e naturalmente ações diretas (e declaratórias) de inconstitucionalidade ou de inconveniência de leis ou de atos normativos federais, estaduais perante nosso STF.

É dizer todas as ações hoje cabíveis no controle abstrato de constitucionalidade perante o STF servem também ao controle de convencionalidade.²⁵⁰

Assim, podemos concluir que as ações cabíveis no controle abstrato de constitucionalidade também se aplicam ao controle de convencionalidade e que há, portanto, dois tipos de controle de convencionalidade: o abstrato e o concreto, tal como ocorre no controle de constitucionalidade, sendo certo que o direito nacional deve se amoldar às regras postas nos tratados internacionais de direitos humanos.

Cabe então ao Poder Judiciário controlar a compatibilidade de tais normas, seja por intermédio do controle abstrato, seja por meio do controle concreto, de acordo com suas regras de jurisdição e competência.

Amplia-se, dessa forma, o diálogo entre cortes nacional e supranacional, através do controle de convencionalidade.

Com efeito, verifica-se a necessidade desse diálogo entre as diversas ordens, em especial no campo dos direitos humanos, ante a pluralidade de respostas, nem sempre coincidentes entre si, que essas ordens podem fornecer para um mesmo problema jurídico-constitucional que envolva direitos dessa natureza.

O clamor singelo ao critério hierárquico é insuficiente para a busca da solução mais apropriada à superação de eventuais contradições, à luz da prevalência do critério *pro homine*,

²⁵⁰ FIGUEIREDO, Marcelo, *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil*, cit., p. 94-95.

que consiste no princípio que assegura, no conflito de normas, aquela que mais amplia os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, e que marca tais direitos.

O pluralismo constitucional está a exigir dos magistrados, além de conhecerem a ordem jurídica doméstica, serem os guardiões da jurisprudência das cortes e tribunais internacionais.²⁵¹

Dessa forma, podemos concluir no sentido de que, no cenário atual, é inevitável o diálogo entre juízes constitucionais de diversos países, envolvendo não só uma mútua cooperação, mas inclusive um “intercâmbio acadêmico”, tendo o Brasil adentrado, neste início de século XXI, de forma mais intensa, no diálogo entre cortes e, por sua vez, no controle de convencionalidade.

Marcelo Figueiredo questiona se há um controle de convencionalidade no Supremo Tribunal Federal e indaga se os seus juízes regularmente levam a Corte Interamericana de Direitos Humanos em conta, e se, quando estão diante de questões em que tratados internacionais, especialmente de direitos humanos, aplicam tais normas, considerando o que já decidiu aquela Corte.²⁵²

Pensamos que a resposta a essa indagação deve ser positiva, pois, no julgamento do RE n. 466.343-1/SP, o Supremo Tribunal Federal, em 2008, inaugurou o controle de convencionalidade no Brasil, na medida que o paralelo feito entre a norma internacional (o Pacto de São José da Costa Rica) e a norma interna (as normas infraconstitucionais que buscam regular o inc. LXVII do art. 5º da CF) levou o Supremo Tribunal Federal a privilegiar a aplicação do tratado, em detrimento dos dispositivos internos do ordenamento jurídico brasileiro.

No mesmo diapasão, Flávia Piovesan identifica experiências de controle da convencionalidade exercido pelas cortes latino-americanas, nos seguintes casos, nos quais o fortalecimento dos direitos humanos ocorreu por meio do diálogo jurisprudencial: Tribunal Constitucional da Bolívia que, em maio de 2004, sustentou a aplicação das normas e da jurisprudência interamericana de direitos humanos no âmbito interno; Tribunal Constitucional

²⁵¹ FIGUEIREDO, Marcelo, *O direito constitucional transnacional e algumas de suas dimensões*, cit., p. 17.

²⁵² *Ibidem*, p. 94.

do Peru que, em março de 2004, mencionou o sistema normativo jurisprudencial internacional em direitos humanos e seu valor na interpretação dos direitos constitucionais; Corte Suprema da Justiça da Argentina que, em julho de 1992, enfatizou a obrigatoriedade das normas internacionais de direitos humanos no sistema de fontes do ordenamento jurídico.²⁵³

Além disso, como destacamos no tópico sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos, não podemos olvidar os casos de invalidação de leis de anistia e de desaparecimento forçado de pessoas como delito permanente, merecendo destaque a imprescritibilidade de crimes de lesa humanidade.

Marcelo Figueiredo assinala que, entretanto, poderão surgir posições diferentes entre os tribunais supremos ou cortes constitucionais e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.²⁵⁴

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é a intérprete principal e final das normas da Convenção Americana de Direitos Humanos e dos comportamentos tidos como infratores aos direitos dessa Convenção, ao passo que as posições dos Estados variam, não obstante, atualmente, prevaleça na América Latina o acatamento das decisões da Corte pela maioria dos Estados que subscreveram a Declaração.

Anote-se outrossim que, além do diálogo entre juízes constitucionais, os demais juízes, que não os dos tribunais constitucionais, são também guardiões das decisões das cortes internacionais de direitos humanos, no nosso caso a Corte Interamericana de Direitos Humanos, de modo que lhes compete fazer o controle difuso de convencionalidade.

Neste ponto, cumpre indagar se os magistrados brasileiros podem realizar esse controle difuso de convencionalidade e, em caso afirmativo, verificar se o efetuam.

²⁵³ PIOVESAN, Flávia, Direitos humanos e diálogo entre jurisdições, in *Diálogo entre cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita*, cit., p. 104-105.

²⁵⁴ Marcelo Figueiredo diz que “hoje temos um grande número de organizações e Tribunais Internacionais. Dentre outros, em nossa região, ou com jurisdição nos países da América Latina, temos a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Tribunal Penal Internacional (TPI), os diversos Comitês previstos nos tratados internacionais, o OMC e seu órgão de soluções de controvérsias, o Tribunal Permanentemente de Revisão do Mercosul, além naturalmente das Nações Unidas” (FIGUEIREDO, Marcelo, *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil*, cit., p. 87).

Pois bem, o artigo 29.b da Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece que nenhuma disposição do Pacto de San José poderá ser interpretada no sentido de que limite o gozo e o exercício de qualquer direito ou liberdade que possa estar reconhecido de acordo com as leis de qualquer dos Estados parte ou de acordo com outra convenção de que seja parte um dos Estados.

O artigo 5º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos também cuida do princípio *pro homine* e constitui fundamento de validade para o controle difuso de convencionalidade.

Por sua vez, o artigo 68, 1 do Pacto de San José estabelece que os Estados membros se comprometem a cumprir a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos casos em que sejam partes.

Além disso, a própria jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu, na Opinião Consultiva n. 5/85, parágrafo 52, a aplicação da norma mais favorável, caso sejam aplicáveis a Convenção Americana de Direitos Humanos e outro tratado internacional ao mesmo caso.

O artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 cuida do princípio da boa-fé e, ao lado dos artigos 29, b e 5º acima referidos, que revelam o princípio *pro homine*, constituem os fundamentos jurídicos para o controle difuso de convencionalidade.

Além disso, o bloco de convencionalidade, composto pelo Pacto de San José e pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é o parâmetro para o controle difuso de convencionalidade.²⁵⁵

Eduardo Ferrer Mac-Gregor afirma que, além do controle concentrado de convencionalidade realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos como parte de sua competência, os juízes e órgãos de administração de justiça nacionais ou domésticos dos

²⁵⁵ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*. Prólogo de Diego Valadés; estudio introductorio de Héctor Fix-Zamudio. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 609. Disponível em: <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3384-panoramica-del-derecho-procesal-constitucional-y-convencional>>. Acesso em: 30 out. 2016.

Estados que tenham subscrito a Convenção Americana de Direitos Humanos também estão compelidos, com maior intensidade aos que tenham aceito a jurisdição dessa Corte, a realizar o controle de convencionalidade de caráter difuso.²⁵⁶

O mesmo autor refere que o controle é uma nova manifestação da constitucionalização ou nacionalização do direito internacional.

De acordo com esse autor, o controle difuso de convencionalidade diz respeito ao dever dos juízes nacionais de realizarem um exame de compatibilidade entre os atos e normas nacionais e a Convenção Americana de Direitos Humanos, seus protocolos adicionais e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que interpreta esse diploma interamericano, os quais constituem o bloco de convencionalidade.

Há vínculos estreitos entre a interpretação conforme e o controle difuso de convencionalidade, na medida que esse controle significa realizar uma interpretação da norma nacional conforme a Convenção Americana de Direitos Humanos, seus protocolos e a jurisprudência convencional, harmonizando-se o dispositivo normativo interno à norma convencional.

O exercício de compatibilidade pode ser realizado por qualquer juiz, dentro do âmbito de sua competência, reservando-se a declaração de inconvenção da norma aos juízes que tenham competência, similar ao sistema de controle de constitucionalidade das leis.

Dessa forma, pensamos que aos juízes brasileiros cabe reconhecer, de forma incidental e de ofício, a inconvenção normativa em caso de sua competência, ficando reservada aos juízes constitucionais a declaração para a retirada de citada norma do nosso ordenamento jurídico, tal como ocorre em sede de controle de constitucionalidade.

Anote-se que essa atividade jurisdicional reforçará a tutela dos direitos humanos e conduzirá à observância da Convenção Americana de Direitos Humanos e à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, inaugurando um novo estágio de interpretação constitucional.

²⁵⁶ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, cit., p. 707.

Conquanto inexista no ordenamento jurídico brasileiro previsão expressa para a realização do controle difuso de convencionalidade ou a existência de uma cláusula de interpretação conforme o direito comparado – como ocorre na Constituição da Espanha de 1978 (art. 10.2); na Constituição de Portugal de 1976 (art. 16.2); na Constituição da Bolívia de 1988 (art. 13, IV); na Constituição da Colômbia de 1991 (art. 93); na Constituição do Peru de 1993 (art. 4º da disposição final e transitória); na Constituição do México (art. 1º, § 2º) –, pensamos que o disposto nos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição Federal, que tratam do bloco de constitucionalidade e da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos ao direito constitucional, autoriza a realização do controle difuso de convencionalidade e permite a adoção, por parte do operador do direito, de um processo interpretativo de harmonização que prestigie o princípio *pro homine* e consagre os direitos e garantias constitucionais e convencionais, deixando-se de aplicar, incidentalmente, a norma interna, em prestígio da disposição oriunda de tratado internacional, mais benéfica à pessoa humana.

Como examinamos no tópico sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos deste estudo, há inúmeros julgados proferidos pela Corte que constituem um catálogo de interpretação convencional e que devem ser observados pelos juízes nacionais, que devem atuar como guardiões da convencionalidade, nas palavras de Eduardo Ferrer Mac-Gregor²⁵⁷, em efetivo diálogo entre a Corte e as jurisdições nacionais.

Assim, aos juízes e órgãos da Justiça nacional compete a missão de tutelar os direitos fundamentais constitucionais e o conjunto de valores, princípios e direitos humanos que o Estado tenha reconhecido através de instrumentos internacionais e cujo compromisso internacional tenha assumido.

Marcelo Figueiredo anota que:

Segundo registra Eduardo Ferrer Mac-Gregor, o grau de intensidade de aplicação do controle de convencionalidade é variável segundo a maneira que esse controle ocorra em cada país. Conforme o autor, ele é exercido com maior intensidade nos Estados que adotam um controle difuso ao dotar todos os juízes do poder de não aplicar ou invalidar a norma inconvenional.

²⁵⁷ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano, in *Control de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*, cit., p. 586.

De fato, as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos não se limitam a declarar a responsabilidade internacional do Estado demandado, mas também têm incluído condições ou requisitos interpretativos da Convenção Americana.²⁵⁸

Em sendo assim, concluímos com Marcelo Figueiredo, no sentido de que:

Os operadores da justiça internacional e mesmo nacional devam suprir as lacunas, as deficiências e as incompatibilidades das normas internas e internacionais em matéria de direitos humanos, guiando-se pela coordenação e complementação *pro homine* com o intuito de alcançar uma verdadeira articulação e integração entre o direito interno e internacional dos direitos humanos.²⁵⁹

O diálogo entre cortes, por meio do controle de convencionalidade, se transforma em um instrumento de integração regional e de fortalecimento da tutela dos direitos humanos na América Latina.

Pensamos que, paralelamente ao controle concentrado da convencionalidade, exercido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que deve observar o princípio da subsidiariedade, o controle difuso de convencionalidade se trata de um novo paradigma a nortear a atividade jurisdicional dos magistrados, devendo ser realizado pelos juízes brasileiros com base no disposto pelo artigo 5º, parágrafos 2º e 3º, da Carta Magna, convertendo-os em juízes interamericanos, cuja missão os transforma em guardiões da convencionalidade.

Acreditamos, por fim, que os juízes brasileiros estão inseridos nesse cenário atual regido pelo pluralismo constitucional, de modo que têm o dever de realizar o controle difuso de convencionalidade. No próximo capítulo, pretendemos demonstrar que o Poder Judiciário brasileiro tem realizado o processo interpretativo que toma em consideração as convenções internacionais vigentes sobre direitos humanos, efetuando, por consequência, necessário controle de convencionalidade.

²⁵⁸ “No caso ‘*La última tentación de Cristo vs. Chile*’ (2001), a Corte, além de declarar a responsabilidade internacional do Estado chileno, ordenou-lhe modificar o art. 19 de sua Constituição com o objetivo de assegurar o cumprimento do direito de liberdade de expressão, mediante a supressão da censura prévia. A partir deste caso, e em razão da conclusão da Corte, determinou-se a diversos outros Estados que modificassem normas de seu sistema legislativo incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Também já é comum a Corte Interamericana de Direitos determinar não só a modificação da norma constitucional como de normas legais incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Ademais, também como consequência de suas decisões, a Corte, por exemplo, determinou novas investigações em casos envolvendo investigações encerradas; deixar sem efeito a pena imposta a um cidadão, que não a pena de morte; ou declarar contrária à Convenção toda forma de anistia, perdão ou indultos gerais.” (FIGUEIREDO, Marcelo, *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil*, cit., p. 92).

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 92.

5 O DIÁLOGO ENTRE CORTES E O EXAME DE CASOS CONCRETOS

Há posicionamento doutrinário que sustenta que o controle de convencionalidade não tem sido utilizado como regra geral pelos juízes brasileiros e também não tem sido invocado pelos advogados em juízo, ou mesmo perante a Administração Pública.²⁶⁰

No entanto, embora seja um fenômeno relativamente recente, pensamos que os juízes brasileiros passaram a considerar as convenções internacionais sobre direitos humanos como fonte formal e material de direito para as suas decisões, o que poderá ser comprovado no decorrer deste capítulo, estando, ademais, o Estado brasileiro sujeito à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

5.1 Depositário infiel

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 466.343/SP²⁶¹, interposto por uma instituição financeira contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que firmou entendimento no sentido da inconstitucionalidade da prisão civil do devedor fiduciante em contrato de alienação fiduciária em garantia, em face do disposto no artigo 5º, inciso LXVII e parágrafos 1º, 2º e 3º, da Constituição Federal, à luz do artigo 7º.7 da Convenção Americana de Direitos Humanos, proferiu decisão, a partir da qual o Brasil aderiu ao posicionamento já adotado em diversos países, no sentido da suprallegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos na ordem jurídica interna.

Embora pensemos que os tratados internacionais de direitos humanos sejam constitucionalmente assegurados, nos termos do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, não podendo ficar ao alvedrio das maiorias legislativas, a decisão sob exame, que reconheceu o *status* da suprallegalidade de tais tratados, se harmoniza com as disposições internacionais acerca dos direitos humanos, estando em consonância com a Convenção

²⁶⁰ APPIO, Eduardo, Os juízes e o controle de convencionalidade no Brasil, in *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*, cit., p. 210.

²⁶¹ Ementa: “PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.”

Americana, inclusive, ao rejeitar a prisão civil que não tenha por respaldo a dívida de alimentos.

Essa decisão se trata de um avanço jurisprudencial na tutela do valor da pessoa humana, além de se tratar de exemplo de efetivo controle de convencionalidade das leis em face da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, à qual o Brasil aderiu em 25 de setembro de 1992, foi incorporada ao nosso sistema de direito positivo interno pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, que, editado pelo Presidente da República, formalmente consubstanciou a promulgação desse ato internacional.

O artigo 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos prescreve:

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

[...]

7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Por sua vez, o artigo 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos assim dispõe: “Art. 11. Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.”

O artigo 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal, determina que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei; (Regulamento).

Por sua vez, o artigo 4º do Decreto-Lei n. 911/69, reza que:

Art. 4º. Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, fica facultado ao credor requerer, nos mesmos autos, a conversão do pedido de busca e apreensão em ação executiva, na forma prevista no Capítulo II do Livro II da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014)

Feita a transcrição normativa supra, importa desenvolver um breve histórico acerca do tema.

O Decreto-Lei n. 911, de 1969, estabeleceu que o contrato de crédito da alienação fiduciária em garantia constituía um contrato de depósito e, por intermédio dessa ficção jurídica, permitiu a existência do entendimento de que era constitucional a prisão do devedor de crédito bancário, em virtude de as Constituições de 1967, 1969 e 1988 permitirem a prisão civil do depositário infiel.

Constata-se que existe uma antinomia entre o texto da Constituição Federal, que permite a prisão do depositário infiel (art. 5º, LXVII), e o texto da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 7º.7), que veda prisão do depositário infiel. Na solução dessa “antinomia jurídica”, o Supremo Tribunal Federal declarou que estava proibida a prisão do depositário infiel, consoante estabelece a aludida Convenção, bem como que o inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal deixava de ter aplicabilidade.

Com efeito, a Suprema Corte Brasileira, se posicionou no sentido de que a Convenção Americana de Direitos Humanos é hierarquicamente superior à Constituição Federal de 1988, ou seja, que se trata de uma norma supraconstitucional.

Registre-se, nesse sentido, que as Constituições Federais brasileiras de 1824 e de 1891 se referiam de forma genérica ao direito de liberdade, mas não possuíam nenhuma menção específica acerca da vedação da prisão civil.

Convém destacar que a proibição da prisão por dívidas foi prevista pela primeira vez na Constituição Federal de 1934, em seu artigo 113, 30, ao dispor que “não haverá prisão por dívidas, multas ou custas”, sem nenhuma exceção, seja ela referente ao devedor de pensão alimentícia ou ao depositário infiel.

Com exclusão da Constituição de 1937, as demais Constituições brasileiras previam expressamente, como regra geral, a proibição da prisão civil e, a partir da Constituição de 1946, como exceções, a constitucionalidade da prisão do depositário infiel e do devedor de pensão alimentícia.

O artigo 1.287 do Código Civil de 1916 previa a prisão civil do depositário infiel.

Vale registrar que o Poder Judiciário é o instrumento concretizador das liberdades civis e dos direitos fundamentais assegurados pelos tratados e convenções internacionais subscritos pelo Brasil.

Compete, dessa forma, ao magistrado o dever de atuar como instrumento da Constituição – e garantidor de sua supremacia – na defesa incondicional e na garantia real das liberdades fundamentais da pessoa humana, conferindo ainda efetividade aos direitos fundados em tratados internacionais de que o Brasil é integrante.

Assim, é dever dos órgãos do Poder Público, especialmente dos juízes e tribunais, respeitar e promover a efetivação dos direitos garantidos pelas Constituições dos Estados nacionais assegurados pelas declarações internacionais.

Com efeito, o respeito e a observância das liberdades públicas impõem-se ao Estado como obrigação irrecusável, que se justifica pela necessária submissão do Poder Público aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Com a promulgação da Convenção Americana de Direitos Humanos, criou-se uma antinomia jurídica entre a Constituição Federal, que expressamente autoriza, no inciso LXVII do artigo 5º, a prisão do depositário infiel, e a Convenção, que, no artigo 7º.7, veda terminantemente a aludida prisão.

Consoante o posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, no sistema jurídico brasileiro, os tratados e as convenções internacionais estavam hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição de 1988.

Dessa forma, os tratados e convenções internacionais, uma vez incorporados ao direito interno, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, situavam-se, no sistema jurídico brasileiro, no mesmo plano em que se posicionavam as leis ordinárias, existindo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa.

No sistema jurídico brasileiro, as normas internacionais não dispunham de primazia sobre as normas de direito interno, sendo que a eventual procedência dos tratados e das convenções internacionais sobre as normas infraconstitucionais de direito interno somente se justificariam quando a situação da antinomia com o ordenamento doméstico determinasse, para a solução do conflito, a aplicação do critério cronológico ou, quando cabível, do critério da especialidade.

Nesse sentido, convém ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, em clara violação ao direito humano descrito no artigo 7º.7 da Convenção Americana de Direitos Humanos, continuava a permitir a existência da aludida norma de privação da liberdade no território nacional, sendo que nesse período havia coerência entre o ato e o discurso do Supremo, visto que, na prática, o Tribunal estabelecia a superioridade da Constituição da República e a inferioridade dos tratados internacionais.

No entanto, em 24 de janeiro de 2007, o advogado Sócrates Spyros Patseas protocolou uma petição perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, na qual requereu a responsabilização internacional da República Federativa do Brasil pela violação do direito humano previsto no artigo 7º.7 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Em 27 de maio de 2007, após o Brasil ser notificado da denúncia perante a Comissão Interamericana, o Supremo Tribunal Federal, que já tinha iniciado o julgamento do RE n. 466.343-1/SP, em 22 de novembro de 2006, concluiu os primeiros julgamentos nos quais modificou a sua jurisprudência e reconheceu a inadmissibilidade da prisão do depositário infiel, aventando a possibilidade de reconhecer hierarquia supraconstitucional aos tratados internacionais de direitos humanos.

Nos debates do julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 90.759-8/MG, em 15 de maio de 2007, a ministra Carmem Lúcia afirmou que a Convenção Americana de Direitos Humanos é “uma norma sobre direitos fundamentais supraconstitucional”.

Convém destacar ainda que desde 2004, quando a Emenda Constitucional n. 45 inseriu o parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988, prevendo equivalência a emendas constitucionais aos tratados internacionais de direitos humanos aprovados por um procedimento similar ao das emendas constitucionais, iniciou-se um debate jurídico acerca da

hierarquia normativa da quase totalidade dos tratados de direito humanos ratificados pelo Estado brasileiro, que foram aprovados pelo procedimento tradicional, com fundamento no parágrafo 2º do mesmo artigo.

Depreende-se, portanto, que com relação à prisão do depositário infiel, estariam a Constituição Federal de 1988 e as normas infraconstitucionais nacionais permitindo a aplicação da medida e, de outro lado, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos vedando a prisão.

O Supremo Tribunal Federal, em seu pronunciamento, através do voto do ministro Gilmar Mendes, declarou que a Convenção e o Pacto, com a sua natureza supralegal, são superiores à legislação ordinária e inferiores à Constituição Federal, para a solução do conflito sob exame, motivo pelo qual podemos concluir que o Supremo estabeleceu efetivo diálogo entre as cortes.

Com efeito, do exame de seu voto, se extrai a citação de inúmeras Constituições da América Latina e da Europa. Além disso, o ministro também utilizou o princípio da proporcionalidade para analisar a questão sob exame.

Denota-se, dessa forma, que a prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, tendo em vista que o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Além disso, o ministro, em seu voto, prosseguiu na defesa de que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em face do entendimento de prevalência dos direitos humanos e fundamentais, não poderia permanecer creditando aos tratados internacionais *status* de lei ordinária, obedecendo, na hipótese de conflito, a regra da norma posterior.

Destarte, sua posição era de que “os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição Federal, mas teriam lugar especial reservado no

ordenamento jurídico”, ressaltando que “é necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano”.

Depreende-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE n. 466.343-1/SP, afastou a prisão do depositário infiel, a partir de um novo posicionamento acerca da internalização dos tratados internacionais de direitos humanos, ao estabelecer que a Convenção Americana de Direitos Humanos possui *status* hierárquico superior à legislação ordinária.

Embora pensemos que o disposto no artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal não tenha o condão de interferir no *status* de norma constitucional conferido aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro, os quais detêm, no nosso ordenamento jurídico, constitucionalidade material, em face da regra do artigo 5º, parágrafo 2º, da Carta Magna, conclui-se que, desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais amparo legal para a prisão civil do depositário infiel, visto que o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, tornando-se inaplicável o disposto no artigo 1.827 do Código Civil de 1916, no Decreto-Lei n. 911/69, assim como no artigo 652 do Código Civil de 2002 (Lei n. 10.406/2002).

Por outro lado, vale ressaltar que o ministro Celso de Mello reconheceu haver mutação constitucional na questão trazida à baila, sob o fundamento de que a evolução jurisprudencial sempre foi uma marca de qualquer jurisdição de perfil constitucional, sendo que a simples afirmação da mutação constitucional não implica o reconhecimento, por parte da Suprema Corte, de erro ou equívoco interpretativo do texto constitucional em julgados pretéritos. Ao contrário, ela reconhece e reafirma a necessidade da contínua e paulatina adaptação dos sentidos possíveis da letra da Constituição aos câmbios observados em uma sociedade que, como a atual, está marcada pela complexidade e pelo pluralismo.

5.2 Exigência de diploma de curso superior para o exercício da profissão de jornalista

No julgamento do Recurso Extraordinário n. 511.961²⁶², cujo relator foi o ministro Gilmar Mendes, em 17 de junho de 2009, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu que a exigência de diploma de curso superior para o exercício da profissão de jornalista é inconstitucional.

Ocorreu na ocasião um diálogo entre cortes, especialmente no que concerne ao controle de convencionalidade da norma em face do bloco de convencionalidade.

No caso sob exame, o Supremo Tribunal Federal recepcionou o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, motivo pelo qual demonstramos que o Poder Judiciário do Brasil fez o diálogo entre as cortes, através de efetivo controle de convencionalidade, no caso envolvendo a exigência de diploma de jornalismo como condição para o exercício da profissão.

Na oportunidade, foi adotada a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 13.11.1985 como fundamento da decisão do recurso extraordinário, declarando que a obrigatoriedade do diploma universitário e da inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista violam o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Em seu artigo 13, a Convenção reconheceu o direito de toda pessoa à liberdade de pensamento e expressão, que inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, verbalmente ou por escrito, ou por qualquer meio, à sua livre escolha.

De acordo com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a titularidade do direito à liberdade de expressão é de toda pessoa, não podendo se restringir a determinada profissão ou grupo de pessoas, nem ao âmbito da liberdade de imprensa.

²⁶² Ver Ementa no Anexo 1.

A Corte reconheceu, em diversas oportunidades, que o direito à liberdade de expressão possui duas dimensões: uma individual, que consiste no direito de cada pessoa a expressar seu pensamento, ideias e informações; e outra social, que consiste no direito da sociedade de procurar e receber informações, ideias e pensamentos; reconhecendo que ambas as dimensões devem ser garantidas simultaneamente.

Dessa forma, tanto o direito de se expressar livremente quanto o direito de procurar, receber e difundir informações e ideias são igualmente protegidos pela Convenção.

Por isso, quando a liberdade de expressão de uma pessoa é restringida, tanto seu direito individual quanto o direito coletivo dos demais de receber as informações e ideias são violados.

A título de exemplo, a Corte se pronunciou a respeito de restrições indiretas no caso *Palamara Iribarne*, ao concluir que: “A investigação sumária administrativa e a decisão de suspender a autorização de que tenha o autor de uma obra para publicá-la em determinado jornal, constituíram meios indiretos de restrição à liberdade de pensamento e expressão.”²⁶³

No caso do Recurso Extraordinário n. 511.961, interposto pelo Ministério Público Federal e pelo Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo – SERTESP (assistente simples), com fundamento no artigo 102, inciso III, “a”, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, nos autos da Apelação Cível em Ação Civil Pública n. 2001.61.00.025946-3, sustentou-se, em síntese, que se o artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal remete à legislação infraconstitucional o estabelecimento das condições para o exercício da liberdade de exercício profissional, não pode o legislador impor restrições indevidas ou não razoáveis, como seria o caso da exigência de diploma do curso superior de jornalismo, prevista no artigo 4º, inciso V, do Decreto-Lei n. 972/1969, bem como haveria ainda violação do artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 1992.

²⁶³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*. Sentença de 22.11.2005 (Fundo de Reparações e Custas). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf>. Acesso em: 20 set. 2016.

Então, segundo o Supremo, esse decreto, criado durante a ditadura militar, fere a liberdade de imprensa, contraria o direito à livre manifestação de pensamento e, ademais, como afirmou o ministro relator Gilmar Mendes, a exigência do diploma para o exercício da profissão de jornalista contraria o artigo 13 da Convenção Americana dos Direitos Humanos.

O ministro relator citou o parecer consultivo da Corte, e o utilizou como núcleo teórico de sua argumentação:

[...] em se tratando de jornalismo, atividade umbilicalmente ligada às liberdades de expressão e de informação, o Estado não está legitimado a estabelecer condicionamentos e restrições quanto ao acesso à profissão e respectivo exercício profissional.

[...]

Qualquer controle desse tipo, que interfira na liberdade profissional no momento do próprio acesso à atividade jornalística, configura, ao fim e ao cabo, controle prévio que, em verdade, caracteriza censura prévia das liberdades de expressão e de informação, expressamente vedada pelo art. 5º, inciso IX, da Constituição.

Não divergem, portanto, as posições do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, refletindo evidente diálogo entre cortes, ao defenderem que toda transgressão ao livre exercício profissional dos jornalistas, por meio de qualquer forma capaz de impedir a livre circulação de ideias, opiniões e notícias, implica um ataque frontal à liberdade de expressão.

Dessa forma, analisando a influência do parecer consultivo da Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento do RE n. 511.961/SP, realizou-se efetivo controle de convencionalidade, ao se adotar a posição jurisprudencial da Corte, impedindo-se, assim, limitações aos direitos e garantias de liberdade de expressão e de manifestação do pensamento.

5.3 Audiência de custódia

Analisemos agora o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.240/SP²⁶⁴, cujo relator foi o ministro Luiz Fux, proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, julgado em 20.08.2015, acerca da constitucionalidade da denominada “audiência de custódia”.

²⁶⁴ Ver Ementa no Anexo 2.

O artigo 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos prescreve:

Artigo 7º - 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 detenção e notificada, sem demora, da acusação ou das acusações formuladas contra ela.
5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de 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.

Por sua vez, os artigos 9º até 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos prescrevem:

ARTIGO 9

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.
2. Qualquer pessoa, ao ser presa, deverá ser informada das razões da prisão e notificada, sem demora, das acusações formuladas contra ela.
3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.
4. Qualquer pessoa que seja privada de sua liberdade por prisão ou encarceramento terá o direito de recorrer a um tribunal para que este decida sobre a legislação de seu encarceramento e ordene sua soltura, caso a prisão tenha sido ilegal.
5. Qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegais terá direito à repartição.

ARTIGO 10

1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana.
2. a) As pessoas processadas deverão ser separadas, salvo em circunstâncias excepcionais, das pessoas condenadas e receber tratamento distinto, condizente com sua condição de pessoa não-condenada.

b) As pessoas processadas, jovens, deverão ser separadas das adultas e julgadas o mais rápido possível.

3. O regime penitenciário consistirá num tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e a reabilitação normal dos prisioneiros. Os delinquentes juvenis deverão ser separados dos adultos e receber tratamento condizente com sua idade e condição jurídica.

ARTIGO 11

Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.

Feita essa transcrição, impende gizar que o direito convencional de apresentação do preso ao magistrado deflagra procedimento no qual o juiz apreciará a legalidade da prisão, bem como as circunstâncias que ensejaram a prisão, sob o enfoque da manutenção da integridade física do custodiado, em detrimento de eventuais maus tratos sofridos, que ensejarão a adoção das medidas cabíveis à espécie.

Neste passo, vale transcrever parte do voto do ministro Luís Roberto Barroso:

Senhor Presidente, também acompanho o voto do eminente Ministro Luiz Fux. Para falar a verdade, fiquei um pouco infeliz com o resumo, porque fiquei interessado em ler a íntegra do voto, que pretendo fazer no sistema assim que ele tenha sido postado, já que envolve uma questão extremamente relevante e importante, à qual voltaremos, que diz respeito a essas relações entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional e o Direito Comparado.

Não tenho dúvida de que compete, Presidente, ao Supremo Tribunal Federal definir o que vale internamente no Brasil. Porém, essa definição, no mundo contemporâneo, é feita em um diálogo institucional com as Cortes internacionais, não apenas a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a cujo sistema nós pertencemos, como todas as Cortes internacionais de Direitos Humanos. Portanto, penso – até li um trabalho recentemente do Professor Daniel Sarmento sobre esse ponto – que a questão não é propriamente de hierarquização, e sim de diálogos institucionais em busca do melhor argumento e da melhor forma de se defenderem os Direitos Humanos. E o entendimento que tem prevalecido no Direito europeu é o de que não há propriamente hierarquia, mas deve prevalecer a cláusula que proteja mais adequadamente os direitos.

[...]

Mas o que queria dizer, Presidente, só para concluir essa brevíssima introdução e o meu voto, que será igualmente breve, é que vivemos uma época em que há uma espécie de migração das ideias constitucionais, elas circulam pelo mundo, e, portanto, eu acho que cabe aos Tribunais Constitucionais apropriarem-se das melhores ideias que existem nesse mercado de ideias. Eu diria que essa é a face virtuosa da globalização, a qual é uma certa universalização dessa ideia de Direitos Humanos. E, embora nós todos, ou eu pelo menos, mas creio que nós todos sejamos respeitosos da ideia de multiculturalismo, e que cada povo deve poder praticar a sua cultura, eu pessoalmente também sou militante da ideia de que existe uma reserva mínima de justiça representada pelos Direitos Humanos que deve ser universalizada, não com as Forças Armadas, mas num debate de ideias e de persuasão.

O ministro relator Luiz Fux, em seu voto, destacou inicialmente a importância da aludida ação direta de inconstitucionalidade, tendo em vista que veicula tema de enorme

importância para a sociedade brasileira, ao discutir os limites constitucionais da persecução penal no país.

A título ilustrativo, informou que, segundo estudo divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça em julho de 2014, o Brasil tem a quarta maior população carcerária do mundo (ou a terceira maior, se computadas as prisões domiciliares), com um total de 563.526 detentos no sistema prisional, mais 147.937 pessoas em prisão domiciliar, totalizando 711.463 pessoas presas.

O levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça apontou o percentual de 32% de presos provisórios do total de pessoas presas, incluídas em prisão domiciliar, ou 41% dos presos institucionalizados. Esses percentuais demonstram que a prisão cautelar, que deveria ser a exceção em um Estado Democrático de Direito que efetivamente preza pelo princípio da presunção de inocência, vem se tornando a regra.

Nesse norte, registre-se que o Brasil tem ainda um longo caminho a percorrer no tocante à humanização do sistema prisional e da justiça criminal em geral, residindo, portanto, a importância de iniciativas inovadoras voltadas à redução da população carcerária, notadamente as que se referem aos presos provisórios.

Convém destacar que a proposta das audiências de custódia, comandada pelo Conselho Nacional de Justiça e encampada por diversos tribunais do país, sem dúvida é das mais relevantes nessa seara, como provam os resultados obtidos até então pelas cortes pioneiras, restando clara a eficácia das audiências de custódia na redução da população de presos provisórios.

Ressalte-se que tratados e convenções internacionais com conteúdo de direitos humanos, uma vez ratificados e internalizados, ao mesmo passo que criam diretamente direitos para os indivíduos, operam a supressão de efeitos de outros atos estatais infraconstitucionais que se contrapõem à sua plena efetivação.

Ressalte-se que a ação direta de inconstitucionalidade em exame foi parcialmente conhecida, e nessa parte julgada improcedente, indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do Brasil.

Reconheceu-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos ostenta o patamar jurídico inerente aos tratados internacionais sobre direitos humanos, no ordenamento jurídico brasileiro, legitimando a denominada “audiência de custódia”, cuja denominação sugere como “audiência de apresentação”.

Pensamos que, ao se adotar o disposto pelo artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos como fundamento pela manutenção da audiência de custódia, no julgamento da ADI n. 5.240/SP, fez-se efetivo controle de convencionalidade, já que se utilizou como parâmetro o bloco de convencionalidade, realizando-se, por consequência, efetivo diálogo entre cortes: diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

5.4 Crime de desacato

No julgamento monocrático da Ação Penal n. 0067370-64.2012.8.24.0023, da Comarca da Capital de Santa Catarina – Florianópolis, o juiz, efetuando controle incidental de convencionalidade, reconheceu a inexistência do crime de desacato, ao invocar o disposto no artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, afastando a incidência do disposto no artigo 331 do Código Penal.²⁶⁵

Sem adentrar ao mérito da questão veiculada no caso em tela, pensamos ter demonstrado, com os exemplos acima, que o Poder Judiciário, no Brasil, tem realizado o controle difuso de convencionalidade, que constitui um paradigma a ser seguido, já que o Brasil está inserido no cenário mundial atual, em que vigora o pluralismo constitucional e no qual se deve atuar com vistas a prestigiar o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio *pro homine*.

²⁶⁵ Ver inteiro teor da sentença no Anexo 3.

CONCLUSÕES

Como afirmamos no início deste trabalho, diante do pluralismo constitucional que vigora neste século XXI, a prática do diálogo entre o ordenamento jurídico nacional e o ordenamento supranacional, principalmente por meio do controle de convencionalidade, mostra ser um novo paradigma a embasar a atividade jurisdicional do magistrado.

Esse magistrado passa a ser então um guardião do bloco de convencionalidade.

Com efeito, o magistrado brasileiro do século XXI deixa de ser mero aplicador automático da lei, que realizava a subsunção do fato à norma legal, e passa a ser o coordenador das inúmeras fontes do direito, quer oriundas do direito interno, quer de tratados internacionais, pautando-se pela tutela dos direitos humanos.

Creemos que o diálogo entre cortes representa uma via harmonizadora da complexidade dos diversos ramos do direito que permeiam a atualidade moderna e que o precedente jurisprudencial é um instrumento valioso dentro desse contexto.

Acreditamos outrossim que a valorização e as especificidades do direito, inerentes ao Estado Democrático do Direito, acarreta modificações no papel do juiz, cabendo-lhe, ao dizer em cada caso concreto qual dos princípios em conflito deverá prevalecer para solucionar o caso trazido à baila, valer-se do diálogo necessário entre cortes, principalmente do controle difuso de convencionalidade.

Com efeito, o bloco de constitucionalidade, existente por força do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, aliado à forma privilegiada de recepção dos tratados internacionais de direitos humanos, colocam ao alcance dos operadores do direito o controle difuso de convencionalidade.

Assim, os juízes têm a importante missão de salvaguardar os direitos fundamentais previstos em seu ordenamento jurídico interno, bem como o conjunto de valores, princípios e direitos humanos que o Estado reconhece através da incorporação de instrumentos que convencionou internacionalmente.

Os juízes nacionais se convertem nos primeiros intérpretes da normatividade internacional, tendo a missão de tutelar o corpo jurídico interamericano, através do controle difuso de convencionalidade das leis.

Esse operador do direito, que está inserido nesse cenário de pluralismo constitucional, em que o conceito de soberania dos Estados passa a ser relativo, deve se valer do bloco de constitucionalidade e da recepção privilegiada dos tratados de direitos humanos para efetuar o controle de convencionalidade das leis ou realizar a interpretação conforme a Constituição, a Convenção Americana de Direitos Humanos e a jurisprudência convencional.

Constatamos que o Supremo Tribunal Federal passou de um estágio de bricolagem, em que eram identificadas fontes normativas que auxiliavam o intérprete no processo de tomada de decisão, com o uso das experiências estrangeiras de maneira mais ou menos aleatória, para a realização do necessário diálogo de cortes, através do controle de convencionalidade.

A proteção ao ser humano passa a ser o centro da ordenação jurídica mundial.

Ora, como discorremos no curso da presente tese, com o término da Segunda Guerra Mundial, redefiniu-se a Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas.

O diálogo das fontes eleva a visão do intérprete para o *télos* do conjunto sistemático de normas, inseridas num feixe de pluralidade normativa, em que se prestigiam os valores constitucionais e os direitos humanos, tutelando-se o sujeito vulnerável, em ajuste entre a autonomia da vontade e liberdade, confrontada com o direito à diferença e à igualdade.

Segundo o artigo 8º do Código de Processo Civil, “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”. Tais diretrizes devem guiar o magistrado na interpretação do ordenamento jurídico e na conseqüente aplicação do direito ao caso concreto que lhe é submetido para análise e decisão.

O artigo 140, *caput*, do Código de Processo Civil, ao prescrever que “o juiz não se exime de decidir sob alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”, estabelece que o juiz dos dias atuais não está vinculado à mera subsunção da lei, cabendo-lhe decidir, caso a caso, conforme o ordenamento jurídico, visando a atender às necessidades da sociedade.

O juiz, portanto, decide com base em precedente jurisprudencial, doutrina e princípios jurídicos.

O precedente jurisprudencial ganha força, tanto que o artigo 927 do Código de Processo Civil reforça a necessidade de respeito à jurisprudência de órgãos superiores, nas determinadas condições que elenca, como nas decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade, acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência, resolução de demandas repetitivas, julgamento de recurso especial ou extraordinários repetitivos, dentre outras hipóteses.

Concluimos, portanto, no sentido de que os magistrados brasileiros devem preservar o princípio da indeclinabilidade da jurisdição e observar o disposto pelo artigo 8º, combinado com o artigo 140, ambos do Código de Processo Civil, principalmente no que diz respeito ao resguardo e promoção da dignidade da pessoa humana e tutela do princípio *pro homine*.

Constatamos, também, que a aplicação do direito constitucional é embasada no reconhecimento da força normativa da Constituição; expansão da jurisdição constitucional e desenvolvimento da interpretação constitucional.

Assim, a força normativa da Constituição, aliada à expansão da jurisdição constitucional, representada pela supremacia da Constituição, através do controle concentrado e difuso de constitucionalidade, pela arguição de descumprimento de preceito fundamental e pela constitucionalização dos direitos humanos, cuja proteção passou a caber ao Poder Judiciário, através do controle de convencionalidade das leis em face do bloco de convencionalidade, provocam impacto sobre a hermenêutica jurídica de maneira geral e, especialmente, sobre a interpretação constitucional.

Dessa forma, observamos que o papel do Poder Judiciário sofreu grandes modificações no século XXI, cabendo ao juiz dizer, em cada caso concreto, qual dos princípios em conflito deverá prevalecer para solucionar o caso trazido à baila, cuja atuação é delimitada pelos parâmetros do próprio regime constitucional, e também: (i) pelo princípio da inafastabilidade de controle jurisdicional; (ii) por caber ao Poder Judiciário aplicar os valores e direitos constitucionais consoante ser o Brasil um Estado Democrático de Direito; (iii) porque os direitos e garantias fundamentais devem embeber a interpretação da Constituição e de seus destinatários; (iv) pela observância do princípio da dignidade da pessoa humana; (v) por considerar que os direitos constitucionais fundamentais, como saúde, educação, moradia, etc. são de variada eficácia e aplicabilidade e demandam a integração dos vários poderes para sua total fruição pelas pessoas.

Observamos que o fenômeno da internacionalização dos direitos é uma realidade: com a ampliação do leque dos atores internacionais na produção normativa internacional, em virtude da variedade de temas objeto do direito internacional, surgem, as redes paralelas, ou redes que interagem em nível nacional, regional ou internacional.

A expansão dos tratados e a proliferação dos tribunais internacionais ampliam a jurisdição e a aplicação do direito internacional, fazendo com que os Estados nacionais passem a ficar vinculados aos diversos compromissos globais, de modo que a aplicação do direito internacional se torna atribuição do Poder Judiciário como um todo.

Fala-se, então, em interdisciplinaridade entre o direito constitucional e o direito internacional.

Ademais, o diálogo entre cortes demonstra ser um meio favorável para a criação de um direito comum de cooperação.

Além disso, pensamos que a abertura das normas constitucionais, as formas de recepção dos tratados internacionais e o patamar hierárquico que eles adquirem no ordenamento jurídico, especialmente com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, que confere aos tratados internacionais de direitos humanos a hierarquia de emendas constitucionais, são de extrema importância, na medida que os tratados internacionais

desempenham um papel primordial para a expansão do direito internacional e sua progressiva assimilação pelos sistemas domésticos, favorecendo o diálogo jurisdicional, principalmente pelo controle de convencionalidade.

Acreditamos que a pretensão universal de tutela dos direitos humanos consiste no principal fundamento teórico para a prática do diálogo transnacional, aliado ao patamar diferenciado dos tratados de direitos humanos e à semelhança entre o objeto de proteção das normas de direitos humanos e das normas protetivas de direito interno.

Tem-se, dessa forma, um sistema com múltiplos níveis de proteção, em que vigora a máxima da primazia da norma mais favorável às vítimas.

Do exame dos julgados citados no presente estudo, chegamos à conclusão de que o diálogo entre cortes, principalmente pelo controle de convencionalidade, é um fenômeno jurídico relativamente recente, o qual tem sido observado pelo Poder Judiciário como um todo, não obstante a existência de posicionamentos doutrinários em sentido contrário.

Com efeito, o controle difuso de convencionalidade tem sido e deve ser utilizado, como regra geral, pelos juízes brasileiros.

Além do controle concentrado de convencionalidade realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos como parte de sua competência, os juízes e órgãos de administração de justiça nacional ou domésticos dos Estados que tenham subscrito a Convenção Americana de Direitos Humanos também estão compelidos, com maior intensidade aos que tenham aceito a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a realizar o controle de convencionalidade de caráter difuso.

Portanto, aos juízes brasileiros cabe reconhecer, de forma incidental e de ofício, a inconvenção normativa em caso vinculado a sua competência, ficando reservada, aos juízes constitucionais, a declaração para a retirada de citada norma do nosso ordenamento jurídico, tal como ocorre em sede de controle de constitucionalidade.

Essa atividade jurisdicional constitui um novo paradigma na atividade jurisdicional dos magistrados, que reforçará a tutela dos direitos humanos e conduzirá à observância da Convenção Americana de Direitos Humanos e à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, inaugurando um novo estágio de interpretação constitucional.

REFERÊNCIAS

ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. El diálogo judicial interamericano: un camino de doble vía hacia la protección efectiva. In: MEZZETTI, Luca; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coords.). *Diálogo entre cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita*. Brasília, DF: OAB, Conselho Federal, 2015. p. 253-286. Disponível em: <<http://ambiente.educacao.ba.gov.br/conteudos/conteudos-digitais/download/4082.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2016.

APPIO, Eduardo. Os juízes e o controle de convencionalidade no Brasil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coords.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 181- 211.

AYALA CORAO, Carlos Manuel. *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012. (Colección Estudios Jurídicos, n. 98).

BARROSO, Luís Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coords.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 147-180.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Atualidades Jurídicas*: revista eletrônica do Conselho Federal da OAB, n. 4. jan./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2016.

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto. Utilización del derecho constitucional comparado en la interpretación constitucional: nuevos retos a la teoría constitucional. *Revista Peruana de Derecho Público*, Lima, Editora Jurídica Grijley, año 8, n. 15, p. 79-108, jul./dic. 2007. Disponível em: <http://www.garciabelaunde.com/Biblioteca/REVISTA_P15.pdf>. Acesso em: 29 out. 2016.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Derecho constitucional*. Prólogo y notas bibliográficas de Pablo Lucas Verdú. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1987.

BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOGDANDY, Armin von et al. Pluralismo constitucional europeo: construcción de una doctrina Solange a la inversa para proteger los derechos fundamentales europeos. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords.). *Estudos Avançados de direitos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 3-28.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 30. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ministro Lewandowski ressalta importância da Corte IDH para consolidação dos direitos humanos no Brasil. *Notícias STF*, 05 de abril de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=313632>>. Acesso em: 20 set. 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. Com apresentação e ensaio de Raffaele de Giorgi. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed., 11. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, João Vitor; GERBER, Konstantin. O pluralismo de fontes em perspectiva comparada: Alemanha, Brasil e Colômbia. In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coords.); GERBER, Konstantin (Org.). *A jurisprudência e o diálogo entre tribunais: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 207-231.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004. (Justiça e Direito).

DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede internacional de cortes constitucionais. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais: RBEC*, Belo Horizonte, Fórum, ano 8, n. 29, p. 371-402, maio/ago. 2014.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coords.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 547-658.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*. Prólogo de Diego Valadés; estudio introductorio de Héctor Fix-Zamudio. Madrid: Marcial Pons, 2013. Disponível em: <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3384-panoramica-del-derecho-procesal-constitucional-y-convencional>>. Acesso em: 30 out. 2016.

FIGUEIREDO, Marcelo. *As agências reguladoras: o estado democrático de direito no Brasil e sua atividade normativa*. São Paulo: Malheiros, 2005. (Coleção Temas de Direito Administrativo, n. 12 – Direção de Celso Antônio Bandeira de Mello).

FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil: uma visão geral. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP*. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/viewFile/736/509>>. Acesso em: 30 out. 2016.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O direito constitucional transnacional e algumas de suas dimensões*. Tese (Professor Titular) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2012.

FIGUEIREDO, Marcelo. La internacionalización del orden interno en clave del derecho constitucional transnacional. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords.). *Estudios avanzados de derechos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 143-177.

FIGUEIREDO, Marcelo. Notas a respeito da utilização de jurisprudência estrangeira pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais: RBEC*, Belo Horizonte, Fórum, v. 3, n. 12, p. 57-69, out./dez. 2009.

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. *A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade*. São Paulo: RCS Editora, 2005.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; ZANGHI, Claudio. Las jurisdicciones regionales de derechos humanos y las reparaciones y efectos de las sentencias. In: GARCÍA ROCA, Javier et al (Eds.). *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*. Madrid: Cívitas, 2012. p. 424-475.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Reimpr. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Selección de Konrad Hesse; introducción y traducción de Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

JACKSON, Vick C. Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement. *Harvard Law Review*, v. 119, p. 109-128, 2005. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/amh_ma_4589.pdf>. Acesso em: 30 out. 2016.

JAYME, Erik. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS*, v. 1, n. 1, p. 105-114, mar. 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Judiciário, democracia, políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 31, n. 122, p. 255-265, abr./jun. 1994.

MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 17-66.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Comentários ao § 3º do artigo 5º da Constituição Federal. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord. científica); LEONCY, Léo Ferreira (Coord. executiva). *Comentários à Constituição do Brasil*. 3. tiragem. Coimbra: Almedina, 2014. p. 518-529.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: FIGUEIREDO, Marcelo (Coord.). *Novos rumos para o direito público: reflexões em homenagem à Professora Lúcia Valle Figueiredo*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 451-480.

MENDES, André Sposito. O instituto da reclamação para o controle de convencionalidade nacional. In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coords.); GERBER, Konstantin (Org.). *A jurisprudência e o diálogo entre tribunais: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 41-59.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. El derecho internacional como fuente del derecho constitucional. *ACDI: Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Bogotá, Universidad del Rosario, v. 1, p. 107-138, 2008. Disponível em: <<http://revistas.urosario.edu.co/index.php/acdi/article/view/131/99>>. Acesso em: 30 out. 2016.

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

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Ativismo e protagonismo judicial em xeque: argumentos pragmáticos. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2.106, 7 abr. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12587>>. Acesso em: 29 out. 2016.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. In: MEZZETTI, Luca; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coords.). *Diálogo entre cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita*. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015. p. 83-116.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. O diálogo das cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 805-850.

RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 106/107, p. 497-524, jan./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67955/70563>>. Acesso em: 30 out. 2016.

SADEK, Maria Tereza (Org.). *O Judiciário em debate*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. Disponível em: <<http://static.scielo.org/scielobooks/82r9t/pdf/sadek-9788579820342.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 515-530.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts. *Harvard International Law Journal*, v. 44, No. 1, p. 191-219, Winter 2003. Disponível em: <<https://www.jura.uni-hamburg.de/media/ueber-die-fakultaet/personen/albers-marion/seoul-national-university/course-outline/slaughter-2003-a-global-community-of-courts.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TAVARES, André Ramos. *Manual do Poder Judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES, André Ramos. Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais: RBEC*, Belo Horizonte, Fórum, v. 3, n. 12, p. 17-55, out./dez. 2009.

TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Organização de Maria Garcia. 2. ed. São Paulo: Conceito, 2011.

TORRES PÉREZ, Aida. En defensa del pluralismo constitucional. In: UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio; JÁUREGUI BERECIARTU, Gurutz (Coords.). *Derecho constitucional europeo: actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, celebrado en el Palácio Miramar – Donostia-San Sebastián los días 4 y 5 de febrero 2010, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 155-178.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Prólogo de Máximo Pacheco Gómez. 2. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. v. 1.

VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VERGOTTINI, Giuseppe. El diálogo entre tribunales. Traducción de F. Reviriego Picón. *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, UNED, n. 28, p. 335-352, 2011. Disponível em: <<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/28/not/not9.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2016.

VERGOTTINI, Giuseppe de. *Más allá del diálogo entre tribunales: comparación y relación entre jurisdicciones*. Madrid: Civitas, 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ANEXO 1 – Recurso Extraordinário n. 511.961

EMENTA: JORNALISMO. EXIGÊNCIA DE DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR, REGISTRADO PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE JORNALISTA. LIBERDADES DE PROFISSÃO, DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. CONSTITUIÇÃO DE 1988 (ART. 5º, IX E XIII, E ART. 220, *CAPUT* E § 1º). NÃO RECEPÇÃO DO ART. 4º, INCISO V, DO DECRETO-LEI Nº 972, DE 1969.

1. RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. ART. 102, III, “A”, DA CONSTITUIÇÃO. REQUISITOS PROCESSUAIS INTRÍNSECOS E EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE. Os recursos extraordinários foram tempestivamente interpostos e a matéria constitucional que deles é objeto foi amplamente debatida nas instâncias inferiores. Recebidos nesta Corte antes do marco temporal de 3 de maio de 2007 (AI-QO nº 664.567/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence), os recursos extraordinários não se submetem ao regime da repercussão geral.

2. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOSITURA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. O Supremo Tribunal Federal possui sólida jurisprudência sobre o cabimento da ação civil pública para proteção de interesses difusos e coletivos e a respectiva legitimação do Ministério Público para utilizá-la, nos termos dos arts. 127, *caput*, e 129, III, da Constituição Federal. No caso, a ação civil pública foi proposta pelo Ministério Público com o objetivo de proteger não apenas os interesses individuais homogêneos dos profissionais do jornalismo que atuam sem diploma, mas também os direitos fundamentais de toda a sociedade (interesses difusos) à plena liberdade de expressão e de informação.

3. CABIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. A não-recepção do Decreto-Lei nº 972/1969 pela Constituição de 1988 constitui a causa de pedir da ação civil pública e não o seu pedido principal, o que está plenamente de acordo com a jurisprudência desta Corte. A controvérsia constitucional, portanto, constitui apenas questão prejudicial indispensável à solução do litígio, e não seu pedido único e principal. Admissibilidade da utilização da ação civil pública como instrumento de fiscalização incidental de constitucionalidade. Precedentes do STF.

4. ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL (ART. 5º, INCISO XIII, DA CONSTITUIÇÃO). IDENTIFICAÇÃO DAS RESTRIÇÕES E CONFORMAÇÕES LEGAIS CONSTITUCIONALMENTE PERMITIDAS. RESERVA LEGAL QUALIFICADA. PROPORCIONALIDADE. A Constituição de 1988, ao assegurar a liberdade profissional (art. 5º, XIII), segue um modelo de reserva legal qualificada presente nas Constituições anteriores, as quais prescreviam à lei a definição das “*condições de capacidade*” como condicionantes para o exercício profissional. No âmbito do modelo de

reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5º, XIII, da Constituição de 1988, para uma imaneente questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Representação n.º 930, Redator p/ o acórdão Ministro Rodrigues Alckmin, *DJ*, 2-9-1977. A reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade profissional a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial.

5. JORNALISMO E LIBERDADES DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 5º, INCISO XIII, EM CONJUNTO COM OS PRECEITOS DO ART. 5º, INCISOS IV, IX, XIV, E DO ART. 220 DA CONSTITUIÇÃO. O jornalismo é uma profissão diferenciada por sua estreita vinculação ao pleno exercício das liberdades de expressão e de informação. O jornalismo é a própria manifestação e difusão do pensamento e da informação de forma contínua, profissional e remunerada. Os jornalistas são aquelas pessoas que se dedicam profissionalmente ao exercício pleno da liberdade de expressão. O jornalismo e a liberdade de expressão, portanto, são atividades que estão imbricadas por sua própria natureza e não podem ser pensadas e tratadas de forma separada. Isso implica, logicamente, que a interpretação do art. 5º, inciso XIII, da Constituição, na hipótese da profissão de jornalista, se faça, impreterivelmente, em conjunto com os preceitos do art. 5º, incisos IV, IX, XIV, e do art. 220 da Constituição, que asseguram as liberdades de expressão, de informação e de comunicação em geral.

6. DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR COMO EXIGÊNCIA PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE JORNALISTA. RESTRIÇÃO INCONSTITUCIONAL ÀS LIBERDADES DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. As liberdades de expressão e de informação e, especificamente, a liberdade de imprensa, somente podem ser restringidas pela lei em hipóteses excepcionais, sempre em razão da proteção de outros valores e interesses constitucionais igualmente relevantes, como os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à personalidade em geral. Precedente do STF: ADPF n.º 130, Rel. Min. Carlos Britto. A ordem constitucional apenas admite a definição legal das qualificações profissionais na hipótese em que sejam elas estabelecidas para proteger, efetivar e reforçar o exercício profissional das liberdades de expressão e de informação por parte dos jornalistas. Fora desse quadro, há patente inconstitucionalidade da lei. A exigência de diploma de curso superior para a prática do jornalismo – o qual, em sua essência, é o desenvolvimento profissional das liberdades de expressão e de informação – não está autorizada pela ordem constitucional, pois constitui uma restrição, um impedimento, uma verdadeira supressão do pleno, incondicionado e efetivo

exercício da liberdade jornalística, expressamente proibido pelo art. 220, § 1º, da Constituição.

7. PROFISSÃO DE JORNALISTA. ACESSO E EXERCÍCIO. CONTROLE ESTATAL VEDADO PELA ORDEM CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL QUANTO À CRIAÇÃO DE ORDENS OU CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. No campo da profissão de jornalista, não há espaço para a regulação estatal quanto às qualificações profissionais. O art. 5º, incisos IV, IX, XIV, e o art. 220, não autorizam o controle, por parte do Estado, quanto ao acesso e exercício da profissão de jornalista. Qualquer tipo de controle desse tipo, que interfira na liberdade profissional no momento do próprio acesso à atividade jornalística, configura, ao fim e ao cabo, *controle prévio* que, em verdade, caracteriza *censura prévia* das liberdades de expressão e de informação, expressamente vedada pelo art. 5º, inciso IX, da Constituição. A impossibilidade do estabelecimento de controles estatais sobre a profissão jornalística leva à conclusão de que não pode o Estado criar uma ordem ou um conselho profissional (autarquia) para a fiscalização desse tipo de profissão. O exercício do poder de polícia do Estado é vedado nesse campo em que imperam as liberdades de expressão e de informação. Jurisprudência do STF: Representação n.º 930, Redator p/ o acórdão Ministro Rodrigues Alckmin, *DJ*, 2-9-1977.

8. JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. POSIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. A Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisão no dia 13 de novembro de 1985, declarando que a obrigatoriedade do diploma universitário e da inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista viola o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que protege a liberdade de expressão em sentido amplo (caso “*La colegiación obligatoria de periodistas*” - Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985). Também a Organização dos Estados Americanos – OEA, por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, entende que a exigência de diploma universitário em jornalismo, como condição obrigatória para o exercício dessa profissão, viola o direito à liberdade de expressão (Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 25 de fevereiro de 2009). RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS CONHECIDOS E PROVIDOS.

ANEXO 2 – Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.240/SP

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO CONJUNTO 03/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. 1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, posto ostentar o *status* jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada “audiência de custódia”, cuja denominação sugere-se “audiência de apresentação”. 2. O direito convencional de apresentação do preso ao Juiz, consecutivamente, deflagra o procedimento legal de *habeas corpus*, no qual o Juiz apreciará a legalidade da prisão, à vista do preso que lhe é apresentado, procedimento esse instituído pelo Código de Processo Penal, nos seus artigos 647 e seguintes. 3. O *habeas corpus ad subjiciendum*, em sua origem remota, consistia na determinação do juiz de apresentação do preso para aferição da legalidade da sua prisão, o que ainda se faz presente na legislação processual penal (artigo 656 do CPP). 4. O ato normativo sob o crivo da fiscalização abstrata de constitucionalidade contempla, em seus artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º normas estritamente regulamentadoras do procedimento legal de *habeas corpus* instaurado perante o Juiz de primeira instância, em nada exorbitando ou contrariando a lei processual vigente, restando, assim, inexistência de conflito com a lei, o que torna inadmissível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade para a sua impugnação, porquanto o *status* do CPP não gera violação constitucional, posto legislação infraconstitucional. 5. As disposições administrativas do ato impugnado (artigos 2º, 4º, 8º, 9º, 10 e 11), sobre a organização do funcionamento das unidades jurisdicionais do Tribunal de Justiça, situam-se dentro dos limites da sua autogestão (artigo 96, inciso I, alínea a, da CRFB). Fundada diretamente na Constituição Federal, admitindo *ad argumentandum* impugnação pela via da ação direta de inconstitucionalidade, mercê de materialmente inviável a demanda. 6. *In casu*, a parte do ato impugnado que versa sobre as rotinas cartorárias e providências administrativas ligadas à audiência de custódia em nada ofende a reserva de lei ou norma constitucional. 7. Os artigos 5º, inciso II, e 22, inciso I, da Constituição Federal não foram violados, na medida em que há legislação federal em sentido estrito legitimando a audiência de apresentação. 8. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem e o Código de Processo Penal, posto ostentarem eficácia geral e *erga omnes*, atingem a esfera de atuação dos Delegados de Polícia, conjurando a alegação de violação da cláusula pétrea de separação de poderes. 9. A

Associação Nacional dos Delegados de Polícia – ADEPOL, entidade de classe de âmbito nacional, que congrega a totalidade da categoria dos Delegados de Polícia (civis e federais), tem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103, inciso IX, da CRFB). Precedentes. 10. A pertinência temática entre os objetivos da associação autora e o objeto da ação direta de inconstitucionalidade é inequívoca, uma vez que a realização das audiências de custódia repercute na atividade dos Delegados de Polícia, encarregados da apresentação do preso em Juízo. 11. Ação direta de inconstitucionalidade PARCIALMENTE CONHECIDA e, nessa parte, JULGADA IMPROCEDENTE, indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país.

ANEXO 3 – Sentença da AP n. 0067370-64.2012.8.24.0023

Autos n. 0067370-64.2012.8.24.0023

Ação: Ação Penal – Procedimento Sumário/PROC

Autor: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Acusado: A. S. dos S. F.

Vistos para sentença.

I – Relatório.

O representante do Ministério Público em exercício nesta Unidade ofereceu denúncia contra **A. S. dos S. F.**, já qualificado nos autos, dando-o como incurso nas sanções do art. 329 e 331, tendo em vista os atos delituosos assim narrados na peça acusatória (fls. 02-03):

No dia 15 de janeiro de 2012, por volta das 04h48min, na Avenida das Nações, em frente à Base de Canasveiras, nesta Capital, policiais militares encontravam-se em policiamento ostensivo quando avistaram uma briga generalizada, envolvendo diversas pessoas, e que, diante da intervenção policial, a contenda foi apaziguada, acalmando-se os ânimos de todos, com exceção do denunciado A. S., que mostrava-se ainda agressivo e gritando muito. Ao ser-lhe solicitado que se acalmasse, o denunciado, em tom de deboche, afirmou “que não gostava de polícia e que eram todos lotes de bichos, arrogantes e que não serviam para nada”, negando-se a prestar qualquer esclarecimento sobre a briga, “muito menos para uma policial feminina, porque mulher era para estar em casa dormindo”. Ao ser informado de que estava preso em razão do desacato proferido, o denunciado tentou fugir, mas mesmo detido em seguida, resistiu fortemente à prisão, com socos e empurrões, sendo necessária a atuação de quatro policiais para contê-lo. Mesmo após detido e algemado, o denunciado apresentou resistência e continuou a ofender os policiais militares, tudo na presença de diversas pessoas que acudiram ao acontecimento.

Certificados os antecedentes criminais do acusado (fls. 10-11).

A denúncia foi recebida em 29 de abril de 2013.

Citado (fl. 43), o acusado, por meio de defensor público, apresentou resposta à acusação (fl. 50-51).

Recebida a resposta à acusação e, não sendo o caso de absolvição sumária, foi designada audiência de instrução e julgamento para o dia 10/09/2013, às 15h30min (fls. 53).

Realizada a instrução, foram ouvidas testemunhas e foi realizado o interrogatório do acusado, sendo os depoimentos gravados em meio audiovisual (fls. 74 e 86).

O Ministério Público, em alegações finais, requereu a condenação do acusado nas sanções dos art. 331 e absolvição da imputação do crime de resistência previsto no art. 329 do Código Penal (fls. 95-101). A defesa, por sua vez, postulou pela absolvição do acusado, aduzindo ausência de dolo (fls. 103-113).

Os autos vieram conclusos.

É o breve relatório.

II – Fundamentação

Trata-se de ação penal de iniciativa pública incondicionada promovida pelo Ministério Público em desfavor de A. S. dos S. F., na qual lhe é imputada a prática do crime de desacato, assim descrito no art. 331 do Código Penal: “*desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela*”; trata-se, conforme assinala a doutrina, de crime formal, comum, unissubjetivo, unissubsistente e de menor potencial ofensivo, tendo como fundamento teleológico a proteção da dignidade da Administração Pública e do exercício do Serviço Público.

Isso posto, importa destacar, de início, que o controle de compatibilidade das leis não se trata de mera faculdade conferida ao julgador singular, mas sim de uma incumbência, considerado o princípio da supremacia da Constituição (<http://www.conjur.com.br/2015-jan-02/limite-penal-temas-voce-saber-processo-penal-2015>). Cabe ainda frisar que, no exercício de tal controle, deve o julgador tomar como parâmetro superior do juízo de compatibilidade vertical não só a Constituição da República (no que diz respeito, propriamente, ao controle de constitucionalidade difuso), mas também os diversos diplomas internacionais, notadamente no campo dos Direitos Humanos, subscritos pelo Brasil, os quais, por força do que dispõe o art. 5º, §§ 2º e 3º, da Constituição da República, moldam o conceito de “bloco de constitucionalidade” (parâmetro superior para o denominado controle de *convencionalidade* das disposições infraconstitucionais).

Nesse sentido, como bem anota **Flavia Piovesan**:

O Direito Internacional dos Direitos Humanos pode reforçar a imperatividade de direitos constitucionalmente garantidos – quando os instrumentos internacionais complementam dispositivos nacionais ou quando estes reproduzem preceitos enunciados na ordem internacional – ou ainda estender o elenco dos direitos constitucionalmente garantidos – quando os instrumentos internacionais adicionam direitos não previstos pela ordem jurídica interna.

No que concerne especificamente ao chamado controle de convencionalidade das leis, inarredável a menção ao julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, da relatoria do

Ministro Gilmar Mendes, no qual ficou estabelecido o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à hierarquia das normas jurídicas no direito brasileiro. Assentou o STF que os tratados internacionais que versem sobre matéria relacionada a Direitos Humanos têm natureza infraconstitucional e supralegal – à exceção dos tratados aprovados em dois turnos de votação por três quintos dos membros de cada uma das casas do Congresso Nacional, os quais, a teor do art. 5º, §3º, CR, os quais possuem natureza constitucional.

Trata-se de entendimento pacífico do Pretório Excelso, como se pode inferir do seguinte julgado:

PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). [...] (RE 349703. Relator: Min. Carlos Ayres Britto) – grifo nosso.

Por conseguinte, cumpre ao julgador afastar a aplicação de normas jurídicas de caráter legal que contrariem tratados internacionais versando sobre Direitos Humanos, destacando-se, em especial, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (PIDESC), bem como as orientações expedidas pelos denominados “*treaty bodies*” – Comissão Internamericana de Direitos Humanos e Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, dentre outros – e a jurisprudência das instâncias judiciárias internacionais de âmbito americano e global – Corte

Interamericana de Direitos Humanos e Tribunal Internacional de Justiça da Organização das Nações Unidas, respectivamente.

Nesse sentido, destaque-se que no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi aprovada, no ano 2000, a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão, tendo tal documento como uma de suas finalidades a de contribuir para a definição da abrangência da garantia da liberdade de expressão assegurada no art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos. E, dentre os princípios consagrados na declaração, estabeleceu-se, em seu item “11”, que “as leis que punem a expressão ofensiva contra funcionários públicos, geralmente conhecidas como ‘*leis de desacato*’, atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação.”

Considerada, portanto, a prevalência do art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos sobre os dispositivos do Código Penal, é inarredável a conclusão de **Galvão** de que “*a condenação de alguém pelo Poder Judiciário brasileiro pelo crime de desacato viola o artigo 13 da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, consoante a interpretação que lhe deu a Comissão Interamericana de Direitos Humanos*”.

Em que pese reconhecer-se a inexistência, *a priori*, de caráter vinculante na interpretação do tratado operada pela referida instituição internacional, filio-me ao entendimento apresentado, considerando, antes de tudo, os princípios da fragmentariedade e da interferência mínima, os quais impõem que as condutas de que deve dar conta o Direito Penal são essencialmente aquelas que violam bens jurídicos fundamentais, que não possam ser adequadamente protegidos por outro ramo do Direito. Nesse prisma, tenho que a manifestação pública de desapeço proferida por particular, perante agente no exercício da atividade Administrativa, por mais infundada ou indecorosa que seja, certamente não se consubstancia em ato cuja lesividade seja da alçada da tutela penal. Trata-se de previsão jurídica nitidamente autoritária – principalmente em se considerando que, em um primeiro momento, caberá à própria autoridade ofendida (ou pretensamente ofendida) definir o limiar entre a crítica responsável e respeitosa ao exercício atividade administrativa e a crítica que ofende à dignidade da função pública, a qual deve ser criminalizada. A experiência bem demonstra que, na dúvida quanto ao teor da manifestação (ou mesmo na certeza quanto à sua lidimidade), a tendência é de que se conclua que o particular esteja desrespeitando o agente público – e ninguém olvida que esta situação, reiterada no cotidiano social, representa infração à garantia constitucional da liberdade de expressão.

É certo que, paulatinamente, o entendimento emanado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos deverá repercutir na jurisprudência interna dos Estados americanos

signatários do Pacto de São José da Costa Rica – sobretudo em Estados que, como o Brasil, são também signatários da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, cujo art. 27 prescreve que “uma Parte não pode invocar as disposições do seu direito interno para justificar o descumprimento de um tratado.” A título de exemplo, destaco que, precisamente pelos fundamentos alinhavados pela Comissão, a Suprema Corte de Justiça do Estado de Honduras, em 19 de maio de 2005, e a Corte de Constitucionalidade da República de Guatemala, em 1º de Fevereiro de 2006, julgaram inconstitucionais os tipos penais dos respectivos ordenamentos jurídicos correlatos ao crime de desacato previsto na legislação brasileira.

A respeito, convém destacar as razões invocadas pela Corte de Constitucionalidade da República de Guatemala:

El texto de los artículos 411 y 412 impugnados es el siguiente:

“Artículo 411. (Desacato a los Presidentes de los Organismos de Estado) Quien ofendiere en su dignidad o decoro, o amenazare, injuriare o calumniare a cualquiera de los Presidentes de los Organismos de Estado, será sancionado con prisión de uno a tres años.

Artículo 412. (Desacato a la autoridad) Quien amenazare, injuriare, calumniare o de cualquier otro modo ofendiere en su dignidad o decoro, a una autoridad o funcionario en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.”

En ambas regulaciones se pueden advertir algunos puntos coincidentes, como lo son: a) sujeto activo o titular: funcionarios públicos, cuya denominación también abarca a los Presidentes de los Organismos de Estado; b) sujeto pasivo: un particular, que ostente capacidad de goce y ejercicio; y c) elemento material: ofensa a la dignidad y decoro, cuya determinación comporta aspectos plenamente subjetivos, sobre todo si el señalamiento o imputación se originan por la crítica política que siempre va a implicar juicios de valor heterogéneos; amenaza, que si se trata de intimación con la realización de un mal directamente a la persona, ya está sancionada como ilícito penal en el artículo 215 del Código Penal; e injuria o calumnia, que si se determina que éstas fueron dirigidas con evidente ánimo dañoso del honor de una persona, también se encuentran sancionadas penalmente en los artículos 159 y 161 del citado Código; y que si son punibles de la manera en la que están regulados en los artículos 411 y 412 antes citados, pueden ser utilizados como un método para reprimir la crítica y los juicios de valores y opiniones de personas que pudiera considerarse como adversarios políticos.

En consecuencia, no existe un bien jurídico que merezca la tutela que se pretende al instituir los tipos penales contenidos en los artículos 411 y 412 antes citados, generando una protección adicional respecto de críticas, imputaciones o señalamientos de la que no disponen

los particulares y un efecto disuasivo en quienes deseen participar en el debate público, por temor a ser objeto de sanciones penales aplicadas conforme una ley que carece de la debida certeza entre los hechos y los juicios de valor. Es pertinente acotar que desde mil novecientos sesenta y cuatro la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en su sentencia en el caso *New York Times vs Sullivan* (376 U.S. 254, 1964) estableció que el Estado debe garantizar la libertad de expresión, incluso en sus leyes penales, por “un compromiso nacional profundo con el principio de que el debate sobre los asuntos de interés público debe ser desinhibido, robusto, y absolutamente abierto, por lo que perfectamente puede incluir fuertes ataques vehementes, casuísticos y a veces desagradables contra el gobierno y los funcionarios públicos”. Dicha Corte sostuvo, en ese fallo, que las leyes que penalicen la difamación no se pueden referir a una crítica general al gobierno o de sus políticas, pues los ciudadanos son libres de divulgar información cierta sobre sus funcionarios, lo cual también es compartido por este Tribunal.

Tampoco es ajeno a esta Corte el que desde mil novecientos noventa y cinco, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos haya considerado que las leyes que establecen el delito de Desacato son incompatibles con el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, al haberse determinado que no son acordes con el criterio de necesidad y que los fines que persiguen no son legítimos, por considerarse que este tipo de normas se prestan para abuso como un medio para silenciar ideas y opiniones impopulares y reprimen el debate necesario para el efectivo funcionamiento de las instituciones democráticas. (Vid. Informe sobre la Incompatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.88, Doc. 9 Rev. [1995] 17 de febrero de 1995).

Al atender las citas doctrinarias y jurisprudenciales antes citadas, y aplicar lo extraído de ellas en función de lo regulado en los artículos 411 y 412 del Código Penal, este tribunal concluye indefectiblemente que tal regulación no guarda conformidad con el contenido del artículo 35 constitucional; y de ahí que por tratarse aquéllos de normas preconstitucionales, se determina que estos contienen vicio de inconstitucionalidad sobrevenida, por lo cual deben ser excluidos del ordenamiento jurídico guatemalteco y así debe declararse al emitirse el pronunciamiento respectivo.

Por fim, cabe mencionar que a comissão de juristas brasileiros responsável pela elaboração do anteprojeto do Novo Código Penal deliberou, por maioria de votos, em sessão havida em 07 de maio de 2012, por sugerir a revogação do crime de desacato da legislação penal brasileira, ante a sua incompatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Em relação ao suposto crime de resistência, previsto no artigo 329 do Código Penal, considerando que a Constituição da República ao organizar a estrutura do Poder Judiciário e acometer ao Ministério Público o lugar de acusador no processo penal, com a defesa no oposto, com a finalidade de garantir o contraditório, deixou o juiz no lugar de espectador, ou seja, descabe qualquer pretensão probatória na gestão da prova. E a realização do Processo Penal acusatório é acolhida como tarefa democrática inafastável, não se confundindo com as meras formas processuais, mas sim como *procedimento em contraditório* (**Cordero e Fazzalari**), produzindo significativas alterações no modelo utilizado no Brasil. Neste pensar, o papel desempenhado pelo juiz e pelas partes deve ser acompanhado de “garantias orgânicas” e “procedimentais”, consistindo na diferenciação marcante entre os modelos, consoante acentua **Ferrajoli**: *“pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção. Inversamente, chamarei inquisitório todo sistema processual em que o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa”*. A separação das funções do juiz em relação às partes se mostra como exigida pelo ‘princípio da acusação’, não podendo se confundir as figuras, sob pena de violação da garantia da *igualdade de partes e armas*. Deve haver paridade entre defesa e acusação, violentada flagrantemente pela aceitação dessa confusão entre acusação e órgão jurisdicional. Entendida nesse sentido, a garantia da separação representa, de um lado, uma condição essencial do distanciamento do juiz em relação às partes em causa, que é a primeira das garantias orgânicas que definem a figura do juiz, e, de outro, um pressuposto do ônus da contestação e da prova atribuídos à acusação, que são as primeiras garantias procedimentais da jurisdição, conforme **Ferrajoli**. Acrescente-se que a acusação precisa ser “obrigatória” no sentido de evitar ponderações discricionárias – condições subjetivas de proceder – do órgão acusador, tutelando o ‘princípio da igualdade de tratamento’ estatal e, ainda, que esse órgão deve ser público e dotado das mesmas garantias orgânicas do julgador. A assunção do modelo eminentemente acusatório, segundo **Binder**, não depende do texto constitucional – que o acolhe, em tese, no caso brasileiro, apesar de a prática o negar –, mas sim de uma *“auténtica motivación”* e um *“compromiso interno y personal”* em (re)construir a estrutura processual sobre alicerces democráticos, nos quais o juiz rejeita a iniciativa probatória e promove o processo entre partes (acusação e defesa). Com isto bem posto, descabe qualquer

possibilidade de o juiz condenar quando o representante do Ministério Público requer a absolvição. Assim proceder seria uma fraude ao sistema acusatório.

No caso presente, o representante do Ministério Público assim se manifestou (fls. 95-101):

De acordo com o conjunto probatório formado durante a instrução processual, não restou evidenciada prova suficiente para a condenação do acusado pelo crime descrito no artigo 329 do Código Penal.

Isso porque, apesar do termo circunstanciado de fls. 05/09 narrar que o réu resistiu à prisão com socos e empurrões, sendo necessário quatro policiais para contê-lo, F. L. dos S. não menciona nada sobre o ocorrido durante o seu depoimento judicial (CD de fl. 86).

Assim é que, sendo o Ministério Público o dono da ação penal e requerendo a absolvição, descabe qualquer consideração, já que o juiz não pode condenar nesta hipótese, devendo o acusado ser absolvido dessa imputação.

III – Dispositivo.

Por tais razões, **JULGO IMPROCEDENTE A DENÚNCIA** para **ABSOLVER** o acusado **A. S. dos S. F.**, já qualificado nos autos, da imputação dos crimes descritos nos artigos 331 e 329, com base no art. 386, inciso III e VII, do Código de Processo Penal.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Transitada em julgado, **arquivem-se**.

Florianópolis (SC), 17 de março de 2015.

Alexandre Moraes da Rosa

Juiz de Direito