

Internacionalização dos Direitos Humanos e diálogos transjurisdicionais: uma análise da postura do Supremo Tribunal Federal brasileiro

Human Rights Internationalization and transjurisdictional dialogues: an analysis of the Brazilian Supreme Court

Jânia Maria Lopes Saldanha¹

Rafaela da Cruz Mello²

Resumo

O trabalho tem como objetivo estudar dois fenômenos advindos da mundialização no universo jurídico: a internacionalização do direito e a internacionalização dos juízes, através das comunicações entre direito interno e direito internacional nas esferas normativa e jurídica. Diante de tal análise, duas questões serão analisadas: a possibilidade de os diálogos entre diferentes jurisdições constituírem-se como possíveis alternativas para ordenar a pluralidade advinda da mundialização no direito e qual é a postura do Supremo Tribunal Federal brasileiro, no diálogo vertical com a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Utiliza-se o método dedutivo de abordagem e o método de procedimento monográfico. Chega-se às conclusões de que, na busca por um direito comum e de uma comunidade mundial de valores, o diálogo entre diferentes ordens jurídicas constitui-se como um importante mecanismo. Todavia, no caso brasileiro, vislumbra-se certo provincianismo e apego constitucional, em razão da baixa densidade não só da aplicação dos preceitos da Convenção Americana de Direitos Humanos, como também da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos como argumento persuasivo das razões de decidir do STF.

Palavras-chave: Internacionalização do Direito; Diálogos entre jurisdições; Supremo Tribunal Federal.

Abstract

¹ Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professora dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Coordenadora do CCULTIS (Centro de Culturas Jurídicas Comparadas, Internacionalização do Direito e Sistemas de Justiça). Endereço eletrônico: janiasaldanha@gmail.com.

² Acadêmica do 5º ano do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Pesquisadora do CCULTIS (Centro de Culturas Jurídicas Comparadas, Internacionalização do Direito e Sistemas de Justiça). Endereço eletrônico: rafaelacruzmello@gmail.com

The work aims to study two phenomena arising from globalization in the legal world: the internationalization of law and international judges, through communications between domestic law and international law in normative and legal spheres. Before this analysis, two questions will be examined: the possibility of dialogue between different jurisdictions forming themselves as possible alternatives to sort the plurality arising out of globalization on law and what is the attitude of the Brazilian Supreme Court, the vertical dialogue with the Court Inter-American Human rights. We use the deductive method and the method of monographic approach procedure. One comes to the conclusion that, in the search for a common law and a global community of values, dialogue between different legal systems constitutes an important mechanism. However, in the Brazilian case, one glimpses constitutional right provincialism and addiction, because of the low density not only the application of the provisions of the American Convention on Human Rights, as well as the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights as an argument persuasive reason to the STF decides.

Key words: Internationalization of Law; Dialogues between jurisdictions; Supreme Court.

Introdução

O fenômeno da globalização³ caracteriza-se por ser o ápice do processo de internacionalização do mundo capitalista (SANTOS, 2011, p. 23). Na vigência deste fenômeno é possível encontrar um mundo marcado por ruptura de fronteiras (ao menos evidente no que tange aos elementos ligados ao capital e aos interesses econômicos), encurtamento de distâncias, celeridade na difusão de informações, intensificação de fluxos comerciais, econômicos, políticos e de outras searas, perda do controle estatal sobre estes fluxos, dentre outras características.

Os estreitamentos de contatos também em âmbito social, político, cultural e jurídico são capazes de demonstrar que o Direito, não ficou alheio às mudanças trazidas pela globalização. Este se tornou um bem intercambiável, capaz de transpor as barreiras nacionais

³ Na obra “Três Desafios para um Direito Mundial”, Mirelle Delmas-Marty observa as particularidades dos termos *globalização*, *mundialização* e *universalidade*, quais sejam: “A mundialização remete à difusão espacial de um produto, de uma técnica ou de uma ideia. A universalidade implica um compartilhar de sentidos”. Em outra passagem, disserta: “Difusão espacial de um lado, compartilhar os sentidos de outra, estas duas fórmulas descrevem muito bem a diferença que separam os dois fenômenos que eu denominarei globalização para a economia e universalização para os direitos do homem, guardando assim o termo mundialização uma neutralidade que ele jamais perderá, caso não se resigne rapidamente ao primado da economia sobre os Direitos do Homem”. (DELMAS-MARTY, 2003b. p. 08-09).

e as demais fronteiras existentes no globo como se fosse um produto de exportação (ALLARD et GARAPON, 2006, p.07). Neste contexto, a interpenetração do direito alienígena em esferas nacionais passa a se dar não somente através da validação no ordenamento jurídico interno de normas provenientes de tratados, convenções ou acordos internacionais, mas passa também a ser enfoque da preocupação dos principais atores dos diferentes sistemas de justiça: os juízes.

Estes se configuram como agentes ativos no processo de mundialização, uma vez que ultrapassam sua função precípua de interpretar e aplicar a legislação nacional para também se tornarem importantes engenheiros e personagens de transformações (ALLARD et GARAPON. 2006, p.09). É neste contexto, que surgem os denominados diálogos transjurisdicionais, os quais se constituem como eventos espontâneos, desenvolvidos entre diferentes ordens jurídicas que se comunicam no sentido de procurar respostas para problemas em comum.

Questões envolvendo, principalmente direitos humanos ou fundamentais, tornam-se concomitantemente relevantes para mais de uma ordem jurídica (estatal, regional, supranacional ou internacional), de modo que a busca por soluções unicamente em uma destas esferas já não pode mais ser considerado como a saída mais eficaz na resolução de dilemas comuns. Neste sentido, os diálogos emergem como um reflexo de alargamento da mentalidade judiciária, coadunado com a ideia de fertilização recíproca (NEVES, 2009) na busca de referências a julgamentos estrangeiros e de intercâmbio de argumentos entre juízes e tribunais com o objetivo da construção de valores comuns para a humanidade.

Diante deste panorama, as seguintes indagações são sustentáculos deste trabalho: o fenômeno da internacionalização dos juízes, através do diálogo entre as jurisdições, pode ser considerado um caminho para ordenar minimamente a multiplicidade da ordem jurídica contemporânea, com vistas à manutenção do plural, sem renunciar a direito comum?⁴ Como se posiciona o Supremo Tribunal Federal brasileiro diante deste fenômeno de conversação entre diferentes ordens jurídicas?

O presente trabalho, portanto, apresenta como objetivo o estudo dos fenômenos da internacionalização do direito e dos juízes, bem como a análise da postura da Suprema Corte brasileira (STF) diante dessa comunicação jurisprudencial, com um enfoque ao diálogo vertical entre STF e Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Para responder tais questionamentos, far-se-á uso do método dedutivo de abordagem e do método de

⁴ Sobre essa expressão, ver Delmas-Mary (DELMAS, MARTY, 2004).

procedimento monográfico, estruturando-se o texto em duas grandes partes: a Parte 1 ocupa-se das influências trazidas pela mundialização ao direito, sobretudo dos reflexos da internacionalização nos campos normativo e judicial, em cujo âmbito emergem os diálogos entre as jurisdições (1.1). Na sequência busca-se analisar a importância dos diálogos entre juízes para minimamente ordenar a incerteza e instabilidade, traços marcantes das ordens jurídicas contemporâneas, mantendo o respeito à pluralidade (1.2). Por conseguinte, a Parte 2 tratará unicamente do caso brasileiro diante do fenômeno da mundialização, com a abordagem da questão do controle de convencionalidade no Brasil (2.1) e, posteriormente do provincianismo do STF na questão do diálogo vertical com a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

1 A internacionalização do Direito sob a perspectiva dos Direitos Humanos: uma análise dos diálogos transjurisdicionais na mundialização

O fenômeno da mundialização apresenta reflexos consideráveis no plano jurídico, possibilitando a ocorrência de movimentos como o da internacionalização do direito e a internacionalização dos juízes e tribunais. Este movimento internacionalizante, como refere Mirelle Delmas-Marty (2003) permite imbricações do direito internacional no direito interno e vice-versa, as quais podem ser percebidas não só através da inclusão no ordenamento jurídico doméstico dos países de normas do direito internacional, como também através da conversação realizada entre Cortes (1.1), imbricações que criam tensões entre o relativo e o universal, de modo que os diálogos emergem como uma forma de ordenar a multiplicidade, com o devido respeito ao pluralismo (1.2).

1.1 Uma necessária mudança de paradigma e os reflexos da mundialização no campo jurídico: dos fenômenos de internacionalização do Direito e internacionalização dos juízes.

O tema em questão no presente artigo faz parte do grande binômio internacionalização do direito e constitucionalização do direito internacional. Segundo Herdegen (2010, p. 72) o primeiro processo de sedimentação ocorrido dentro do Estado de Direito moderno foi o de constitucionalização da ordem jurídica interna, através da penetração de conteúdos constitucionais no direito ordinário. Por conseguinte, o segundo processo de sedimentação

vislumbrado é aquele em que elementos provenientes do exterior exercem influência sobre a ordem constitucional de determinado Estado. Tal processo pode ser denominado de internacionalização do direito.

Essa internacionalização apresenta-se como fruto da mundialização, a qual propicia um constante diálogo entre direito interno e direito internacional, de modo que a abertura das constituições estatais e também do direito infraconstitucional para normas e obrigações estrangeiras é capaz de determinar a capacidade de interação dos Estados com o mundo exterior. No âmbito dos direitos humanos, a internacionalização, iniciada após a Segunda Guerra Mundial, apresenta-se como um dos impulsos advindos do universalismo destes mesmos direitos, os quais objetivam a garantia de um mínimo ético universal.

Sob a influência do direito internacional sobre os conteúdos e também sobre a formação de regras e normas pertencentes aos sistemas jurídicos internos dos Estados, tendendo a uma harmonização do Direito Constitucional, os campos normativo e jurídico não ficam imunes aos processos internacionalizantes. Neste contexto, os interesses de cada Estado passam a ser também permeados pelos valores impostos pelo Direito Internacional.

Esta abertura normativa do direito interno ao internacional, segundo Bolzan de Moraes (MORAIS et VIEIRA, 2012) dá-se de duas formas: através da internacionalização de atos externos por meio da incorporação de tratados internacionais ao sistema jurídico interno e, através do mimetismo de formas e conteúdos em relação aos padrões recomendados por órgãos internacionais ou seguidos por outros países, sem haver necessariamente neste último caso a vinculação direta de assimilação dos valores ou força vinculativa.

Tratados, acordos e convenções assinadas em âmbito externo, sobretudo em matérias envolvendo direitos humanos provocaram grandes mudanças na positivação constitucional, passando a existir uma tendência de tratamento privilegiado a fontes do direito internacional. Na América Latina, por exemplo, observa-se a veracidade desta afirmação, através da importância dos tratados internacionais na ordem interna dos Estados.

Na Argentina, por exemplo, o item 22 do art. 75⁵ da Constituição da Nação Argentina determina que uma das atribuições do Congresso é a de aprovar ou rejeitar os tratados

⁵ Art. 75- Corresponde al Congreso:

(...)

22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las

firmados com demais nações e com organizações internacionais. Estes possuem hierarquia superior às leis. Há, entretanto, um rol taxativo de tratados e convenções internacionais descritos na Constituição argentina que nas condições de sua vigência possuem hierarquia constitucional e devem ser entendidos como complementações aos direitos e garantias reconhecidos pela ordem constitucional. Os demais tratados e convenções sobre direitos humanos, assim que aprovados pelo Congresso, devem ter a aprovação da terça parte da totalidade dos membros de cada Câmara para gozar de hierarquia constitucional.

No Chile, o artigo 5^o da Constituição da República determina que o respeito aos direitos humanos será considerado uma limitação à soberania do Estado. É dever do Estado chileno respeitar e promover os direitos previstos na constituição e em todos os tratados internacionais dos quais o país é signatário. No caso mexicano, a Suprema Corte de Justicia de la Nación⁷ se manifestou em 2013 acerca da recepção e hierarquia de tratados internacionais com conteúdo de direitos humanos frente à constituição, bem como acerca do papel das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na esfera estatal interna.

Na Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, o art. 1^o⁸ determina que no Estado, todas as pessoas terão direito ao gozo dos direitos humanos reconhecidos na Constituição e nos tratados internacionais dos quais o país seja signatário. Em 2013, entretanto, a Suprema Corte de Justicia de la Nación firmou entendimento limitador em relação ao que se encontra disposto no art. 1^o, asseverando que as normas de direitos humanos, independentemente de sua fonte, não se relacionam em termos hierárquicos, uma

Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

⁶ Artículo 5^o -La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

⁷ Vide decisão no sítio eletrônico:

<http://www2.scjn.gob.mx/asuntosrelevantes/pagina/seguimientoasuntosrelevantespub.aspx?id=129659&seguimientoid=556>

⁸ Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

vez que quando na Constituição exista uma restrição expressa ao exercício dos direitos humanos, se deverá atender ao que indica a norma constitucional.

Todavia, a mesma Corte mexicana, também em 2013, avançou sua jurisprudência rumo a um maior reconhecimento das sentenças emitidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), decidindo que a jurisprudência emitida pela CIDH é vinculante para os juízes mexicanos, sempre que tal precedente favoreça em maior medida a pessoa.

No Brasil, o art. 5º, §§ 2º e 3º⁹ da Constituição Federal apresenta a hierarquia dos tratados de direitos humanos ratificados pelo país. Antes da Emenda Constitucional nº 45, a qual acrescenta o §3º ao art. 5º, a Carta Magna brasileira já reconhecia os direitos e obrigações advindos de tratados internacionais de que o Brasil fosse signatário. A inovação trazida pela EC/45 é a de que tratados internacionais que versem sobre Direitos Humanos serão equivalentes a emendas constitucionais quando forem aprovados internamente de acordo com um procedimento legislativo específico (mais precisamente a aprovação em dois turnos, de cada Casa do Congresso Nacional, por três quintos dos votos dos respectivos parlamentares). Os demais tratados e convenções de direitos humanos de que o Brasil é signatário, segundo decisão do STF (RE 466.343-1/SP e HC 87.585/TO) possuirão hierarquia privilegiada, possuindo apenas *status* de norma constitucional.

Neste sentido, destaca Canotilho (2008) que o Direito Internacional dos Direitos Humanos e a tendência à elevação da dignidade da pessoa humana configuram-se como pressupostos do constitucionalismo global. O Direito Internacional passa então a ser parâmetro de validade das constituições nacionais e, as normas violadoras do *jus cogens* internacional passam a ser consideradas nulas.

O fenômeno da internacionalização do Direito, contudo, não é só capaz de trazer efeitos ao campo normativo, através do reconhecimento e inclusão no ordenamento jurídico interno – seja constitucional ou infraconstitucional - de normas e preceitos advindos do direito internacional. Poder-se-ia, seguindo a premissa de Herdegen (2010) afirmar que existe um terceiro processo, em vias de sedimentação. Este deriva do segundo processo, haja vista que

⁹ 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.

se consubstancia no reflexo da internacionalização na seara jurídica, mais precisamente, no impulso à comunicação – em geral feita por diálogos espontâneos – entre as diferentes ordens jurídicas e, mais especificamente, entre os seus principais atores, os juízes – a internacionalização dos juízes.

Esse processo de internacionalização, sobretudo no que tange aos diálogos entre diferentes ordens jurídicas, reflete a emergência da construção de novos paradigmas. Segundo Flávia Piovensan (2012), há, na América Latina uma alteração de paradigma jurídico, configurando uma conjuntura adequada para fomentar a difusão de diálogos entre os magistrados. A estrutura da tradicional e hermética pirâmide kelseniana, concentrada na Constituição como único elemento no topo do ordenamento jurídico passa a dar lugar a novas geometrias para a paisagem jurídica, na qual Constituição e tratados internacionais de Direitos Humanos ocupam os lugares de destaque.

Neste sentido, sob o enfoque da proteção aos direitos humanos e da pavimentação de um direito comum, Flávia Piovesan (2012) determina que existem três tipos de diálogo entre ordens jurídicas: os diálogos entre jurisdições regionais; diálogos entre jurisdições regionais e constitucionais e conversações entre jurisdições constitucionais. Em todas essas espécies e geometrias diferentes de diálogos, o ponto em comum reside no fato de que as conversações e trocas mútuas entre as diferentes ordens ocorrem de maneira espontânea e informal, na medida em que as relações se dão mediante a referência, como argumentos persuasivos, a julgamentos estrangeiros, intercâmbio de argumentos, diálogo entre tribunais.

Um dos casos emblemáticos que confere grande visibilidade ao fenômeno de conversação transjurisdicional foi o caso *Lawrence vs. Texas*, julgado em 26 de março de 2003 pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos. Neste caso, policiais de Houston foram chamados para intervirem em tiroteios que estavam ocorrendo em determinado bairro residencial. Os agentes policiais, no exercício de sua função, adentraram em uma residência particular e nela encontraram dois homens adultos, praticando relações sexuais de maneira consentida. Contra eles foi instaurado um processo, sob a justificativa de que estavam infringindo uma lei texana que proibia relações sexuais entre indivíduos do mesmo sexo (ALLARD et GARAPON, 2006, p. 16).

A novidade neste caso reside no fato de que o Supremo Tribunal norte-americano, por decisão majoritária e utilizando-se de argumentos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, sobretudo visualizados no voto do Juiz Anthony Kennedy, afirmou que os homossexuais devem ter seus direitos protegidos, incluindo-se nesta premissa o direito de se envolverem em conduta íntima e consensual. Neste caso, vislumbra-se que o recurso ao diálogo com outras

cortes internacionais ou estrangeiras começa a ocupar lugar de destaque na mentalidade judiciária e ser um dos temas centrais na nova agenda do constitucionalismo (NEVES, 2009).

Em processos complexos e, sobretudo, envolvendo matérias atinentes à proteção dos direitos do homem, o cruzamento de referências entre as diferentes ordens jurídicas, com juízes das mais diversas instâncias e origens, leva ao que Burgorgue-Larsen (2008) denomina de “diplomacia judicial”. O questionamento que se faz, diante deste panorama, é por qual motivo os juízes utilizam-se dos diálogos entre jurisdições? Qual o princípio democrático que faz com que os principais atores do judiciário deixem de utilizar como base em suas decisões as palavras do legislador para buscarem argumentos em fontes externas de direito produzida por seus pares?

Antoine Garapon (ALLARD et GARAPON, 2006) responde tal questionamento com a premissa de emancipação dos magistrados, demonstrando a existência de um crescente aumento da inclusão de textos de Direito Internacional nas razões de decidir das sentenças. Além de um controle de constitucionalidade, hoje os juízes nacionais também devem ficar adstritos a um controle de convencionalidade, ou seja, aplicar no plano da jurisdição interna os preceitos normativos existentes em tratados e convenções internacionais ratificadas pelo Estado. Com isso, os juízes já não ficam somente adstritos à aplicação, nos casos concretos da palavra do legislador pátrio, fato que abre lacunas para o uso não só de argumentos provenientes de textos normativos internacionais, como também de jurisprudência estrangeira (SALDANHA et VIEIRA, 2014).

Soma-se a isso ainda a emulação dos juízes (SALDANHA et VIEIRA, 2014), nas quais os magistrados nacionais tornam-se mais abertos ao diálogo e à busca de argumentos em decisões estrangeiras, pois, no intuito da resolução dos denominados *hard cases* os juízes procuram uma garantia jurídica, de modo que a fertilização recíproca se constitui como um dos componentes desta busca de legitimidade. Juízes membros de cortes internacionais também se mostram permeáveis e abertos à conversação jurisdicional. É o que se verifica no discurso de Cançado Trindade, juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, na abertura do ano judiciário de 2004 da Corte Europeia dos Direitos do Homem, o qual traz a ideia de fertilização jurisprudencial recíproca entre Corte Europeia de Direitos do Homem e Corte Interamericana de Direitos Humanos no sentido de contribuir ao reforço dos preceitos de direito internacional dos direitos do homem (TRINDADE, 2006, p.354).

Essa conversação entre diferentes ordens e sistemas jurídicos é intitulada por Garapon (ALLARD et GARAPON, 2006) com uma nova “Revolução do Direito”, uma vez que os juízes tomam a iniciativa de consultar decisões judiciais estrangeiras – seja de cortes

internacionais ou de cortes nacionais de outros países – sem que nada os obrigue a isso, ou elaboram uma espécie de costume judicial com o intuito de preencher lacunas deixadas pelo direito positivo. Além disso, a dinamicidade dos fatos que podem ensejar a busca por soluções e respostas jurídicas nem sempre é acompanhada pelo legislativo. Logo, em inúmeros casos, como é o demonstrado no julgamento norte-americano anteriormente proferido, a legislação apresenta-se obsoleta, defasada ou mesmo inexistente, de modo que cabe ao judiciário procurar fora das fronteiras nacionais, argumentos para a defesa e proteção dos direitos humanos.

Inevitável, deste modo, não encarar como uma revolução os reflexos trazidos pela internacionalização dos juízes. O sistema jurídico passa a ser visto como multicêntrico, de modo que na perspectiva do centro de uma ordem jurídica, o centro da outra se constitui como uma periferia (NEVES, 2009). Os argumentos de uma ordem jurídica determinada são aplicados nas decisões de outra ordem jurídica, porém adequando-se à realidade desta, com pretensão de autonomia.

Frente a essa perspectiva e levando em consideração que os direitos humanos têm a relevante característica da universalidade, uma pergunta pertinente a se fazer é se os diálogos entre jurisdições, sejam tanto verticais (entre uma corte regional ou internacional e uma corte constitucional, por exemplo) quanto horizontais (entre jurisdições constitucionais), constituem-se em instrumentos capazes de ordenar o plural (DELMAS-MARTY, 2003^a) e auxiliar na construção de uma teoria de valores mundiais comuns.

1.2. Uma tentativa de ordenar o plural: o fenômeno da emergência dos diálogos entre jurisdições em matérias de Direitos Humanos

Em sua obra “Para a paz perpétua”, Kant (2006) já afirmava, em meados do século XVIII, que se havia avançado tanto no estabelecimento de uma comunidade entre os povos terrestres que, como resultado disso, a violação em um ponto da Terra seria capaz de repercutir em todos os demais. Em matéria de direitos humanos, tal premissa, mesmo dita no século XVIII encontra-se atual, uma vez que estes direitos possuem a característica da universalidade (não se requer outra condição além de ser pessoa humana para ser titular e ter tais direitos assegurados), irrenunciabilidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e vedação ao retrocesso.

A universalidade marca a Declaração de 1789 e posteriormente a Declaração dos Direitos do Homem de 1948, sendo que, mais precisamente após a Segunda Guerra Mundial,

os direitos humanos tornaram-se juridicamente oponíveis aos Estados, tornando-se princípios de direitos e sendo incluídos nas Constituições Estatais. Entretanto, como corolários do processo de mundialização, no entanto, não se encontram somente os direitos humanos, mas também os direitos econômicos.

Enquanto os primeiros foram concebidos para serem universais e para proteger o “irredutível humano”, os segundos são os motores da mundialização, de modo que isso somado à desestabilização do tempo e a desestatização do espaço geram, no processo de mundialização, uma aparente desordem normativa, com a proliferação anárquica de normas (FERREIRA, 2013). Diante deste panorama, de desestatização, de ruptura com paradigmas e com a lógica binária de interpretar o direito proveniente do processo de internacionalização, o questionamento a que se chega é: o fenômeno emergente de diálogos entre jurisdições é capaz de auxiliar no processo de ordenar o plural?

Delmas-Marty (2004) atesta que a internacionalização do direito apresenta um grande paradoxo: ordenar o plural. Semanticamente estamos diante de vernáculos com significados opostos: colocar em ordem aquilo que naturalmente é múltiplo e plural, sem reduzir sua identidade. Frente a isto, uma primeira consideração que se faz é que o típico modelo kelseniano de lógica não pode mais ser utilizado para pensar o direito, haja vista a multiplicidade e o dinamismo deste no processo de mundialização.

Segundo a ponderação de Delmas (2004), para ir da desordem à ordem, o necessário é fortalecer as correlações da formação jurídica, trazendo estabilidade à presença de divergências, através de uma aproximação entre ordens jurídicas a fim de ordenar a multiplicidade. Esta aproximação, contudo, não pode ser concebida senão em relação a uma referência comum e, justamente neste campo, a utilidade dos instrumentos protetivos de direitos humanos traz a coerência de conjunto capaz de indicar uma direção a seguir, o norte para a criação de um direito comum, cujo pluralismo é ordenado.

Mas o que é este Direito Comum? Obviamente, faz-se impossível a criação de normas e regras comuns a todos os povos, justamente pelo fato de que sempre algumas normas advindas de culturas específicas se sobressairão sobre outras, levando a uma hegemonia negativa. Desta forma, o Direito comum, inserido na ótica de um direito mundial pluralista, é aquele acessível a todos e comum aos diversos Estados, sem o abandono de identidades. Justamente em função disso, o alicerce para a sua criação é a aproximação dos sistemas jurídicos tendo por base os Direitos Humanos, os quais carregam a já tão mencionada característica da universalidade, que advém do compartilhamento de sentidos e do enriquecimento pela troca.

A paisagem jurídica hoje, consoante já mencionado, não mais pode ser concebida, portanto, segundo a lógica clássica kelseniana, em que a constituição estatal encontra-se no ápice de uma estrutura piramidal, sendo seguida, hierarquicamente pela legislação infraconstitucional. Os rearranjos da mundialização e a consequente internacionalização do Direito fazem com que novas estruturas permeiem a atual paisagem jurídica.

Seja a concepção de um trapézio, cujos vértices superiores são ocupados, em igual nível pelas constituições estatais e pelos tratados e convenções internacionais protetivos dos direitos humanos, como é a visão de Canotilho, seguida por Flávia Piovesan (2012), seja uma visão de nuvens, fluída e descontínua, com um Direito de sistemas interativos e complexos, marcado por geometrias de pirâmides inacabadas e anéis normativos como guirlandas, defendida por Delmas-Marty (2003b) demonstram que a internacionalização traz consigo tentativas de recomposição de um pluralismo que deverá ser suficientemente ordenado.

É razoável, portanto, frente à mudança paradigmática trazida pela mundialização, pensar em um conjunto ordenado para a desordem, uma vez que esta favorece ao pluralismo. Justamente, para se chegar a um direito comum pluralista deve-se buscar uma harmonização entre os direitos humanos e os direitos econômicos, com respeito às particularidades religiosas e culturais e superara a uniformização à que tende a globalização econômica.

A multiplicação de normas constatada nessa nova paisagem jurídica não se confunde com anarquia, pelo contrário, torna o arcabouço normativo mais complexo e incapaz de ser enquadrado na lógica binária clássica do pensamento kelseniano. Neste novo paradigma, a sobrevalorização da lei e das grandes codificações perde espaço, havendo, em contrapartida, a crescente incorporação dos precedentes (certa ruptura de fronteiras entre common law e civil law) e dos princípios como espécie de código cultural do processo de interpretação e criação do direito (FERREIRA, 2013).

Justamente nesta conjuntura enquadram-se os diálogos entre as diferentes ordens jurídicas, corroborando para a implementação e consolidação dos novos paradigmas e novas geometrias de se ver e interpretar o direito, não restando, dúvidas, portanto, de que são mecanismos capazes de auxiliar no processo de ordenar o plural. Os juízes deixam de ser meramente “*la bouché de la loi*”, executores das leis, como diria Montesquieu (2008) para se tornarem engenheiros do processo de internacionalização, com a busca de argumentos em decisões estrangeiras.

Logo, o Direito comum tem como uma das grandes vantagens o afastamento da burocratização, da “fábrica de leis” do legislativo e, novas formas de relacionamento advêm dessa nova estruturação paradigmática. Consoante Siddharta Ferreira (2013), as relações entre

sistemas autônomos ou que criam hierarquias alternativas no sentido de estabelecer continuidade no processo normativo até então interrompido por inexistência de hierarquia, terá a autonomia compensada por jogos de referência cruzada, em que um sistema observa o outro e utiliza-se de reflexões e elementos deste outro, através de uma troca interativa. Uma segunda forma de relacionamento dá-se mediante sistemas hierarquizados, cujo nível inferior poderá participar da determinação de normas superiores, como é o caso das relações na União Europeia entre direito nacional, supranacional e internacional nas situações de aplicação da margem nacional de apreciação (se aceita a internacionalização do Direito e preserva-se a soberania estatal, sobretudo no que concerne a elementos culturais próprios e peculiares).

A internacionalização do Direito, portanto, reflete uma nova realidade, de um Direito de sistemas complexos, fluidos, descontínuos e interativos, os quais levam à mutação da própria concepção tradicional de ordem jurídica, que não mais é fechada dentro de si mesma e sim sofre influências de outras. A tradicional pirâmide de Kelsen é desconstruída gradativamente, dando lugar a novas figuras geométricas cuja hierarquia não é tão rígida, mas nem por isso deixa de ser altamente complexa. No topo tomam lugar as Constituições, juntamente com elementos do Direito Internacional (jus cogens, direitos humanos, direito comunitário), no corpo do que seria a antiga pirâmide, encontra-se o crescimento e a consolidação de um direito jurisprudencial ao lado das normas produzidas no legislativo (a intensa interpretação jurisprudencial para os *hard cases* culmina em adição de conteúdos advindos de “outros direitos”) e a base passa a ser composta por decretos e regulamentos que resultam de administrações policêntricas, corroborando para a crença de que o processo de internacionalização do direito vem acompanhado de descentralização e privatizações de fontes do Direito (FERREIRA, 2013).

Frente a este quadro, Delmas apresenta três espécies de processo de interação, para se chegar a um Direito Comum: coordenação por entrecruzamento; harmonização e unificação. Há de se destacar, antes de brevemente discorrer sobre os processos que o Direito Comum não tem a pretensão de unificar o Direito no texto, isso seria uma tarefa praticamente utópica. A ideia de Delmas objetiva, na realidade, a exploração da pluralidade como potencial poder de integração, uma vez que as redes dinâmicas e as estruturas vetorizadas pelos direitos humanos presentes nas novas geometrias da ordem mundial se pautam no reconhecimento do outro, em uma espécie de alteridade (LOPES, 2012).

A coordenação por entrecruzamento caracteriza-se por ser um processo horizontal, no qual a autoridade das decisões será reforçada pelo jogo de referências cruzadas de uma jurisdição a outra. Essa é uma fase transitória na construção de uma verdadeira ordem jurídica

mundial, em que a internormatividade e a interpretação cruzada permitem a formação de no mínimo uma comunidade de juízes (DELMAS-MARTY, 2003a). Há aqui entrecruzamentos normativos e judiciários os quais demonstram um princípio de ordem do plural, uma vez que existe a criação de uma dinâmica que tende a evitar conflitos e auxilia na resolução de certas contradições, mas não avança para além, pelo fato de não modificar moldes conceituais já postos.

A harmonização, por sua vez, tende a aproximar os sistemas, com um propósito coordenativo, porém sem a função unificadora. Tal processo limita-se a uma integração imperfeita, cuja chave é a preservação das margens nacionais de apreciação. Diferentemente da coordenação, que é a comunicação horizontal entre conjuntos jurídicos, a harmonização instaura uma relação do tipo vertical, que implica hierarquias entre, por exemplo, direito internacional e direito nacional, direito supranacional e direito nacional, dentre outras formas. Todavia, a inversão destas hierarquias e o reconhecimento mútuo faz parte do movimento de harmonização, embasando inclusive as regras de subsidiariedade no direito comunitário ou complementariedade no Estatuto de Roma (DELMAS-MARTY, 2003^a).

As margens nacionais de apreciação são as grandes novidades desse processo de harmonização. Elas funcionam em uma dinâmica centrífuga e envolve tanto a obrigação de conformidade em relação às normas internacionais das quais o país é signatário quanto à apreciação soberana dos Estados, sendo delineada por princípios comuns. A resistência dos direitos internos e os avanços do processo de harmonização são, portanto, condições de possibilidade para a aplicação da Margem Nacional de Apreciação. A noção de MNA é desta forma, uma das principais chaves para um pluralismo ordenado, uma vez que as pluralidades e peculiaridades culturais e religiosas de cada Estado são respeitadas, todavia, o processo de harmonização não é capaz de garantir a harmonia das formas jurídicas.

Desta feita, surge o último processo de interação apontado por Delmas, a Unificação. Esta seria do ponto de vista formal, perfeita por unir ordens jurídicas regionais sob um mesmo modelo hierárquico e coerente das ordens nacionais tradicionais. Do ponto de vista empírico, entretanto, essa perfeição não é nada garantida, uma vez que a unificação consiste na transferência pura e simples do regramento jurídico de um país para outro, uma espécie de verticalização ordenada, a qual pode gerar a dominação hegemônica de uma ordem sobre as demais, sem, portanto, o respeito à pluralidade (DELMAS-MARTY, 2003a).

Frente a essa apresentação, resta claro que os diálogos contribuem para que o plural seja ordenado, encaixando-se ainda na primeira fase dos processos de interação descritos por Delmas, na coordenação por entrecruzamento. Indubitavelmente, há muito o que se avançar,

porém, diante das novidades trazidas pelo atual paradigma jurídico, a conversação entre cortes constitucionais e internacionais já elabora subsídios para que se avance no sentido de um direito comum. Desta feita, frente ao referencial teórico apresentado, resta-nos apresentar breves apontamentos acerca do fenômeno da internacionalização do direito na América Latina, com enfoque ao controle de convencionalidade feito pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pelos Estados latino-americanos, posteriormente, abordarmos qual é a postura do STF frente aos diálogos entre jurisdições advindos do processo de internacionalização dos juízes.

2 O Supremo Tribunal Federal brasileiro na mundialização do Direito: do controle de convencionalidade aos diálogos entre jurisdições

Mesmo que os direitos humanos possuam a característica de universalidade, além de um sistema global para sua proteção, desde o pós Segunda Guerra Mundial começaram a se delinear esforços para a criação de sistemas regionais de promoção e guarda dos direitos do homem. Hoje conta-se com três grandes sistemas regionais de proteção aos direitos humanos¹⁰, dentre os quais figura o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, em que o Brasil se insere. Assim, neste capítulo discorrer-se-á acerca da postura do Supremo Tribunal Federal brasileiro frente a dois fenômenos que integram os reflexos da mundialização no Direito: o controle de convencionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos (incluindo aqui a Convenção Americana de Direitos Humanos) (2.1) e os diálogos verticais entre jurisdição regional (no caso, jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos) e jurisdição constitucional (o próprio STF) (2.2).

2.1 Das relações entre a Constituição e os tratados internacionais de Direitos Humanos: o controle de convencionalidade como um reflexo da internacionalização do Direito e sua análise pelo Supremo Tribunal Federal.

Consoante se abordou no capítulo anterior, as vicissitudes causadas pelo processo de mundialização trouxe evolução às instituições jurídicas, assim como mudanças em outras

¹⁰ Destacam-se três grandes sistemas regionais de proteção aos direitos humanos: Sistema Europeu dos Direitos do Homem, Sistema Interamericano de Direitos Humanos e Sistema Africano de proteção aos Direitos Humanos.

áreas do conhecimento. A lógica binária (lei como premissa maior e fatos como premissa menor) que permeava a ciência jurídica do século XIX, na qual lei e Direito eram sinônimos e não havia qualquer margem de interpretação para o jurista, não mais se aplica às atuais instituições jurídicas (GOMES et MAZZUOLI, 2010).

Após a Segunda Guerra Mundial e com o crescimento da preocupação com a defesa dos direitos humanos, novos paradigmas jurídicos passaram a ser construídos, destacando-se, por exemplo, o constitucionalismo, o internacionalismo e o universalismo. Sobretudo nessas duas últimas ondas evolutivas do Direito, é possível a dedução de que ao jurista não mais cabe estudar meramente a legislação, os códigos e até mesmo somente a constituição. Pelo contrário, elementos internacionais já fazem parte da agenda nacional e da interpretação que os juízes devem realizar sobre demandas internas, sobretudo as que envolvam os direitos do homem. É neste panorama, que se desenvolve o controle de convencionalidade.

Conforme se mencionou, a preocupação com o universalismo e a indivisibilidade dos direitos humanos propiciou a criação de sistemas regionais de proteção da pessoa humana, os quais contam com tratados e convenções internacionais que os regem, bem como com órgãos com competência consultiva e contenciosa. No âmbito do continente americano, em 1969 foi assinado o documento fundamental do sistema interamericano, a Convenção Americana dos Direitos do Homem (CADH), que, após ter recebido 11 ratificações, entrou em vigor em 1978. Diferentemente do panorama em que surge o sistema europeu de direitos do homem, na América Latina a conjuntura política nas décadas de 1970 e 1980 é de autoritarismo e ditadura militar na maioria dos países, ranço que pode até hoje ser percebido através da violência e da baixa densidade de Estados de Direito com respeito e efetiva proteção dos direitos fundamentais em âmbito doméstico.

Deste modo, a partir das décadas de 1980 e 1990, após o reestabelecimento da democracia em grande parte dos países latino-americanos, a CADH passou a ser ratificada por uma quantidade maior de países, de modo que hoje o sistema interamericano configura-se como um eficaz instrumento para a proteção dos direitos humanos na América Latina. Neste sentido, a jurisprudência de um dos principais órgãos desse sistema, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, vem, desde 2006, no julgamento do caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile* ordenando que aqueles Estados signatários da CADH e que reconhecem a jurisdição da CIDH realizem em âmbito interno o denominado controle de convencionalidade.

Segundo a CIDH, os juízes e tribunais devem proceder ao exame de compatibilidade das leis com a Convenção Americana de Direitos Humanos, levando em conta não somente o referido tratado, como também a interpretação da CIDH em relação a este. Assim, atualmente,

além do controle de constitucionalidade da legislação em âmbito doméstico, os juízes e tribunais dos países membros do sistema interamericano devem realizar a aferição de compatibilidade da legislação interna aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo país, ou seja, um controle de convencionalidade (MORAIS, SALDANHA et VIEIRA, 2013).

Tal controle é realizado em dupla perspectiva: tendo a Corte Interamericana como ponto de partida de um lado e tendo as cortes dos Estados membros do sistema interamericano por outro lado. Na primeira opção, caberá à CIDH interpretar o Pacto de San José da Costa Rica e se a legislação doméstica dos Estados demandados encontra-se (in)compatível com a CADH e a jurisprudência precedente da CIDH. Na Segunda opção, caberá aos juízes e tribunais dos estados membros do sistema interamericano averiguar se a legislação interna é compatível com os tratados de direitos humanos ratificados e em vigor (MAZZUOLI, 2011).

Na sequência desta decisão, em 2010, a CIDH julgou o caso *Cabrera Garcia e Montiel Flores vs. México*, no qual apontou diversos Estados cujas cortes supremas já estavam seguindo a doutrina de controle de convencionalidade. O Tribunal Constitucional Peruano¹¹, por exemplo, asseverou que a capacidade de vinculação das sentenças da CIDH não se restringe a parte resolutiva, pelo contrário, estende-se a *ratio decidendi*, de modo que as decisões da CIDH são vinculantes para todo o poder público nacional, inclusive para os casos em que o Estado Peruano não seja parte. Da mesma forma a Corte Constitucional da Colômbia¹² assinalou que em virtude da Constituição colombiana declarar que os direitos e deveres constitucionais devem ser interpretados em conformidade com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado, a jurisprudência da CIDH e das instâncias internacionais encarregadas de interpretar os tratados internacionais constitui um critério hermenêutico relevante para estabelecer o sentido das normas constitucionais sobre direitos fundamentais.

A Corte Suprema da Justiça da Nação Argentina¹³ referiu que as decisões da CIDH são de cumprimento obrigatório para o Estado argentino, bem como a interpretação do Pacto de San José da Costa Rica deverá ser guiada pela jurisprudência da Corte Interamericana, tratando-se de uma pauta de interpretação para os poderes constituídos argentinos no âmbito de sua competência. O México, embora não tenha sido citado pela CIDH nesta sentença, da

¹¹ Vide a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Cabrera Garcia e Montiel Flores vs. México*, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf.

¹² Vide a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Cabrera Garcia e Montiel Flores vs. México*, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf.

¹³ Vide a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Cabrera Garcia e Montiel Flores vs. México*, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf.

qual, inclusive é Estado demandado, em 2013, decidiu, através da Suprema Corte de Justiça da Nação, que a jurisprudência emitida pela CIDH é vinculante para os juízes mexicanos, sempre que tal precedente favoreça em maior medida a pessoa humana¹⁴.

O Brasil, por sua vez, não figura entre os países mencionados na sentença da CIDH de 2010 e, até hoje, não realiza o denominado controle de convencionalidade, um importante marco da internacionalização do direito. Conforme já fizemos alusão posteriormente, nem todos os tratados internacionais envolvendo direitos humanos no Brasil tem caráter de emenda constitucional. Conforme interpretação dos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição Federal, os tratados internacionais de direitos humanos serão ou apenas materialmente constitucionais ou material e formalmente constitucionais.

Na primeira hipótese, eles se encaixam no descrito no § 2º do art. 5º, uma vez que não contam com a aprovação qualificada descrita pelo §3º do mesmo artigo, tendo status de norma constitucional, mas sendo supralegais. Os tratados que obedecem ao rito descrito no §3º do art. 5º da Carta Magna, passam a ser equivalentes a emendas constitucionais. Todavia, independentemente do caráter dos tratados de direitos humanos, todos eles devem ser parâmetros para a realização do controle de convencionalidade pelos juízes e tribunais brasileiros.

Centremo-nos aqui, contudo, a análise de algumas decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal, as quais demonstram uma postura silente e, por vezes de negação tácita do Direito Internacional. A Constituição Federal de 1988 determinou que a guarda do texto constitucional caberá ao STF e, embora a Carta Magna apresente avanços significativos na proteção dos direitos fundamentais, inclusive com a inspiração de textos internacionais protetivos dos direitos humanos, a postura da Corte suprema brasileira ainda é privatista, provinciana e de herança jurisprudencial dos tempos ditatoriais.

Embora se faça ressalva ao Recurso Extraordinário 466.343, o qual estabeleceu o regime privilegiado dos tratados internacionais de direitos humanos em âmbito doméstico (têm caráter infraconstitucional, porém supralegal), marcando a incorporação de parâmetros protetivos internacionais ao arcabouço jurídico brasileiro e o advento da possibilidade de realização do controle de convencionalidade e aos HC 95.967, HC 94.702; HC 88.240, que foram precedentes para a proibição da prisão civil do depositário infiel (Súmula Vinculante nº25), e em cuja fundamentação reside o fato de que o status supralegal dos tratados

¹⁴ Vide decisão no sítio eletrônico:

<http://www2.scjn.gob.mx/asuntosrelevantes/pagina/seguimientoasuntosrelevantespub.aspx?id=129659&seguimientoid=556>

internacionais de direitos humanos faz com que a legislação infraconstitucional contrária e eles se torne inaplicável, a postura geral do STF demonstra baixa repercussão interna da jurisprudência da CIDH, bem como a ausência de interpretação da legislação interna conforme os tratados e convenções internacionais de que o país é signatário.

Um exemplo claro disso foi a decisão do Supremo na ADPF 153, cujo objeto era a declaração de inconstitucionalidade da Lei 6683/79 (Lei de Anistia). Na contramão não só da jurisprudência da CIDH como também de grande parte dos países latino-americanos que também se submeteram a ditaduras militares ou civil-militares durante as décadas de 1970 e 1980, o STF decidiu pela manutenção no ordenamento jurídico da Lei de Anistia, afirmando que § 1º do art. 1º da Lei 6683/79 não feriu preceito fundamental e, em razão disso, estariam acobertados pela anistia os agentes públicos que praticaram crimes comuns contra os resistentes do regime militar. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, em 24 de novembro de 2010 além de impor responsabilidades patrimoniais e não patrimoniais ao Estado Brasileiro em razão dos delitos de desaparecimento forçado ocorridos durante a vigência da ditadura civil-militar reconheceu, na esteira de outras decisões proferidas, que a Lei de Anistia é incompatível com os preceitos do Pacto de San José da Costa Rica (BRUM, MELLO et SALDANHA, 2011).

Cabe lembrar, que em tal caso o STF não realizou a revisão de seu posicionamento, mesmo depois da decisão da corte suprema do sistema interamericano de direitos humanos, de modo que o controle de convencionalidade em âmbito interno, nesta temática nunca fora realizado. Além disso, em buscas no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal podem-se encontrar, ao longo da história do STF 139 acórdãos, 1 súmula vinculante e 489 decisões monocráticas contendo o termo Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de San José da Costa Rica. Como temas recorrentes de julgados com citações de artigos da CADH encontram-se a abusividade no prazo de prisões preventivas; a necessidade de proteção ao duplo grau de jurisdição e garantia de acesso à justiça; a proteção ao princípio do juiz natural; a garantia de duração razoável do processo e outros temas em geral ligados ao garantismo penal.

Embora a quantidade de julgados com os termos supracitados não seja tão diminuta o que chama atenção é a mera citação ou reprodução de algumas normas do texto convencional, sem a real interpretação da legislação interna frente aos preceitos da Convenção Americana. Isso demonstra o provincianismo constitucional da Suprema Corte brasileira, uma vez que a mera menção de texto convencional não implica a real aplicação de um controle de convencionalidade.

Tal atitude evidencia uma relativa dificuldade dos magistrados da corte suprema na resolução de dilemas e questões internas utilizando-se de interpretações hermenêuticas não só da legislação interna e da constituição federal, mas também de novas fontes do direito trazidas pelo processo de mundialização, como é o caso das convenções e tratados internacionais. Há, portanto, certa morosidade do Brasil no que concerne a efetiva interação dentro do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos. Embora o país tenha ratificado a CADH em 1992 e reconhecido a jurisdição da CIDH em 1998, até hoje os magistrados do país, com enfoque no STF, encontram dificuldades para não só realizar a interpretação das demandas e da legislação doméstica segundo as normas internacionais do sistema interamericano de direitos humanos como também não realizam, de modo considerável, a aplicação da jurisprudência da CIDH como precedente ou argumento para justificar decisões, não existindo, portanto, um diálogo vertical entre jurisdição estatal e regional, conforme se verá no capítulo a seguir.

2.2 O provincianismo constitucional brasileiro: uma análise sintética da postura do Supremo Tribunal Federal em relação aos diálogos transjurisdicionais

Em 11 de novembro de 2013 o plenário do Supremo Tribunal Federal brasileiro recebeu a visita dos juízes da Corte Interamericana de Direitos Humanos para uma sessão extraordinária no Brasil. Em tal ocasião, o então presidente do STF, ministro Joaquim Barbosa definiu a visita como um marco histórico, afirmando que “(...) não estamos recebendo uma Corte estrangeira, mas um órgão que de fato integra o conjunto de instituições acreditadas pelo Brasil para a atuação na defesa e no fomento dos direitos humanos” (QUINALHA et VENTURA, 2013).

A despeito da declaração dada pelo presidente da Corte Suprema brasileira, a análise de algumas decisões do STF demonstra o contrário. É comum na corte não só a baixíssima densidade aplicação de convenções internacionais de direitos humanos da qual o país faz parte, conforme se mencionou no capítulo anterior, como também a quase ausência de referências à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em geral feita *à la carte*.

Segundo menção anterior, novas lógicas permeiam o Direito, de modo que o processo interpretativo deve hoje incluir a concretização de normas fundamentais (texto legal) e seu domínio (conjunto de fatos selecionados). Não só a legislação deve ser elemento de interpretação dos juízes, mas também os precedentes e decisões de outras cortes em casos

semelhantes. Segundo Laurence Burgorgue-Larsen (2008): “Hoje em dia, apegar-se a um olhar nacional do direito – que pode esconder um olhar nacionalista – é algo sem sentido”.

Na situação brasileira, percebe-se que o STF encontra-se ligeiramente afastado destas novas gramáticas trazidas pela mundialização, estando, de certa feita, isolado na ordem jurídica local e longe do enriquecimento mútuo e intercâmbio de experiências, argumentos, conceitos e princípios trazidos pelos diálogos com outras jurisdições, sobretudo com a CIDH e com os vizinhos latino-americanos. Prova disso é que em buscas no sítio eletrônico do STF, somente em 20 acórdãos e em 121 decisões monocráticas encontrou-se o termo corte interamericana.

No universo desses 20 acórdãos, 7¹⁵ deles, que tratam sobre diferentes aspectos da jurisdição penal militar, enunciam de maneira breve o *caso Palamara Iribarne vs. Chile*, julgado em 2005 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual determinou à república chilena que o ordenamento jurídico interno fosse adequado aos padrões internacionais sobre jurisdição militar, de modo que se esta fosse considerada necessária, estivesse limitada unicamente ao conhecimento de delitos funcionais cometidos por militares em serviço ativo e que, a competência material e pessoal dos Tribunais Militares deveria ser limitada, de modo que em nenhuma circunstância um cidadão civil se veja submetido à jurisdição dos tribunais penais militares. Tal decisão foi meramente citada a fim de que o STF discorresse acerca do princípio do juiz natural para julgamentos de civis mesmo quando sejam cometidos delitos de competência da jurisdição penal militar.

Destacam-se também a ADPF 132, julgada pelo STF em 05/05/2011 e a ADI 4277, julgada em 05/05/2011, cujos objetos (uniões homoafetivas e seu reconhecimento jurídico) eram convergentes em ações de natureza distintas. Nestas há menção ao reconhecimento da CIDH, em alguns casos latino-americanos, da proteção jurídica conferida ao projeto de vida das pessoas, o que faz parte do conteúdo existencial da dignidade da pessoa humana. Esse posicionamento da CIDH foi apontado de maneira breve a fim de legitimar a decisão final da Suprema Corte brasileira de prover as ações intentadas no sentido de reconhecer juridicamente as uniões entre casais do mesmo sexo, sob o argumento de que em momento algum a Constituição Federal de 1988 interdita a formação de famílias por pessoas do mesmo sexo.

¹⁵ HC 110237/PA-Pará, julgado em 19/02/2013; HC 112936/RJ – Rio de Janeiro, julgado em 05/02/2013; HC 105256/PR – Paraná, julgado em 12/06/2012; HC 107731 Extn/PE-Pernambuco, julgado em 13/09/2011; HC 109544MC/BA-Bahia, julgado em 09/08/2011; HC 106171/AM-Amapá, julgado em 01/03/2011 e HC 105348/RS- Rio Grande do Sul, julgado em 19/10/2010, todos julgados pelo Supremo Tribunal Federal.

Conforme já se mencionou no capítulo anterior, outra decisão paradigmática em que há citação de jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo STF é a da ADPF 153, que discorre sobre a vigência e validade no ordenamento jurídico interno da Lei de Anistia brasileira. As citações feitas de jurisprudência ou casos práticos ocorridos em demais países latino-americanos são feitas meramente no sentido de comprovar que a situação brasileira no âmbito da justiça tradicional é diferenciada. Neste julgado, em que há clara afronta à ideologia da CIDH, os problemas que se repetem em várias ordens jurídicas são tratados com respostas advindas unicamente do direito doméstico, na contramão das decisões de países vizinhos, com um nítido desperdício de oportunidade para aprendizados recíprocos com outras jurisdições. Logo, neste caso em, além de o STF não realizar a análise do controle de convencionalidade da Lei 6683/79 em relação ao Pacto de San José da Costa Rica, clara se faz a distância entre este Tribunal e o processo de sedimentação da força inexorável da internacionalização do direito internacional em matéria de direitos humanos.

Ainda há, por fim, que se destacar outro acórdão relevante do STF, no qual há alusão à jurisprudência da CIDH: o RE 511961/SP, de 17/06/2009, que determinou a não exigibilidade de diploma universitário do curso de Jornalismo para que se exerça a profissão de jornalista no Brasil. Neste caso, aplicou-se o entendimento da CIDH na Opinião Consultiva 05/1985, formulada pela Costa Rica, no qual o órgão contencioso do sistema interamericano, na sua função consultiva determinou que a obrigatoriedade do diploma universitário e inscrição profissional para o exercício da profissão de jornalista viola o art. 13 do Pacto de San José da Costa Rica, que protege a liberdade de expressão em sentido amplo.

Os demais acórdãos não serão aqui citados em sua especificidade pelo fato de a menção à CIDH ser ínfima e não aparentar motivos para uma análise pormenorizada. Percebe-se, desta maneira, a reduzida utilização de jurisprudência da CIDH como argumento para as decisões da Suprema Corte brasileira, de maneira que o diálogo vertical entre jurisdições não é fomentado pelos ministros, fieis quase que unicamente às instâncias públicas oficiais e territorialmente limitadas dentro do Estado brasileiro.

A ausência de interação é vislumbrada porque quando há alusão a casos concretos estrangeiros ou a utilização de hipóteses normativo-legais externas isso ocorre com o intuito de mera exemplificação para uma decisão que já foi tomada com base unicamente em parâmetros legais ou jurisprudenciais internos e não com a finalidade de interação, de diálogo, de troca ou de autoridade persuasiva em relação ao precedente estrangeiro citado. O direito internacional ou convencional é visto como o “direito do outro, de fora” e mantém-se como exemplo distante e descontextualizado no tempo e no espaço.

O afastamento do processo de internacionalização do direito e de internacionalização dos juízes reflete a espécie de sistema de justiça existente no Brasil: ainda marcado por perfil político-constitucional do Estado e herdeiro de uma tradição construída à sombra de um regime autoritário e repressor. A superficialidade de um diálogo vertical entre STF e CIDH em matéria de direitos humanos, o qual na realidade pode ser dito inexistente diante do que fora demonstrado, apenas demonstra o provincianismo da corte suprema e o quão retrógrado nosso país ainda é em matéria de promoção e proteção aos direitos humanos enquanto é tão cosmopolita quando o assunto é relações comerciais.

Acredita-se, deste modo, que este entrave quando o assunto é diálogo vertical percebido no caso da Corte Suprema brasileira figura como um desafio a ser superado dentro do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, uma vez que, como já disse Cançado Trindade (2006) o futuro do sistema internacional de proteção aos direitos do homem está condicionado aos mecanismos nacionais de implementação das decisões internacionais em âmbito interno. A promoção de um diálogo, seja horizontal ou vertical, entre jurisdições é pré-requisito indispensável para interações entre os países e apresenta-se como uma vertente capaz de fortalecer o controle de convencionalidade e o direito comum regional em matéria de direitos humanos.

Considerações Finais

Se a globalização é o ápice do processo de internacionalização no capitalismo, o seu homônimo mundialização não fica para trás e acarreta uma grande quantidade de “revoluções” na seara jurídica. A internacionalização do direito, juntamente com a internacionalização dos juízes podem ser destacados como dois grandes fenômenos vislumbrados no direito atual, os quais são capazes de provocar e fomentar uma quantidade significativa de mudanças no panorama do Direito hoje.

Enquanto em meados do século XIX e início do século XX restava aos juízes resolver litígios e dirimir conflitos internos utilizando-se única e exclusivamente da mera aplicação da legislação pátria ao caso concreto, hoje os magistrados são reais agentes de transformação do Direito, de modo que não só embasam suas decisões na legislação doméstica e em tratados internacionais dos quais seu país seja signatário, como também são capazes de buscar argumentos em decisões de tribunais estrangeiros ou cortes regionais e internacionais. A

produção jurídica, portanto, deixa de ser meramente normativa para se tornar também jurisprudencial.

As novas paisagens jurídicas criadas pelo movimento internacionalizante fazem com que o Direito seja marcado por descontinuidade, pluralidade, multiplicidade e incertezas. Tensões entre o relativo e o universal emergem de maneira mais frequente e clara e, neste contexto, o fenômeno de conversação entre juízes e cortes das mais distintas esferas surge no horizonte como uma maneira eficaz de ordenar aquilo que é plural com vistas à consolidação de um direito comum e a uma comunidade mundial de valores.

Conclui-se, todavia, que nem todos os Estados se encontram em posição paritária quando o assunto é a aceitação e aplicação das novidades trazidas pela mundialização na seara jurídica. Prova disso é o provincianismo do Brasil, analisado através de posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, quando o assunto é controle de convencionalidade e fomento ao diálogo entre jurisdições (com especial enfoque ao diálogo vertical com a Corte Interamericana de Direitos Humanos). Indubitavelmente, a superação deste entrave deverá figurar na agenda jurídica nacional como meta, visto que a promoção de diálogos transjurisdicionais, na atual paisagem jurídica, configura-se como pré-requisito necessário para o fortalecimento das interações entre os países, do sistema interamericano de direitos humanos e do direito comum regional em matéria de direitos humanos.

Referências Bibliográficas

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os Juízes na mundialização**: A nova revolução do Direito. Tradução Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

ARGENTINA. Constituição (1994). **Constitución de la Nación Argentina**. Buenos Aires, 1994.

BRUM, Márcio; MELLO, Rafaela da Cruz; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A assincronia do Direito e o Caso Araguaia: Uma análise da Decisão do Supremo Tribunal Federal Brasileiro na ADPF 153 e do Julgamento do Caso Gomes Lund e Outros vs. Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. In **Direitos Fundamentais e Espaço Público**. Vol. II. Organizadores: André Karam Trindade e Ângela Araújo da Silveira Espíndola – Passo Fundo: Editora IMED, 2011.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. “De l’internationalization du dialogue de juges”, 2008. Disponível em: <http://www.univ-paris1.fr/fileadmin/IREDIES/Contributions_en_ligne/L._BURGORGUE-LARSEN/M%C3%A9langes/LBL_M%C3%A9langes_Genevois-1.pdf>

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.^a Edição - 5.^a Reimpressão, Editora Almedina, 2008.

CHILE. Constituição (1980). **Constitución de la República de Chile**. Santiago, 1980.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Études juridiques comparatives et internationalization du droit**. Course au Collège de France, 2003a. Disponível em: < http://www.college-de-france.fr/media/mireille-delmas-marty/UPL12910_r_sum_cours0405.pdf>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2014.

_____. **Três desafios para um direito mundial**. Tradução Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003b.

_____. **Por um direito comum**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

FERREIRA, Siddharta Legale. Internacionalização do Direito: reflexões críticas sobre seus fundamentos teóricos. In **Revista SJRJ**. Vol. 20, n. 37, 2013.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Características gerais do Direito (Especialmente do Direito Internacional) na pós-modernidade. In **Revista de Direito**. Vol. 13, n. 17, 2010.

HERDEGEN, Mathias. La internacionalización del orden constitucional. In **Anuário Latino-Americano de Derecho Constitucional**, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2010.

KANT, Immanuel. **Para a paz perpétua**. Tradução Bárbara Kristen - Rianxo : Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006.

LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira. Internacionalização do Direito e pluralismo jurídico: limites de cooperação no diálogo de juízes. In **Revista de Direito Internacional da Uniceub**. Vol. 9, n.4, 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MÉXICO. Constituição (1917). **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**, 1917.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

MORAIS, José Luis Bolzan de; VIEIRA, Gustavo Oliveira. A internacionalização do Direito a partir dos direitos humanos: reflexões iniciais para o futuro do constitucionalismo. In **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 2012. Disponível: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.42.07>>. Acesso em: 26 de janeiro de 2014.

MORAIS, José Luis Bolzan de; VIEIRA, Gustavo Oliveira; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Internacionalização do Direito e Bens Públicos Mundiais. In **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Vol. 18, n. 3, 2013.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. In **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBCD n.19 – jan/jul, 2012**.

QUINALHA, Renan; VENTURA, Deisy. **Corte interamericana em Brasília**: derrota do provincianismo. 2013. Disponível em:<<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/artigos/67780/corte+interamericana+em+brasil+uma+derrota+do+provincianismo.shtml>>. Acesso em 23 de janeiro de 2014.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Lucas Pacheco. Nuevas geometrias y nuevos sentidos: internacionalización del derecho e internacionalización del diálogo de los sistemas de justicia in **Anuário Mexicano de Direito Internacional**: UNAM, Volume XIV, 2014.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. 20ª edição – Rio de Janeiro: Record, 2011.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Le développement du droit international des droits de l'homme à travers l'activité et la jurisprudence des cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme. In **A Humanização do Direito Internacional**. Belo Horizonte:Del Rey, 2006.